

Le dommage aquilien et son évaluation patrimoniale

Étude en droit romain et suisse, ainsi que dans
les projets européens de révision des codes civils

Patrick Gérard Fleury



EDITIONS JURIDIQUES LIBRES
FREIER JURISTISCHER VERLAG

Le dommage aquilien et son évaluation patrimoniale

Étude en droit romain et suisse, ainsi que dans
les projets européens de révision des codes civils

Patrick Gérard Fleury



**EDITIONS JURIDIQUES LIBRES
FREIER JURISTISCHER VERLAG**

Éditions juridiques libres (Freier juristischer Verlag)

Les Éditions juridiques libres (EJL | FJV) sont une maison d'édition juridique suisse fondée par un groupe de chercheurs en droit.

Sans but lucratif, les EJL publient des ouvrages scientifiques en allemand, français, italien et anglais à destination de tous les professionnels du droit suisse. Au sein de leurs collections, les EJL accueillent tout type d'ouvrage scientifique de qualité (monographie et thèse, ouvrage collectif, commentaire, revue, etc.), qu'il s'agisse des travaux de chercheurs indépendants ou issus d'institutions publiques de recherche.

Les ouvrages publiés aux EJL sont disponibles au format numérique, gratuitement et en intégralité (*open access*). Des exemplaires papier de leurs publications sont également disponibles au moyen d'un système d'impression à la demande.

Les EJL ont pour triple objectif d'améliorer l'accessibilité des publications juridiques, d'en réduire les coûts pour les institutions et les particuliers, ainsi que d'en améliorer le bilan écologique.

Toutes les publications des EJL | FJV sont en accès libre et gratuit sur

<https://www.ejl-fjv.ch/>



La présente œuvre est soumise à une licence Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0. L'utilisation, la reproduction, le partage de l'œuvre sont notamment autorisés à condition : (i) d'attribuer l'œuvre à son auteur ; (ii) de ne pas exploiter l'œuvre commercialement ; (iii) de ne pas effectuer de modifications de l'œuvre. Le logo « open access », créé par The Public Library of Science (PLoS), est soumis à une licence CC BY-SA 3.0. Les polices de caractères Roboto et Roboto Condensed, créées par Christian Robertson, sont soumises à une licence Apache 2.0.

Editions Juridiques Libres (Freier Juristischer Verlag)

Lausanne 2020

ISBN 978-2-88954-020-4 (print)

ISBN 978-2-88954-021-1 (PDF)

À la mémoire de mes grands-parents maternels et paternels

*J'ai fait l'expérience de beaucoup de sagesse et de science
J'ai connu que cela aussi, c'est poursuite de vent.
Car en beaucoup de sagesse, il y a beaucoup d'affliction ;
Qui augmente le savoir augmente la douleur.*

Livre de l'Écclésiaste, 1 : 17-18

Je peux tout en Celui qui me rend fort.

Épître aux Philippiens 4, 13

Remerciements

Lors de la rédaction d'une thèse, de nombreux moments de découragement surgissent et j'ai souvent douté d'être capable d'arriver un jour au bout de cette gigantesque entreprise commencée en 2003. Parvenu au terme de mon parcours, c'est avec plaisir et reconnaissance que je peux remercier les différentes personnes m'ayant entouré. Sans elles, ce travail n'aurait jamais pu trouver sa conclusion. Ma dette à leur égard est immense.

Je tiens à remercier tout d'abord mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Bénédicte Winiger, qui m'a témoigné d'un soutien constant et bienveillant pendant toute la durée de rédaction de mon travail. Il a su modérer mes révoltes contre certaines décisions jurisprudentielles, en se montrant « inchoquable » quel qu'ait été soit le résultat matériel d'une décision qui m'outrageait. Sa maîtrise du droit civil européen, ainsi que sa faculté à me permettre de mettre en lumière les vrais problèmes, m'ont également donné les outils essentiels pour sortir d'une vision trop « helvétique » du droit et m'aider à synthétiser la matière dans une perspective transversale.

Ma plus profonde gratitude s'adresse à Monsieur le Professeur Bruno Schmidlin, mon codirecteur de thèse, pour sa disponibilité et sa gentillesse, tout comme pour l'intérêt qu'il a porté à mon travail, depuis l'ébauche des premières recherches jusqu'à son terme. C'est de par sa connaissance si fine du droit romain, et des judicieux conseils qu'il m'a prodigués dans ce domaine, que j'ai réussi à surmonter la difficulté inhérente à l'étude de textes antiques. Sans lui, je n'y serais jamais parvenu.

De même, mes remerciements vont au personnel de la bibliothèque de la Faculté de droit, notamment à Mesdames Yvette Badertscher et Michèle Zorn ainsi qu'à Monsieur Dimitri Donzé. Ils m'ont procuré tous les documents, même les plus improbables, en prêt Inter, et ont toujours chaleureusement discuté avec moi au guichet d'accueil, m'offrant une pause bienvenue dans mes recherches.

Je sais gré à Messieurs les Professeurs Pascal Ancel de l'Université de Saint-Étienne, à Helmut Koziol et Ernst Karner de l'Université de Vienne de m'avoir facilité la tâche dans mes recherches sur les projets français et autrichien ; puis à Olivier Bigler, collègue de la Faculté, et à Maître Henri Corboz d'avoir tous deux lu de manière critique mon manuscrit.

À l'intérieur du Département d'histoire du droit de la Faculté, ma gratitude va à ma collègue du bureau 5027, Véronique Mettral, pour avoir toléré avec bienveillance les monceaux de documents qui s'entassaient jusqu'au sol de notre bureau et m'avoir encouragé dans mes démarches en partageant avec moi les joies et peines communes du thésard ; à Natacha Chevalier, notre secrétaire, pour son humour et son soutien dans les moments difficiles du milieu d'après-midi. Je suis enfin très redevable à Monsieur le Professeur Victor Monnier. Il a discuté pendant toutes ces années avec moi, devant des cafés généreusement offerts, de ses recherches sur Napoléon et la Suisse, lesquelles ont élargi mon horizon intellectuel au-delà du pur droit positif.

Ma reconnaissance la plus vive s'adresse à mes amis de longue date, Jon-Andri, Tadeusz, Pascal et Henri : ils ont toujours cru en moi et m'ont encouragé pendant ces années, merci de votre amitié.

Cette thèse, ainsi que toutes mes études de droit n'auraient pas été possibles sans le soutien affectif et matériel constant de mes parents pendant ces quinze dernières années. Je leur en suis infiniment reconnaissant : ma mère pour sa gentillesse et ses encouragements complices, mon père pour sa relecture patiente et minutieuse de mon manuscrit qui l'ont poussé à augmenter sa consommation d'aspirine.

Sarah, mon épouse et ma meilleure amie, merci pour tes rires, tes encouragements, ton sourire et ton amour, sans lesquels je n'aurais jamais pu trouver la force de parachever ce travail.

Gstaad, février 2019

PS : Un long moment s'étant achevé entre la soutenance de la présente thèse et sa publication, la doctrine et la jurisprudence suisse ont été actualisées dans la mesure du possible, afin de tenir compte des derniers développements de la matière. Nous tenons enfin à remercier Madame Huong Esperet qui a procédé à la minutieuse relecture du manuscrit.

Table des abréviations

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch du 1 ^{er} juin 1811
aCO	Code des obligations du 14 juin 1811
al.	alinéa
APA	avant-projet de réforme autrichien
APF	avant-projet français de réforme du droit des obligations 2005 (avant-projet Catala)
APS	avant-projet suisse de la loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile
art.	article
ATF	arrêt du Tribunal fédéral suisse
av.	avant
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch du 1 ^{er} janvier 1900
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907
CCF	Code civil français du 21 mars 1804
cf.	<i>confer</i> , comparer

ch.	chiffre
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CO	Code des obligations du 30 mars 1911
Coll.	Collatio legum Mosaicarum et Romanorum
consid.	considérant
D.	Digeste
éd.	éditeur
FIRA	Fontes iuris romani antejustiniani
HAVE	Haftung und Versicherung
ibid.	<i>ibidem</i>
JT	Journal des tribunaux
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992
N.	note ou numéro
p.	page
pp.	pages
PETL	Principles of European Tort Law 2005
pr.	<i>principium</i> , principe
RJB	Revue des juristes bernois
RS	Recueil systématique du droit fédéral, Berne
SJ	Semaine judiciaire

Table des abréviations

SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
ss	et suivants
SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, Vienne
TREX	der Treuhandexperte
vol.	volume
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

Table des matières

Remerciements	V
Table des abréviations	VIII
§ 1. Introduction générale et problématique	1

Première partie : La loi des XII Tables

De l'effacement de la vengeance privée à la composition légale : vers les fondements de la notion moderne de dommage	7
§ 2. Éléments contextuels et historiques relatifs à l'adoption de la loi des XII Tables	11
A. Sources et méthode	11
B. La responsabilité civile	15
§ 3. La <i>derogatio</i> apportée par la <i>lex Aquilia</i> aux règles antérieures	19
§ 4. « <i>ni cum eo pacit, talio esto</i> »	23
A. La notion de <i>membrum ruptum</i>	23

B.	La punition du talion	27
C.	La possibilité d'accord entre la victime et l'auteur du dommage	31
§ 5.	« <i>poenae sunt</i> »	37
A.	La répression de <i>l'os fractum</i> et de <i>l'inuria</i>	37
B.	L'actio de arboribus succisis	44
§ 6.	« <i>rupitias sarcito</i> »	49
§ 7.	« <i>nox[i]am sarcire</i> »	53
A.	L'obligation de réparer les torts causés à la propriété d'autrui	53
B.	L'institution de la noxalité dans les XII Tables	56
C.	La portée de la <i>nox</i> a dans la loi des XII Tables	59
§ 8.	« <i>duplione damnum decidito</i> »	65
A.	Les dispositions légales	65
B.	L'étymologie de la notion de <i>damnum</i>	67
C.	La notion juridique de <i>damnum</i> dans la loi des XII Tables . .	70
§ 9.	Résumé conclusif de la première partie	77

Deuxième partie : La *lex Aquilia*

Le <i>damnum</i> dans le cadre de la <i>lex Aquilia</i>, ou l'utilisation du concept juridique moderne de dommage patrimonial	81
§ 10. Les circonstances de l'entrée en vigueur de la <i>lex Aquilia</i> ainsi que sa fonction	85
A. La datation de la <i>lex Aquilia</i>	85
B. Le texte de la <i>lex Aquilia</i>	89
1. Le I ^{er} chapitre	90
2. Le II ^e chapitre	91
3. Le III ^e chapitre	91
§ 11. La nature de l'action aquilienne et son système	95
A. La prétendue nature mixte de l' <i>actio legis aquiliae</i>	95
B. La condamnation au double de l' <i>infittians</i>	97
C. La période rétrospective de calcul	98
D. La noxalité de l'action	100
E. L'intransmissibilité passive de l'action	104
F. Le régime de la solidarité	106
G. La légitimation active	108
1. La légitimation active du propriétaire	108
2. L'extension de la légitimation active au moyen des actions <i>utilis et in factum</i>	109

H.	Le concours d'actions entre la <i>lex Aquilia</i> et les autres actions concurrentes	113
§ 12. Le <i>damnum</i> dans l'<i>actio legis aquiliae</i>		121
A.	Le I ^{er} chapitre : <i>occidere</i>	121
1.	La lettre du I ^{er} chapitre	121
2.	La discussion en jurisprudence	125
i)	Les problèmes de computation	125
ii)	Le calcul matériel de l'indemnité	127
B.	Le III ^e chapitre : <i>damnum facere</i>	133
1.	La lettre du III ^e chapitre	133
i)	<i>Urere</i>	134
ii)	<i>Frangere</i>	135
iii)	<i>Rumpere</i>	136
2.	L'extension au <i>corrumpere</i>	139
3.	Les biens protégés par le III ^e chapitre	142
4.	Le délai de calcul « <i>quanti eas res (fu)erit</i> » ?	144
§ 13. La finalité de la <i>lex Aquilia</i> : la restitution des pertes patrimoniales		151
A.	La double fonction du terme <i>damnum</i>	151
B.	L'exigence de la perte patrimoniale ou de l'atteinte à la substance de la chose	153
C.	La protection du patrimoine « <i>damnum dare</i> »	158

§ 14. La prise en compte de l'intérêt du lésé à la non-survenance du dommage	163
A. Problématique	163
B. Le concept d' <i>utilitas</i> et de <i>causae corpori coharentes</i>	165
C. L'évolution vers la prise en compte de l'intérêt du maître à la non-survenance du dommage (<i>quanti mea interest non esse occisum, non esse corruptum</i>)	168
1. Valeurs objectives et subjectives de la chose détruite	168
2. L'intérêt du maître dans les cas de mort d'esclaves institués héritiers	176
3. L' <i>interesse</i> du propriétaire d'un document détruit	180
§ 15. Les extensions de la lex Aquilia aux pertes patrimoniales suite aux incapacités de travail des hommes libres	185
A. Généralités et problématique	185
B. L'indemnisation du dommage corporel causé aux hommes libres	186
C. La non-indemnisation du préjudice d'affection	192
D. La réticence à indemniser les dommages « purement économiques »	195
§ 16. Résumé conclusif de la seconde partie	199

Troisième partie : Le droit suisse

Le dommage aquilien en droit suisse, entre différence patrimoniale, intérêt à la non-survenance et normativité	205
§ 17. Généralités et problématique	209
§ 18. Les origines historiques de la théorie de la différence et sa réception et concrétisation en droit suisse	213
A. Les origines doctrinales de la théorie de la différence	213
1. Des jurisconsultes romains à Georg-Friedrich Puchta	213
2. La conception de von Tuhr, base du raisonnement du Tribunal fédéral	220
3. Teneur de l’Ancien Code fédéral des obligations de 1881	221
4. Teneur du Code fédéral des obligations de 1911	225
B. L’implantation de la théorie de la différence comme fondement de la théorie du dommage dans la jurisprudence du Tribunal fédéral	227
C. Les avantages de la théorie de la différence	245
1. Une méthode simple	245
2. Une méthode se basant sur des valeurs objectives	246
3. Une méthode qui n’indemnise qu’à hauteur de l’endommagement économique	247
§ 19. Le dommage en tant que différence de patrimoine, une analyse critique de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral	249
A. La perte d’une chance	250
B. La remise des gains illicites en matière de presse	255

C.	L'enfant non désiré	261
D.	L'arbre et son double dommage	267
E.	Le terrain défriché sans droit qui prend de la valeur suite à l'atteinte	273
F.	L'abattage du gypaète barbu	276
	§ 20. Les différents types de dommages et leur définition	281
A.	Les trois types de dommages reconnus par la jurisprudence	281
B.	La distinction entre le dommage et l'indemnité	282
C.	La délimitation entre le dommage direct et le dommage indirect	284
D.	Le <i>damnum emergens</i>	286
E.	Le <i>lucrum cessans</i>	287
	§ 21. Les notions de l'intérêt positif et négatif et leur rapport avec le droit délictuel	291
A.	La portée de l'article 99 al. 3 CO	292
B.	Les notions d'intérêt positif et négatif en droit contractuel . .	293
C.	La particularité de la clause pénale	297
D.	L'intérêt à l'intégrité du patrimoine	299
	§ 22. Les autres méthodes de calcul du dommage	301
A.	Les méthodes objectives, subjectives, concrètes et abstraites	301
B.	Les tables de calcul dans les atteintes aux personnes . . .	302

C.	Les méthodes de calcul imposées par la loi	304
§ 23. Les critiques de la théorie de la différence et les nouvelles méthodes de calcul proposées par la doctrine		309
A.	Les critiques de la théorie de la différence	309
B.	La réparation en nature	313
C.	La théorie de la commercialisation	316
D.	La théorie de la frustration	317
E.	Le dommage normatif	318
F.	Le dommage ménager	320
G.	Le dommage écologique	322
H.	Le dommage non patrimonial ou tort moral	323
I.	Le dommage causé aux animaux domestiques	324
§ 24. La théorie de la différence, mythe fondateur ou bouclier com- mode ?		329
A.	Une nouvelle définition du dommage, une impossibilité ? . . .	329
B.	La fonction du droit de la responsabilité civile	332
§ 25. Résumé conclusif de la troisième partie		335

Quatrième partie : Le droit européen

Les projets de réforme ou l'éclatement de la notion de dommage patrimonial	339
§ 26. L'élan de révision et d'harmonisation en droit de la responsabilité	343
§ 27. L'avant-projet d'unification et de révision du droit suisse de la responsabilité civile	345
A. Les idées directrices et la genèse de l'avant-projet suisse . . .	345
B. Analyse du traitement de la notion de dommage dans le projet suisse	348
1. Généralités	348
2. Le dommage patrimonial en cas d'atteinte à la vie	351
3. Le dommage patrimonial en cas d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique	351
4. Le dommage en cas d'atteinte aux choses	352
5. Le dommage en cas d'atteinte à l'environnement	355
6. Le tort moral	356
7. Les postes complémentaires du dommage	357
C. Les critiques apportées à la notion de dommage dans le projet suisse	358
D. La notion de dommage suisse dans le droit civil européen . . .	361
§ 28. L'avant-projet autrichien	363
A. Les idées directrices de l'avant-projet autrichien	363

B.	Analyse du traitement de la notion de dommage dans le projet autrichien	364
1.	La définition de la notion de dommage	364
2.	La réparation en nature	366
3.	Le dommage patrimonial et les dommages et intérêts	366
4.	Le dommage idéal	368
5.	Le dommage corporel	370
6.	Le dommage causé aux choses	371
7.	Le dommage écologique	372
C.	Les critiques apportées à la notion de dommage dans le projet autrichien	374
D.	Le projet autrichien dans le droit civil européen	376
	§ 29. L'avant-projet français	377
1.	Les idées directrices de l'avant-projet français	377
A.	Analyse du traitement de la notion de dommage dans le projet français	379
1.	La définition du préjudice réparable	379
2.	La réparation en nature	381
3.	Les dommages-intérêts dans leur principe	382
4.	Règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'une atteinte à l'intégrité physique	383
5.	Règles particulières relatives à la réparation des préjudices résultant d'une atteinte aux biens	385
6.	L'allocation de dommages et intérêts punitifs	385

B.	Les critiques apportées à la notion de dommage dans le projet français	387
§ 30. Les <i>European Principles of Tort Law</i> (PETL)		391
A.	Les idées directrices du projet PETL	391
B.	Analyse du traitement de la notion de dommage dans le projet PETL	392
1.	La définition des intérêts protégés	392
2.	La définition de la notion de dommage en général	393
3.	La réparation en nature	395
4.	Le dommage pécuniaire	395
5.	Le dommage causé aux personnes	396
6.	Le dommage causé aux choses	396
7.	Le dommage non patrimonial	397
C.	Les critiques apportées à la notion de dommage dans le projet PETL	398
§ 31. Résumé conclusif de la quatrième partie		401
§ 32. Conclusion générale		405
Appendice : Lois traitant de la réparation du dommage discutées dans la présente thèse		XXII
A.	Droit romain	XXIII
1.	Loi des XII Tables (451 et 450 av. J.-C.)	XXIII
2.	Lex Aquilia (286 av. J.-C.)	XXV

B.	Droit suisse	XXIX
1.	Code fédéral des obligations de 1881	XXIX
2.	Code des obligations de 1911	XXIX
C.	Avant-projets de réforme	XXX
1.	Avant-projet de révision suisse (2000)	XXX
2.	Avant-projet autrichien (2005)	XXXIII
3.	Avant-projet français (2005)	XXXIX
D.	Principles of European Tort Law (PETL) (2005)	XLII

Bibliographie **XLVII**

A.	Droit romain	XLVII
1.	Droit romain et civilisation romaine	XLVII
2.	Sources latines primaires juridiques	LVIII
3.	Sources primaires latines non juridiques	LIX
4.	Sources primaires non latines	LX
5.	Dictionnaires de langue latine	LXI
B.	Droit suisse et avant-projet de révision suisse	LXI
C.	Droit autrichien et avant-projet autrichien	LXXVII
D.	Droit français et avant-projet français	LXXIX
E.	Principes PETL et discussion générale sur le droit moderne de la responsabilité civile	LXXXI

§ 1. Introduction générale et problématique

Le praticien, consulté par son client pour intenter une action en responsabilité civile contre l'auteur d'un acte illicite, est d'entrée de jeu confronté à la question délicate de la rédaction de ses conclusions condamnatoires. La manière de les rédiger et de les chiffrer pose une problématique d'importance fondamentale. En effet, les règles de procédure ne permettent que rarement d'augmenter les conclusions en cours d'instance, et les frais de greffe se calculent en principe sur la base de la valeur litigieuse. Toute erreur à ce stade initial de la procédure peut d'ores et déjà être fatale tant pour le mandant que pour son mandataire.

Il est dès lors important pour le juriste d'être en mesure de chiffrer les prétentions de son client avec précision afin de défendre au mieux les intérêts de celui-ci. Il en va de l'intérêt du mandant comme de la responsabilité professionnelle de l'avocat qui ne peut, sous peine de manquements aux règles de l'art, omettre un poste du dommage, voire mal évaluer un montant.

Notre même avocat aura souvent pour première tâche d'annoncer à son client que les montants des dommages et intérêts alloués en droit suisse sont faibles par rapport à ce qu'il s'imagine en pensant aux séries américaines. En effet, ceux-ci ne visent qu'à couvrir le dommage dans la mesure de l'appauvrissement dont le client a été victime. Notre praticien devra même, un peu emprunté, expliquer à son mandant qu'il n'est pas possible de demander des dommages et intérêts punitifs se chiffrant parfois en millions de dollars. « *Désolé, nous ne sommes pas aux États-Unis*, lui rétorquera notre avocat. *Oubliez*

les séries télévisées et les romans à suspense de John Grisham !¹ Contentez-vous plutôt de ce que peut vous offrir le Code des obligations. »

En effet, le droit suisse, à l'instar des principaux ordres juridiques européens, est régi par le principe de la nature patrimoniale du dommage. Selon cet axiome, les dommages et intérêts qui sont versés à la victime de l'acte illicite visent à l'indemniser à hauteur de sa perte patrimoniale, mais en aucun cas à l'enrichir. Leur montant doit servir à combler la perte patrimoniale éprouvée par la victime, mais ne peut aller au-delà. Tout enrichissement de la victime est exclu et expressément prohibé par le système du droit de la responsabilité civile².

La question de l'établissement du dommage contient dès lors en elle une immense importance d'ordre pratique et juridique. Véritable pierre angulaire du système du droit de la responsabilité civile, la question de l'existence d'un dommage est la première condition qui doit être remplie par le demandeur se plaignant d'une lésion causée par un tiers à ses intérêts. Cette problématique occupe une place encore plus cruciale dans le droit moderne de la responsabilité civile car, souvent, la question de la faute de l'auteur est tranchée par une expertise médicale ou technique, faisant ainsi échapper une partie de la question au domaine juridique au sens strict du terme.

Alors qu'un étudiant en droit sait, après quelques semaines d'études déjà, que l'existence d'un dommage est l'une des quatre conditions nécessaires du droit de la responsabilité civile contenues dans l'article 41 du Code fédéral des obligations, la définition et la nature de ce dommage font assurément partie des questions les plus difficiles à appréhender et à délimiter du droit privé. En effet, outre ses aspects techniques, la question de la nature du dommage s'est « *normativisée* » ces dernières années, en ce sens que de nou-

1 On songera par exemple à l'excellent *The rainmaker*, nouvelle publiée par le romancier américain John Grisham, lui-même avocat, en 1995 et transposée au cinéma en 1997, qui met en scène un procès contre une assurance-maladie peu scrupuleuse de la vie de ses clients et qui se voit condamnée à plus de 50 millions de dollars de dommages et intérêts punitifs.

2 D'après le Tribunal fédéral, dans un arrêt non publié de 2008 (4C.87/2007 consid. 5), il s'agit même d'un « *principe cardinal du droit de la responsabilité civile* ».

veaux facteurs sont entrés dans sa délimitation, dépassant ainsi le cadre en apparence clair et prévisible de l'exigence de diminution patrimoniale contenue dans la théorie de la différence que le Tribunal fédéral a cristallisée dans sa jurisprudence.

Si le juriste confirmé est conscient du fait qu'il n'y a pas de dommages et intérêts punitifs en droit suisse, et qu'il connaît également la finalité protectrice du patrimoine du droit de la responsabilité civile, il sera sûrement embarrassé pour énoncer avec précision les raisons ainsi que l'origine historique et doctrinale de ce principe. En effet, comment se fait-il que le patrimoine soit protégé par le droit de la responsabilité civile, mais pas d'autres éléments, à l'instar du préjudice d'affection ou du dommage de frustration ? Qu'en est-il également du dommage non économique ou écologique ? C'est l'une des questions centrales sur laquelle va se concentrer la présente thèse.

Si de récentes études³ se sont focalisées sur la notion de dommage en droit suisse et ont toutes réussi à démontrer l'importance du domaine en permettant de mieux en appréhender sa complexité, aucune de ces publications ne fait toutefois de lien systématique entre les questions actuelles relatives à la notion de dommage et l'ancrage historique des concepts discutés. Ces thèses relèguent presque toujours au second plan les éléments de nature dogmatique et historique pour se concentrer sur une immédiateté pratique certes indispensable, mais qui nuit parfois à la compréhension du problème dans sa globalité.

Notre thèse vise à combler cette lacune et à replacer l'action aquilienne contenue aux articles 41 ss du Code des obligations dans son cadre dogmatique initial. C'est pourquoi elle tentera de revenir aux éléments historiques qui ont fondé la notion moderne de dommage en droit suisse et en droit européen. Pour ce faire, nous remonterons notamment au droit romain qui, le premier,

³ Par exemple Chappuis, Benoît, *Le moment du dommage*, thèse, Zurich, 2007 ; Dupont, Anne-Sylvie, *Le dommage écologique*, thèse, Zurich, 2005 ; Lüchinger, Niklaus, *Schadenersatz im Vertragsrecht*, thèse, Fribourg, 1999 ; Roberto, Vito, *Schadensrecht*, Bâle, 1997 ; plus particulièrement sur le tort moral, Gurzeler, Beatrice, *Beitrag zur Bemessung der Genugtuung*, thèse, Berne, 2005 ; Tolou, Alborz, *La forfaitisation du dommage*, Zurich, 2017.

a formulé une théorie juridique du dommage, comprenant cette notion dans son acception patrimoniale et économique et non plus punitive et vindicative. Nous tracerons en détail les contours de cette évolution essentielle du droit, en analysant les règles de la loi des XII Tables (433 av. J.-C.) traitant de l'imposition d'une peine pécuniaire à l'auteur d'un acte illégal jusqu'à la cristallisation dans la *lex Aquilia* (vraisemblablement vers 286 av. J.-C.) de la formule *damnum iniuria datum* (dommage donné de manière illicite). Nous montrerons comment la notion de dommage est traitée en droit romain, et de quelle manière les juriconsultes développeront le concept, par l'éclosion de la figure de l'intérêt du lésé à la non-survenance du dommage.

Notre thèse s'articulera en quatre parties :

Dans une première partie, plus historique, nous exposerons l'évolution fondamentale du droit privé romain, qui s'est détaché de la vengeance primitive encore quelque peu contenue dans la loi des XII Tables en développant les concepts bruts que la *lex Aquilia* prendra en compte dans l'élaboration de la notion de dommage patrimonial.

Dans une deuxième partie, nous démontrerons que l'avènement de la *lex Aquilia* a consacré une véritable rupture d'avec les textes encore empreints de religion et de superstition contenues dans la législation décenvirale et qui ne sont pas encore des textes entièrement juridiques. Nous illustrerons également comment cette loi, qui possédait un champ d'application relativement étroit à l'origine, a finalement couvert l'entier des dommages causés aux choses, voire dans certains cas le dommage économique causé à un homme libre des suites d'une incapacité de travail. Nous montrerons enfin que le droit romain a dégagé le principe de l'intérêt du lésé à ce que la chose ne soit pas détruite ou tuée (*id quod interest non esse deletum aut occisum*), et en a tiré de très importants développements en ce sens que l'indemnité pouvait dépasser la valeur objective de la chose détruite. Dès lors, le droit prend en compte l'intérêt subjectif du propriétaire au maintien de son patrimoine, en le replaçant dans la situation qui aurait été la sienne si le dommage ne s'était pas produit.

La troisième partie de notre étude sera consacrée au droit suisse. Nous remonterons dans un premier temps aux origines historiques de la notion de dommage. Nous montrerons que le législateur n'a jamais défini cette dernière, mais que c'est le Tribunal fédéral qui, très tôt, l'a fait correspondre à la notion restrictive de différence de patrimoine du lésé, pour totalement la figer dans la formule de la théorie de la différence au milieu des années 1950. Nous poursuivrons en exposant en détail la manière dont il la définit encore dans sa jurisprudence la plus récente en ayant toujours recours à ladite théorie « *de la différence* ». Nous présenterons ensuite les nouvelles théories du dommage qui ont été proposées par la doctrine, en exposant la manière dont elles ont été reçues dans la jurisprudence et dans la pratique judiciaire suisse. Nous analyserons également les critiques doctrinales nombreuses qui remettent en cause l'exigence que le dommage soit de nature patrimoniale. Nous concluons notre exposé consacré au droit suisse en remettant au centre du débat la notion, quelque peu oubliée par le Tribunal fédéral, de restitution en nature et d'intérêt à ce que le dommage ne se soit pas produit.

La quatrième partie de notre thèse sera consacrée à la rupture actuelle, qui se fait sentir tant en doctrine que dans les avant-projets européens de réforme du droit de la responsabilité civile par rapport à la notion classique de dommage. Nous discuterons en détail de la manière dont les « nouveaux » types de dommages sont pris en compte dans ces avant-projets. Nous nous pencherons entre autres sur la question du dommage écologique ou sur celle des dommages et intérêts punitifs. Nous montrerons en quoi ces nouvelles dispositions ont pour effet de changer la perspective que nous a léguée le droit romain en introduisant des données nouvelles dans la définition du dommage. Nous nous interrogerons à cet effet sur la fonction moderne du droit de la responsabilité civile.

D'un point de vue méthodologique, nous allons privilégier une approche chronologique en posant d'abord le cadre romain, et exposer de quelle manière celui-ci a fait émerger un noyau conceptuel que le droit moderne a développé. Notre étude mettra l'accent sur les origines de la conception suisse du dom-

mage au travers d'arrêts récents, et visera à discuter les cas difficiles que le droit suisse a eu à traiter ces dernières années.

Au terme de chaque partie, nous proposerons au lecteur un résumé conclusif permettant à celui-ci de se faire une idée synthétique de la matière traitée.

Première partie : La loi des XII Tables

**De l'effacement de la vengeance privée à la
composition légale : vers les fondements de la
notion moderne de dommage**

Mais il y a lieu de tenir compte d'un autre facteur essentiel en matière de réparation morale. Cette réparation [...] doit adoucir l'amertume de l'offense et apaiser, en quelque mesure, le désir de vengeance du lésé.

ATF 58 II 244, 247

§ 2. Éléments contextuels et historiques relatifs à l'adoption de la loi des XII Tables

A. Sources et méthode

Le droit romain possède la réputation d'être difficile d'accès. Se plonger dans ses subtilités est un exercice ardu, ce qui est probablement vrai si l'on ne se donne pas la peine de le rendre accessible au non-romaniste⁴. C'est pourquoi nous nous sommes efforcés dans le présent travail de traduire en français tous les fragments cités en latin⁵. Dans le même élan, nous proposons quelques éléments historiques permettant de comprendre comment la loi des XII Tables, puis la *lex Aquilia*, ont posé les jalons du droit moderne de la responsabilité civile. Nous avons ainsi renoncé à nous prononcer dans la mesure du possible sur les questions d'interpolations⁶ et de modifications des

4 Gaurier, Dominique, *Le droit maritime romain*, N. 4, pp. 215-216 : « Il faut rendre ce droit [le droit romain] accessible, savoir que la non-connaissance du latin ne doit pas empêcher un accès à ce droit, donc il faut traduire les textes pour les mettre à la disposition de tous ceux qui sont intéressés par les sources d'une culture juridique commune. Traduire est un risque, car c'est déjà le début d'une interprétation, selon le parti que prend le traducteur de rendre tel terme technique par telle traduction. »

5 Ainsi, sauf précision contraire de notre part, c'est notre propre traduction des textes latins que nous proposons au lecteur.

6 Nous laissons Gaurier, D., *Le droit maritime romain*, N. 4, pp. 215-216, définir mieux que nous-mêmes la question des interpolations : « Dans de nombreux cas, on peut penser que les différentes équipes chargées du travail de sélection et de collationnement des passages retenus pour être intégrés, ont été susceptibles d'altérer les textes originaux comme leur en avait donné l'autorisation la constitution impériale *Deo auctore*. Ces altérations avaient pour légitime but d'adapter des textes déjà anciens aux circonstances nouvelles, voire d'améliorer leur expression. Cela a pour conséquence que le lecteur du Digeste n'est jamais tout à fait sûr de se trouver devant un extrait totalement authentique d'une œuvre doctrinale. [...] Il reste que bon nombre de romanistes [...] à la fin du XIXe et tout au long du XXe, se sont

fragments juridiques romains originaux, préférant nous consacrer à l'étude des textes existants proprement dits et cantonner l'analyse à son domaine juridique.

La loi des XII Tables, à l'instar du Code de Hammurabi⁷ ou de certaines dispositions mosaïques contenues dans l'Ancien Testament⁸, comprend des dispositions relatives à la loi du talion et vise à encadrer la violence, dans un souci de proportionnalité, sans toutefois permettre d'appréhender le dommage dans son acception moderne de dommage patrimonial.

C'est pour cette raison que nous en étudierons les dispositions qui répriment les actes pouvant causer un dommage à autrui. En effet, la loi des XII Tables, si elle connaît le talion, contient des règles détaillées visant à punir un nombre précis d'états de fait. C'est sur ce catalogue disparate et peu juridique que se construira la rupture conceptuelle amenée par la *lex Aquilia*. Dans le but de comprendre la portée de cette rupture, nous nous attellerons tout d'abord à l'analyse de cette loi.

La législation de l'époque des XII Tables (451 et 450 av. J.-C. environ) consacre une période décisive de l'odyssée du droit romain ainsi que de l'histoire de l'humanité. La jeune République romaine, débarrassée de la royauté, cherche à se donner des règles de vie en société qui régiront les principales matières du droit public et du droit privé⁹. Par l'adoption de cette législation¹⁰, la société romaine va transformer la conception du droit en abandonnant pro-

complu dans une chasse aux "interpolations" devenue toujours plus aride et entièrement tournée vers la recherche de la pureté d'un droit originel supposé, desséchant quelque peu l'étude du droit romain en s'obnubilant sur ce que le droit aurait pu ou dû être s'il n'avait été malencontreusement interpolé par des rédacteurs tardifs. »

7 § 196, 197 et 198 du Code de Hammurabi, p. 115.

8 Exode 21:23.

9 Tite-Live, 3,34,6 : « *Cum ad rumores hominum de unoquoque legum capite editos satis correctae viderentur, centuriatis comitiis decem tabularum leges perlatae sunt, qui nunc quoque, in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo, fons omnis publici privati est iuris* » (Quand chacun eut exprimé son opinion sur les différents articles de lois et que celles-ci parurent suffisamment amendées, dix Tables de lois furent adoptées aux comices centuriates : elles constituent aujourd'hui encore, dans cet énorme amas d'autres lois entassées les unes sur les autres, la source de tout le droit public et privé.)

10 Cannata, *Douze tables*, p. 117.

gressivement les règles religieuses et magiques héritées de la royauté¹¹, et donner au droit un début d'indépendance, condition essentielle à son développement en tant que domaine d'étude autonome¹².

Débarassée de l'*imperium* absolu des consuls en matière de juridiction¹³, la révolution plébéienne¹⁴ aura pour principale conséquence d'ancrer dans la loi, et non dans l'absolue puissance du magistrat obligatoirement alors patricien¹⁵, le fondement de la règle juridique. Ce déplacement de l'arbitraire du magistrat, vers un fondement légal autonome par le biais de la loi, a profondément marqué l'évolution du droit romain en donnant naissance à la première source de procédure pour fonder les actions privées, les *legis actiones*¹⁶.

Bénéficiant de la forme écrite, et en principe destinées à être accessibles à tous, ces lois consacrent une égalité théorique de tous les citoyens romains devant elles. La principale conséquence sociale de cette entreprise législative sera d'ôter aux patriciens le monopole de la connaissance du droit, puisqu'ils ne seront désormais plus les seuls à détenir la maîtrise des lois, lesquelles consistaient, avant l'avènement de la loi des XII Tables, en des règles encore essentiellement coutumières¹⁷.

Ces lois resteront toutefois fragmentaires, et ne régleront évidemment pas la matière juridique de manière systématique et méthodique. Les *decemviri* n'ont d'ailleurs jamais eu cette ambition. Ils se contenteront, pour l'essentiel, mais il s'agira d'une avancée déterminante pour la science juridique, de faire l'inventaire, le plus complet possible, des principales causes de procès¹⁸ pouvant surgir au sein d'une petite communauté de personnes vivant dans une économie à dominance agraire.

11 Grimal, *La civilisation romaine*, p. 99.

12 Ducos, *Rome et le droit*, p. 12.

13 Humbert, *Institutions politiques*, N. 300, p. 251.

14 Cannata, *Douze tables*, p. 124.

15 Grimal, *La civilisation romaine*, p. 99.

16 Cannata, *Douze tables*, p. 119.

17 Le Glay/Le Voisin/Le Bohec, *Histoire romaine*, p. 55.

18 Humbert, *Institutions politiques*, N. 302, p. 253.

Jamais formellement abrogées par les législations contraires postérieures, les XII Tables ont constitué des bases¹⁹ et un précieux point de repère dans l'évolution du droit romain. Ainsi, l'ensemble des juristes qui ont œuvré à son développement, tout comme les citoyens romains, voyaient dans ces lois, au même titre que nos constitutions actuelles, le fondement de leur communauté. Même bien après l'entrée en vigueur de la *lex Aebutia*²⁰, qui a permis au droit romain de s'écarter du formalisme rigide de la législation des *decemviri*, par le biais des nouveaux pouvoirs de création jurisprudentiels apportés aux préteurs, la loi des XII Tables est restée la référence constante et le sujet d'étude juridique auprès des juristes. Certaines actions ont survécu, sous une forme certes modernisée, d'autres se sont trouvées modifiées, mais nombre d'entre elles ont gardé en leur sein les caractéristiques initiales d'actions issues de la législation qui les a inspirées.

Le droit privé romain trouve ainsi sa première source écrite dans la législation des *decemviri*²¹. Certaines tables régissent les rapports entre particuliers, et essayent d'apporter une réponse moderne, en tentant d'encadrer au mieux la vengeance privée. D'autres imposent des peines et amendes en cas de lésion corporelle²², d'atteinte aux récoltes ou de destruction d'une habitation. Ces règles, certes fragmentaires et non totalement affranchies de leur aspect sacré et religieux, méritent toutefois un examen approfondi, justement parce qu'elles permettent d'appréhender la genèse de concepts plus modernes, et également d'acquiescer, par ce biais, à une profondeur d'analyse précieuse pour saisir dans toutes ses subtilités les finesses du droit classique.

19 À l'exemple de la *lex Aquilia* justement.

20 Loi datant du II^e siècle av. J.-C. qui a permis au préteur d'obtenir des pouvoirs nouveaux, notamment celui de juger les litiges entre parties romaines et pérégrines. À ce titre, le préteur pouvait accorder des actions autres que les *legis actiones*, par le biais de la formule, sorte d'accord procédural entre les parties, qui ne correspondait pas forcément à ce que disposaient les *legis actiones*, permettant ainsi l'essor d'un droit de nature casuistique, dépourvu du formalisme rigide de la législation des XII Tables. Le rôle de la *lex Aebutia* est mentionné chez Gaius dans les *Institutes* 4,30 *in fine* ; Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, pp. 1054-1058 ; Birks, *Lucius Veratius*, pp. 39-48.

21 Une version moins idyllique de la légende des *decemviri* est racontée par Machiavel, première décade de Tite-Live, I, chapitre XL, p. 469 ; selon cette version le chef des *decemviri* se mua en tyran allant même jusqu'à vouloir enlever de force une belle citoyenne romaine... Virginie que son père dut prétendument poignarder pour la faire échapper à son ravisseur.

22 Voir *infra* les § 4 et 5.

Ce que les règles des XII Tables amènent de fondamental, c'est qu'elles attachent à un état de fait une conséquence juridique ; en d'autres termes elles mettent « *le fait normatif en rapport avec la sanction qui en forme la conséquence juridique* »²³. La conséquence de la violation d'une règle ne consiste dès lors plus en des sanctions d'ordre divin ou magique, mais en une conséquence technique, appréhendée par l'ordre juridique, et qui entraîne la création de liens d'ordre juridique entre les citoyens.

B. La responsabilité civile

Le domaine de la « responsabilité civile »²⁴, soit l'étude de l'ensemble de règles visant à accorder à la victime d'un acte commis sans droit une compensation suite au dommage subi, se retrouve ainsi appréhendé par la législation des XII Tables. Certaines tables traitent de la peine prévue en cas d'organes mutilés, de membres fracturés ou d'arbres coupés. Ces règles prévoient des sanctions différentes, qui vont de la composition légale (*pactio*), en passant par l'amende fixe (*poena*), voire en prévoyant l'obligation de réparer l'atteinte causée (*noxiam sarcire*), ou de s'acquitter d'une forme déjà évoluée de rançon (*damnum decidere*). Ces tables ont pour effet de substituer à l'ancienne vengeance privée une créance d'amende, que le lésé est en droit d'exiger de la part de celui qui lui a causé du tort. Cette évolution marque le passage d'un système primitif de pure vengeance, vers un système qui transforme l'outrage en peine pécuniaire, marquant ainsi une autre évolution du droit. Celle-ci conduira, en droit classique, à la notion juridique d'obligation²⁵.

Ces règles demeurent toutefois d'un accès difficile. Elles se trouvent éparpillées dans des tables différentes²⁶, de manière évidemment non systéma-

23 Schmidlin/Cannata, *Droit privé romain I*, p. 17.

24 L'emploi de ce terme est évidemment anachronique pour se référer à une législation datée du V^e siècle av. J.-C., mais c'est bien selon des critères modernes que nous avons effectué la sélection des dispositions juridiques que nous avons estimé nécessaires d'étudier dans la présente étude.

25 Girard, *Manuel*, p. 29 ; Zimmerman, *Law of obligations*, pp. 2-3.

26 Pour une vision synoptique de ces tables, voir l'appendice en fin de volume.

tique, et sont bien entendu dépourvues de définitions de leurs termes clés²⁷. Les XII Tables ne nous étant malheureusement pas parvenues dans une version complète et uniforme²⁸, nous sommes contraints d'avoir recours à diverses tentatives de reconstructions, travaux d'ampleur gigantesque, mais qui ne garantissent nullement l'exactitude des termes employés. Ce fait se constate aisément lorsqu'une reconstruction oblige à se baser sur des sources classiques pour tenter de redonner son sens original à des dispositions prétendument issues des XII Tables²⁹. La reconstruction ne donne ainsi pas du tout l'assurance que la terminologie de la législation employée avait déjà acquis cette signification juridique ou existait même déjà à l'époque archaïque. Pire, une majorité des sources utilisées proviennent de citations et commentaires incidents d'écrivains latins, auteurs non-juristes, dont les textes ne peuvent attester avec certitude de l'usage de certains termes juridiques³⁰. L'analyse de la notion de *damnum* expose ainsi instantanément l'exégète à ce genre de difficultés.

Il convient également de garder à l'esprit que la codification issue des XII Tables témoigne d'un processus dynamique. Des modifications se sont greffées au fil du temps sur les règles originales, rendant presque impossible de dégager les concepts « purs » de la loi originelle. De toute manière, pareille volonté irait à l'encontre de la manière dont les Romains de la République percevaient leurs lois. C'est un mythe de croire que les tables originelles, gravées sur des tablettes de bronze et exposées devant le temple de Junon ont continué d'être appliquées sous la même forme pendant toute la durée de la République. Leur connaissance a évolué, permettant au droit de progresser et de favoriser l'éclosion de nouvelles notions juridiques³¹.

27 Ducos, *Rome et le droit*, p. 13.

28 Version initiale de la loi qui n'existait vraisemblablement plus à l'époque classique.

29 Il en va ainsi de la table VIII,10 réprimant les incendiaires et dont la seule mention se trouve dans un fragment du *Digeste* attribué à Gaius, D. 47,9,9, voir *infra* p. 54.

30 Voir par exemple l'emploi du terme *iniuria* dans la table VIII,11 dont la reconstruction se base sur un unique texte de Pline l'Ancien, voir *infra* p. 44.

31 « Les XII tables ne sont pas restées longtemps sous les yeux des Romains dans leur forme première. [...] Elles furent ensuite reconstituées. Comme les autres actes publics, sans doute fidèlement quant au fond, mais dans une forme déjà modernisée qui paraît avoir encore été plusieurs fois rajeunie par la suite » Girard, *Manuel*, p. 27.

C'est à cette tâche ardue de systématisation et d'analyse des différentes sanctions prévues par la législation décemvirale que la première partie de ce travail va s'atteler. Nous nous intéresserons aux différentes peines et amendes infligées par l'ordre juridique de l'époque, et nous tenterons de comprendre leur mode de fonctionnement ainsi que leur finalité. Ces peines visaient-elles uniquement à sanctionner l'auteur d'un acte grave, à l'instar de celui qui blesse ou prive de ressources économiques une famille ? Ou, au contraire, la législation avait-elle déjà pris en compte une composante économique, et visait-elle à permettre au lésé d'obtenir une compensation pour le *dommage* effectivement subi ?

C'est ce terme de *damnum*, ainsi que ses rapports avec les notions connexes de *poena*, de *pactio* ou encore de *noxiam sarcire*, que l'on tentera de définir, en essayant d'en comprendre sa signification juridique à l'orée de l'entrée en vigueur de la *lex Aquilia* (286 av. J.-C.).

§ 3. La *derogatio* apportée par la *lex Aquilia* aux règles antérieures

En tête du livre 9,2 ouvrant la présentation ainsi que la discussion sur la *lex Aquilia*, les compilateurs du *Digeste* ont trouvé judicieux d'y faire figurer un fragment d'Ulpien, qui énonce que la mise en œuvre de cette loi a eu pour effet de modifier la manière dont on avait décidé d'appréhender le dommage :

Ulpianus, D. 9,2,1

Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit : quas leges nunc referre non est necesse. Quae lex Aquilia plebicitum est, cum eam Aquilius tribunus plebis a plebe rogaverit.

La *lex Aquilia* a dérogé à toutes les lois qui traitaient avant elle du dommage causé sans droit, soit à la loi des XII Tables, soit à une autre loi ayant existé : il n'est maintenant plus nécessaire de rapporter ces lois. Cette *lex Aquilia* est un plébiscite que le tribun de la plèbe Aquilius a fait voter par la plèbe³².

³² Tout au long de notre exposé, nous nous efforcerons de traduire les textes que nous discuterons. En effet, il convient selon nous de rendre accessibles nos recherches aux personnes toujours plus nombreuses qui n'ont pas eu la chance d'étudier le latin. Nous remercions humblement que la traduction de ces textes nous a demandé de gros efforts, a souvent suscité les mêmes difficultés issues des cours de latin scolaire, et que nous avons dû parfois nous inspirer de traductions tierces pour comprendre certains passages difficiles. L'exercice accompli, nous ne regrettons toutefois pas nos efforts de traduction, qui, nous l'espérons, permettront au moins au lecteur de se faire une vision synthétique des sources en cette matière ; sur la problématique de la traduction des textes en droit romain, voir également les excellentes remarques de Gaurier, *Le droit maritime romain*, pp. 149-150.

C'est de la portée de cette *derogatio* qu'a entraînée l'adoption de la *lex Aquilia* dans la manière d'appréhender le dommage que se propose de traiter la présente partie romaine. En effet, Ulpien énonce que cette législation a dérogé à toutes les lois qui traitaient du dommage causé sans droit, que ce soit à celle des XII Tables, ou à une autre. Il considère qu'il n'est plus nécessaire maintenant de se référer à elles. Comme le souligne Cannata³³, Ulpien emploie le terme de *derogatio*, et non celui beaucoup plus fort d'*abrogatio*. La *derogatio*³⁴ se différencie de l'*abrogatio* en ce sens qu'elle ne supprime pas la loi, mais rend une de ses parties caduques par la suppression de certaines de ses dispositions. Il s'agit ainsi non d'un remplacement de la loi mais d'une rupture conceptuelle qui a pour intérêt de mettre au centre du raisonnement juridique la volonté de permettre le remboursement de la valeur économique du bien perdu et d'offrir une compensation pécuniaire au lésé.

Une première lecture du fragment d'Ulpien permet déjà d'affirmer que la *derogatio* n'a assurément pas été totale³⁵. Le *Digeste* fait encore référence à certaines actions issues de la loi des XII Tables³⁶, que ce soit l'*actio de pastu pecoris*³⁷, l'*actio de pauperie*³⁸, ou l'*actio de arboribus succisis*³⁹, qui protégeaient ainsi la propriété d'autrui contre les actes commis sans droit. Ces actions étaient encore appliquées à l'époque classique, bien après l'entrée en vigueur de la *lex Aquilia*. Toutefois, cette lecture du terme *derogatio* n'est assurément pas suffisante. La véritable innovation que va apporter la *lex Aquilia* se matérialisera par la défense du patrimoine du lésé rendue possible par la création du terme technique de *damnum*, qui, nous le verrons, possédait une signification différente dans la législation décemvirale.

33 Cannata, *Sul testo*, p. 26.

34 Pomponius, D. 50,16,102,pr. : « "Derogatur" legi aut "abrogatur". Derogatur legi, cum pars detrahitur : abrogatur legi, cum prorsus tollitur » (On peut déroger à une loi ou l'abroger ; on déroge à une loi quand on enlève une partie d'une loi, et on l'abroge lorsqu'on la supprime).

35 Winiger, *Damnum iniuria datum*, p. 35, parle de « remplacement partiel ».

36 Dans le même sens, Daube, *Third chapter of the lex Aquilia*, p. 253.

37 L'*actio de pastu pecoris* figure à la table VIII,7 (*FIRA I*, p. 55) et fait défense au maître d'aller faire paître ses animaux sur le fonds d'autrui. L'action subsiste en droit classique, Ulp. D. 19,5,14,3 et Ulp. D. 48,28,1,pr.

38 Voir *infra* p. 57.

39 Voir *infra* p. 44.

Le chapitre deuxième de la loi aquilienne, certes tombé en désuétude en ce qu'il condamnait des états de fait qui seront bientôt absorbés par l'*actio mandati*, confirme l'hypothèse que cette législation a mis en avant la notion de dommage en tant que dénominateur commun des trois chapitres⁴⁰. La deuxième phrase de ce chapitre en atteste (*Quam et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est*)⁴¹. Le *damnum* est le point de rencontre entre les trois chapitres de la *lex Aquilia*, leur dénominateur commun. C'est pourquoi Gaius, lorsqu'il explique dans son manuel la raison d'être de ce second chapitre à ses étudiants, énonce que celui-ci s'inscrivait dans l'économie générale de la *lex Aquilia*, à savoir la défense du patrimoine.

Nous avons précédemment affirmé que le terme de *damnum* était déjà employé dans la loi des XII Tables. Il y figure effectivement sous la forme de l'expression *damnum decidere*, aux côtés d'autres formules, celles de *noxiam sarcire*, de *pactio*, ou de *poenae*. C'est le terme de *damnum* qui s'imposera dans la *lex Aquilia* en tant que terme générique traitant de toute perte patrimoniale. Il y aura dès lors lieu d'analyser les tables traitant de ces termes pour en découvrir leur signification, et comprendre pourquoi c'est celui de *damnum* qui a retenu l'attention de ses rédacteurs. Nous verrons que cette mise en avant du terme de *damnum* au détriment des autres formes d'indemnités figurant dans la loi des XII Tables illustre le côté matériel de cette dérogation qui a été rendue possible par l'application de la *lex Aquilia*.

La problématique ayant étant posée, il convient d'annoncer le plan que nous nous sommes fixé pour traiter cette matière au sein de cette première partie.

Nous procéderons tout d'abord à l'analyse des différents délits prévus par la loi des XII Tables qui contraignait l'auteur au paiement d'une somme pécuniaire, que ce soit au titre du rachat du droit de vengeance du lésé, au titre de peine, voire au titre du rachat du mal qui a été causé. Nous essayerons

40 Von Lübtow, *Untersuchungen zur Lex Aquilia*, p. 24; Zimmermann, *Law of obligations*, pp. 957-958.

41 Gaius, *Institutes*, III, 215, voir traduction p. 91.

de montrer en quoi la notion de *damnum*, contrepartie de l'accord du lésé au rachat de son droit de vengeance, a profondément changé le système.

Dans une seconde partie, nous présenterons le système général de la *lex Aquilia* et démontrerons le fait que cette législation a insisté sur la notion de *damnum* en mettant en avant la volonté de protéger le patrimoine du lésé. Nous appuierons notre raisonnement sur les développements que la jurisprudence classique a apportés à la notion de dommage. Nous répondrons enfin à la question que nous nous sommes posée en montrant en quoi la *lex Aquilia* a permis l'éclosion de la notion moderne de dommage, notion juridique d'une rare complexité qu'aujourd'hui encore le juriste moderne a de grandes difficultés à appréhender.

§ 4. « *ni cum eo pacit, talio esto* »

A. La notion de *membrum ruptum*

La première norme qui fera l'objet de notre étude est celle consacrée par la table VIII,2 réprimant le fait de rompre le membre d'autrui⁴² :

« *Si membrum rup[s]it, ni cum eo pacit, talio esto.* »

S'il a brisé un membre, à moins qu'il [l'auteur] ne transige avec lui [la victime], qu'on applique le talion.

Selon la doctrine, il s'agit d'un délit⁴³ ouvrant un droit d'action spécifique pour le lésé qui ressent cette atteinte dans son intégrité corporelle. Cette atteinte est à l'évidence considérée par l'ordre juridique de l'époque, sous son aspect physique, vu sous l'angle du résultat matériel qu'a causé la lésion.

L'action basée sur l'état de fait du *membrum ruptum* paraît être la plus grave⁴⁴ prévue par la loi des XII Tables. En effet, selon que l'on se place dans la perspective de l'effet qu'a l'atteinte sur la victime, ou dans le domaine de la

42 Les sources indirectes de cette règle figurent chez Aulu-Gelle, *Les Nuits Attiques*, livres XX,14 ; chez Sextus Pompeius Festus, *De verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome*, p. 496 ; chez Gaius, *Institutes*, III, 223 ; et chez Paul, *Sententiae*, V,4,6 (*FIRA II*, p. 390), et Isidore de Séville, V,24.

43 À l'époque de la loi des XII Tables, la séparation entre le droit pénal et le droit civil n'était pas achevée ce qui explique que les délits civils et les crimes n'étaient pas encore aussi clairement séparés. La séparation n'arrive que plus tard, Kaser, *RPR I*, p. 147.

44 Völk, *Körperverletzung*, p. 12.

sanction ou de l'étendue de la réparation imposée à son auteur, elle apparaît comme étant la sanction-menace de cette législation.

La doctrine est divisée quant à la manière de considérer la notion de *membrum rumpere*, suivant qu'elle se place plutôt dans une perspective historique et linguistique, que dans une approche contemporaine qui insiste plus sur les effets à long terme de la lésion subie. Même la signification du terme *rumpere* est sujette à discussion⁴⁵.

Trois théories ont été proposées quant à son interprétation.

Selon la première, *membrum rumpere* signifie qu'un membre a été détaché ou amputé du corps de la victime. Cette vision est notamment partagée par Huvelin qui s'appuie sur de nombreuses sources étymologiques (notamment une racine indo-européenne, *rup*), littéraires et médicales⁴⁶. Elle vise à donner une acception large au terme de *membrum*⁴⁷ en y incluant, outre les bras et les jambes, également « toutes les parties du corps, externes ou mêmes internes (*ea quae sunt intus in corpore*) »⁴⁸. La définition de cet auteur englobe également les parties saillantes du corps à l'instar des membranes, des cartilages, des chairs, de la langue et des oreilles, voire des organes génitaux, en référence à la castration d'un homme. Pour cet auteur, la notion de *rumpere* ne doit pas se comprendre dans une acception restrictive de « rompre », mais comme signifiant « enlever violemment, détacher ». Pour Huvelin⁴⁹, le *membrum ruptum* n'est donc pas le « *membrum* endommagé, contusionné,

45 Selon Ernout/Meillet, p. 581, *rumpere* signifie « briser avec force, rompre (souvent avec une idée accessoire d'arrachement, d'éclatement) ; Walde/Hofmann, tome I, p. 451, donnent pour synonymes du terme les mots allemands de *breche*, *zerbreche*, *zerreisse*, *zerspringe*, *unterbreche*. Selon ces définitions, l'idée d'arrachement, de déchirement est partie intégrante du mot et désignerait plutôt le membre qui a été grièvement blessé, mutilé, voire même arraché, montrant par là qu'il s'agit d'une atteinte particulièrement grave.

46 Huvelin, Paul, *La notion de l'« iniuria » dans le très ancien droit romain*, p. 13 ss ; peu convaincu par ces arguments étymologiques, Schmidlin, *Rekuperatorverfahren*, p. 30.

47 Selon Ernout/Meillet, p. 395, le *membrum* désigne à la fois les bras et les jambes, à l'inclusion du membre viril et par extension de la peau ; Walde/Hofmann, tome 2, p. 64, désignent plus simplement par *membrum* les parties du corps, les *Körperglieder*.

48 Cicéron, *De finibus bonorum et malorum*, chap. V, Huvelin, *Iniuria*, p. 14 ; Watson, *Personal injuries*, p. 218.

49 Huvelin, *Iniuria*, pp. 9-10.

blessé, luxé ; c'est le *membrum* enlevé, amputé, arraché ». L'argument principal de l'auteur se base sur le témoignage d'Aulu-Gelle⁵⁰, qui en s'exprimant sur le côté inhumain du talion, emploie les termes de *nam de inmanitate illa secandi partiendique humani corporis*, soit le fait de couper et partager un corps humain. L'auteur en déduit par là que le terme de *rumpere* est synonyme de séparation du membre du corps de la victime.

Une deuxième interprétation a été proposée par Pugliese et von Simon d'une part⁵¹ et Appleton d'autre part⁵², qui englobent dans la notion de *membrum ruptum* toute action ayant pour effet de « corrompre » un membre et de lui porter atteinte. Ils basent essentiellement leur démonstration sur un fragment d'Ulpien⁵³ assimilant chez les Anciens toute forme de rupture d'un *membrum* à une corruption de ce membre. Cette hypothèse semble discutable, car rien ne permettrait plus alors de séparer clairement le *membrum ruptum* de la notion d'*os fractum*⁵⁴, puisque toute atteinte à un membre serait assimilable à une forme de *corruption*⁵⁵.

Un troisième groupe d'auteurs, composé de Kaser⁵⁶, Kunkel/Schermaier⁵⁷ et Wittmann⁵⁸ met l'accent sur la conséquence du *membrum ruptum* en soutenant qu'il consiste en la mise hors d'usage d'un organe, ce qui a pour effet de causer une invalidité permanente. Pour Wittmann, le *membrum ruptum* doit être compris comme « eine solche Körperverletzung [...], die die dauern-

50 *Nuits Attiques*, livre XX, 1,19. Cet argument nous semble toutefois faible, car la suite immédiate du passage cité d'Aulu-Gelle par Huvelin parle de la situation de celui dont le corps sera partagé entre ses créanciers s'il est insolvable en application des tables III,2 à III,7 relatives à la contrainte par corps pour dettes impayées.

51 Pugliese, *Studi sull' « iniuria »*, Milano, 1941, p. 1 ss. ; Appleton, p. V ; von Simon, p. 167.

52 Appleton, *Notre enseignement du droit romain*, p. 64.

53 Ulpianus, *Libro octavo decimo ad edictum*, D. 9,2,27,13 : « *Inquit lex "ruperit". Rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt "corruperit" »* (Il dit que lorsque la loi emploie l'expression « il aura rompu », tous les anciens juristes avaient compris que le terme de *rumpere* signifiait corrompre.)

54 Notion que nous allons examiner dans le cadre des *Iniuriae*, et qui réprime le fait de fracturer l'os d'autrui, cf. p. 19.

55 Polay, *Iniuria types*, p. 17.

56 Kaser, *Altrömische Ius*, pp. 208-210.

57 Kunkel/Schermaier, *Römische Rechtsgeschichte*, p. 43.

58 Wittmann, *Die Körperverletzung an freien im klassischen römischen Recht*, p. 8 ; dans le même sens, Cursi, *Iniuria cum damno*, p. 226.

de Funktionsschädigung eines Körperlids (Organs) herbeiführt »⁵⁹. Cette interprétation qui met l'accent sur les conséquences de la lésion pour le lésé a le mérite de s'affranchir de difficultés quant à la délimitation des blessures possibles, en insistant sur les effets qu'elle déploie sur la vie quotidienne de la victime. Cette théorie consacre toutefois une vision anachronique du concept de *membrum ruptum*, en ce sens qu'elle est indiscutablement imprégnée de la notion moderne pénale de lésion corporelle grave, dont le critère distinctif est justement la mise hors d'usage d'un organe associée cumulativement ou alternativement à une invalidité permanente⁶⁰.

Polay⁶¹ souligne que peu d'éléments séparent les visions de Huvelin et de von Lübtow⁶² de celles défendues par Wittmann et Kunkel/Schermaier qui soulignent le côté incurable de la lésion. Cette situation pouvant parfois⁶³ entraîner une invalidité partielle ou permanente est souvent mise en relief par la doctrine. Selon cette hypothèse, la lésion corporelle doit avoir pour conséquence la perte définitive et irréversible⁶⁴ d'un membre, d'un organe, ou d'une fonction vitale⁶⁵. En d'autres termes, le *membrum ruptum* se caractériserait surtout par ses conséquences et ses effets extérieurs sur la victime⁶⁶. Comme le souligne von Lübtow, la blessure qui est caractéristique du *membrum ruptum* serait celle qui n'est pas guérissable, et ayant pour conséquence la perte totale ou partielle d'un membre⁶⁷.

59 Wittmann, *ibid.*

60 Le § 224 du Code pénal allemand donne la notion suivante de la lésion corporelle grave (Schwere Körperverletzung) : « *Hat die Körperverletzung zur Folge, das der Verletzte ein wichtiges Glied des Körpers [...] verliert oder in erheblicher Weise dauernd verliert oder in erheblicher Weise dauernd entsetzt wird [...].* »

61 Polay, *Iniuria types*, p. 19.

62 Von Lübtow, *Injurienrecht*, p. 13.

63 Polay, *Iniuria types*, p. 18, souligne à juste titre que la perte d'une dent, par exemple, entraîne la perte définitive d'une partie du corps humain, sans qu'elle n'entraîne forcément d'invalidité.

64 Confirmant sur ce point Polay, Hamza, SZ 1987, p. 774 ; voir en outre la théorie de Di Paola, p. 279 ss.

65 MacCormack, SZ 1987, p. 769.

66 Schmidlin, *Rekuperatoverfahren*, p. 30, résume bien ces effets extérieurs de la lésion : « *Die Körperliche Verwundung wird nach der Tat und der äusserlichen Wirkung benannt.* »

67 Von Lübtow, *Injurienrecht*, p. 132.

Il s'agit essentiellement d'une question jurisprudentielle que nous ne pouvons plus traiter sur la base des textes existants. Nous poursuivrons ainsi l'analyse en nous interrogeant sur les conséquences du *membrum ruptum*. Nous allons tenter d'analyser en quoi le mécanisme de la *pactio*, qui a pour effet de racheter le droit de vengeance du lésé compris dans le talion, consacre une première tentative de règlement pacifique des différends.

B. La punition du talion⁶⁸

La seule norme de la loi des XII Tables qui prévoit la peine du talion est celle contenue dans la table VIII,2. Aucune autre n'impose formellement cette punition sévère à l'auteur d'un acte⁶⁹.

Dans les XII Tables, les sources disponibles ne mentionnent en effet aucune norme réprimant l'homicide intentionnel⁷⁰ ou le viol, infractions qui devaient, sans conteste à l'époque, représenter les deux actes les plus graves pouvant être commis. Cette absence de réglementation des crimes intentionnels laisse supposer que ceux-ci n'étaient pas encore des délits officiels punis par l'État, mais étaient plutôt laissés à la vengeance du clan ou de la famille de la victime⁷¹. Ultérieurement, si le délit donnait lieu à *provocatio*, le cas était déféré aux comices centuriates⁷². Dans un système où le rôle de l'État était limité, l'autorité des juges se bornait en effet à vérifier que les limites qu'elle imposait à l'exercice de la vengeance privée étaient respectées. Limites qui, dans un premier temps, n'ont pu s'appliquer que pour les actes les moins

68 Kunkel, *Kriminalverfahren*, p. 43.

69 Le vol demeure, en cas de flagrant délit, toutefois puni de mort. La loi n'offre aucun moyen de composition légale permettant à l'auteur de racheter sa responsabilité au sens de la table VIII,13 ; Kaser, *RPR I*, p. 148 ; *contra* Crawford, *Roman Statutes II*, pp. 613-615, qui reconstruit la table VIII,3 en y incluant une possibilité de transaction. La table VIII,10 (discutée ci-après au § 5) prévoyait certes une forme de talion *uinctus uerberatus igni necari iubetur*, mais n'employant pas formellement le terme de *talio*.

70 Les lois royales prévoyaient quant à elles la punition de l'auteur d'un parricide « *Si quis hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto* », *FIRA I*, p. 13.

71 « *Selbst die Verfolgung des Mörders (parricidas) blieb der Sippe des Getöteten (seinen Agnaten) überlassen. Über die Strafe des Mörders enthielten die Zwölf Tafeln, wie es scheint, keine ausdrückliche Bestimmung* » Kunkel/Schermaier, *Römische Rechtsgeschichte*, p. 41 ; Kaser, *Max RPR I*, p. 147.

72 Girard, *Manuel*, p. 29.

graves⁷³, ce qui excluait justement les délits intentionnels de meurtre, ou les délits sexuels. Certains auteurs soutiennent que le délit d'homicide non intentionnel prévu par la législation des XII Tables pouvait se voir racheter au moyen du sacrifice d'un bouc, acte symbolique destiné, selon toute vraisemblance, à racheter le droit de vengeance du clan de la famille du lésé⁷⁴.

Von Jhering⁷⁵ voit dans la volonté de défense et de vengeance produite par l'injustice, les premiers sentiments du droit du lésé. Aussi longtemps qu'une communauté n'a pas encore donné naissance aux organes de la réalisation du droit, cette communauté considère plutôt la poursuite du droit comme un intérêt privé des individus⁷⁶. Le droit coutumier permet dès lors au lésé de se faire justice lui-même en lui donnant un accès direct au corps de la victime, afin qu'il puisse exécuter directement son droit de vengeance⁷⁷.

La règle VII,2 de la loi des XII Tables, en encadrant, même timidement, ce désir de vengeance⁷⁸ consacre déjà une modification de cette manière initiale de considérer le droit. Comme le souligne Humbert⁷⁹, toutes les règles contenues dans cette législation constituent des conditions d'ouverture d'un procès. La règle VIII,2 ne fait pas exception, en permettant au lésé de saisir le

73 Kunkel, *Kriminalverfahren*, p. 97 ; von Simon, p. 165 : « *Man wird nach wie vor daran festzuhalten haben, dass es dem Staat erst langsam möglich wurde, die Privatrache einzuschränken, und dass es zuerst bei den leichteren Delikten gelungen ist.* »

74 La table VIII,24 (*FIRA I*, p. 62) est ainsi formulée : « *Si telum fugit magis quam iecit, aries subicitur esto* » (Si un javelot (arme) s'est échappé de sa main, plutôt qu'il ne l'a lancé, un bouc doit être sacrifié). Cette disposition démontre le côté rituel et sacré qui colore encore le droit de la jeune République romaine. Le sacrifice du bouc devait avoir une finalité expiatoire destinée à apaiser le sentiment de vengeance. Cette disposition n'est ainsi pas une norme assortie d'une sanction d'ordre juridique, mais bien plus, une norme instituant un précepte d'ordre quasi religieux. Cette absence de discussion d'une éventuelle sanction sous forme de peine ou d'amende pécuniaire démontre certes l'aspect souvent très fort du diptyque violence/expiation mais ne permet pas de cerner le cadre juridique naissant de la notion de dommage. Voir pour une analyse complète de la question, Völk, p. 87 ss ; Polay, *Iniuria types*, p. 45 ss.

75 Von Jhering, *Esprit du droit romain*, p. 119 ss.

76 Von Jhering, *Esprit du droit romain*, pp. 121-122.

77 « *Der Täter ist ihm aus seiner Tat verfallen, der Verletzte hat ein Zugriffsrecht auf seinen Körper, um die Rache zu vollstrecken.* » ; Kaser, *RPR I*, p. 147.

78 Désir de vengeance qui ne contredit toutefois pas l'esprit de la loi des XII Tables, comme le montrent justement la peine du talion, ou les autres règles punissant de mort l'auteur de certains types de crimes, Kunkel, *Kriminalverfahren*, p. 42.

79 Humbert, Michel, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, p. 253.

juge pour faire constater son droit. La codification des XII Tables innove, en ce sens qu'elle vient souder à l'ancienne procédure, où le lésé se faisait justice lui-même, un élément nouveau, à savoir le procès⁸⁰. On peut toutefois à raison douter du fait que la vengeance absolue ait toujours été la seule réponse de la société à une lésion corporelle grave. Des mécanismes de transaction ont dû exister, même dans les sociétés primitives dans lesquelles aucune loi ne l'imposait⁸¹.

La sanction du talion semble être la peine la plus sévère⁸². Le fait qu'elle puisse entraîner des lésions corporelles pour l'auteur du dommage est assurément un facteur déterminant pour la qualifier de plus sévère que la simple compensation financière. De même, la possibilité de racheter la vengeance privée par le biais d'une transaction contribue à faire du talion la sanction suprême. On ne voit pas en quoi le rachat viendrait se substituer à une sanction inférieure en gravité. La vision de certains auteurs qui considèrent que cette peine peut, dans certains cas, être moins pénible pour l'auteur que la vengeance exprimée sous forme de talion ne nous semble ainsi nullement convaincante, bien que dans cette matière, comme dans tout le très ancien droit romain, il faille se garder de toute certitude⁸³.

Selon la doctrine majoritaire, le talion doit être compris en ce qu'il marque déjà une limite à la vengeance privée absolue de l'auteur⁸⁴. La victime ne peut se venger que dans la limite du talion, et non de manière absolue⁸⁵. C'est-à-dire que le lésé ne peut exécuter le talion qu'au moyen d'un acte de

80 Girard, Paul Frédéric, *Manuel*, p. 31.

81 MacCormack, SZ 1987, pp. 767-768.

82 Hagemann, *Iniuria*, p. 10 ; Polay, *Iniuria types*, p. 18 ; *contra*, Pugliese, *Iniuria*, p. 9.

83 Pugliese, *Iniuria*, p. 31 ; un peu plus nuancé, Watson, pp. 219-220, soutient que dans d'autres systèmes juridiques archaïques, les amendes pécuniaires ont parfois précédé le talion.

84 Pugliese, *Iniuria*, p. 9.

85 À l'opposé du talion mosaïque qui peut s'étendre à la prise de la vie de la victime : « *Mais si malheur arrive, tu paieras vie pour vie, œil pour œil, dent pour dent, main pour main, pied pour pied, brûlure pour brûlure, blessure pour blessure, meurtrissure pour meurtrissure* » (Exode 21, 23-25) ; Polay, *Inuria types*, p. 18 ; Kaser, *RPR I*, p. 147.

nature similaire à celui dont il a été la victime. Ce fait est illustré par un texte de Festus⁸⁶ :

Talionis mentionem fieri in XII (8,2) ait Verrius hoc modo : « Si membrum rup[s]it, ni cum eo pacit, talio esto. » Neque id significet, indicat, puto quia notum est ; permittit enim lex parem vindictam.

Il est fait mention du talion dans les XII [tables], selon Verrius de cette façon : « S'il a brisé un membre, à moins qu'il [l'auteur] ne transige avec lui [la victime], qu'on applique le talion » et cela ne signifie pas ceci, mais indique plutôt, je pense, que la loi permet en effet la même vengeance.

Le fragment de Festus ne peut être pris au pied de la lettre, puisqu'il demeure dans le domaine du putatif. Toutefois, il doit être suivi lorsqu'il met l'accent sur l'acte de vengeance (*vindicta*), qui doit être identique⁸⁷ à celui subi, et surtout lorsqu'il fait découler ce droit non directement du droit propre de la personne lésée, mais plutôt du droit d'action institué par la loi des XII Tables, qui permet d'agir (*Lex enim permittat*). Ce fait démontre que la sanction trouve son fondement dans la loi écrite, et non plus dans la coutume ou le droit propre du lésé, conceptions typiques d'une société qui ne dispose pas encore des organes aptes à réaliser la mise en œuvre du droit.

Le talion comportait l'effet d'accorder une satisfaction morale au lésé, ainsi qu'à ses proches, par le fait de savoir que vengeance avait été rendue. C'est ainsi que certains auteurs ont très justement remarqué que cette loi n'avait absolument pas pour effet d'apporter un dédommagement économique suite à la perte du membre rompu, mais comportait, bien plus, une fonction d'ordre plus symbolique⁸⁸. Ainsi, le talion originaire ne vise qu'à apaiser la souffrance morale du lésé en lui permettant d'éteindre sa soif de vengeance, en lui accor-

⁸⁶ Festus, p. 496.

⁸⁷ Assurément tardif car datant du VII^e siècle après J.-C., Isidore de Séville (*Etymologiae*, V,27,24) sans se référer expressément aux XII Tables, mais à la nature et à la loi en général, définit également le talion comme consistant en une vengeance identique en se référant à l'Évangile selon Saint Matthieu 5, 38-42 : « *Talio est similitudo vindictae, ut taliter qui patitur ut fecit. Hoc enim et natura et lege est institutum, ut laedentem similis vindicta sequatur.* » ; voir aussi Tower, *Popular misconceptions*, p. 25 ss.

⁸⁸ Hitzig, p. 57.

dant la satisfaction de savoir que l'auteur devra vivre avec la même infirmité que lui.

C'est bien parce que le talion conduit à une impasse, que la législation des XII Tables en a fait l'exception et non la règle. Si l'on interprète la loi, la possibilité pour le lésé de faire valoir le talion doit céder le pas à une transaction, lorsque les deux parties parviennent à trouver un accord⁸⁹. Le texte insiste sur le *ni si eo pacit* de manière décisive en démontrant bien que la vengeance doit être la seconde voie à choisir, dans le seul cas où la transaction n'est pas possible, essentiellement dans celui où le lésé ou ses proches refusent de transiger⁹⁰.

La transaction avait ainsi pour but le rachat⁹¹ de ce désir de vengeance, et pour fonction de permettre de sortir de la spirale de violence, afin de rétablir la paix sociale menacée. Cette idée de racheter est importante, car elle témoigne de la volonté de l'État d'inscrire une action pacificatrice assortie d'effets à long terme sur les citoyens qui composent sa communauté. C'est la fonction de cette transaction ou *pactio* que nous allons maintenant examiner.

C. La possibilité d'accord entre la victime et l'auteur du dommage

Dépassant le cercle étroit de la vengeance privée, la règle VIII,2 prévoit la possibilité d'une transaction entre la victime et l'auteur (*pactio*⁹²), afin d'éviter la peine du talion. C'est en ceci que cette table apporte une révolution concep-

89 Von Jhering, *L'esprit du droit romain*, I, pp. 134-135, penche pour l'hypothèse selon laquelle, initialement, cette transaction était plutôt constitutive d'une rançon eu égard à l'emploi du verbe *pacere*, à l'instar de ce que prévoit la table III,6 qui énonce que celui qui n'aura pas payé une dette, et n'aura pas été racheté par un tiers à la troisième fois qu'il aura été mis en vente par son créancier (rançon), sera coupé en morceaux : « *Ni pacit, tertii nundinis partis secanto.* » ; Crawford, *Roman Statutes II*, p. 580.

90 Kaser, *Altrömische Ius*, p. 21.

91 Zimmermann, *Law of obligations*, p. 3.

92 Ernout/Meillet, p. 473, définissent la *pactio* comme « *le fait de passer une convention entre deux parties belligérantes* ». Ils font remonter le terme à une racine *pak ayant pour signification de « *fixer par une convention, résoudre par un accord entre deux parties* ». Selon eux, le terme original de « *pacio* » présent dans la loi des XII Tables trouve là ses origines.

tuelle, ouvrant la voie à la question de l'évaluation technique et économique du dommage⁹³.

La volonté des *decemviri* était probablement de dépasser le désir d'une vengeance privée, en prenant peut-être en compte la valeur économique du dommage subi. Certes, dans un premier temps, le dommage est appréhendé dans sa dimension purement physique. Le texte se concentre sur la perte matérielle du membre ou de l'organe perdu, sans se prononcer sur la conséquence économique que cette perte peut avoir pour le lésé.

La fonction de cette transaction avait, comme exposé, pour but premier de racheter la volonté de vengeance du lésé⁹⁴. Toutefois, comme rien ne permet d'inférer les modalités concrètes de cette transaction, aucune source juridique ne renseignant avec certitude quant à la manière dont cet accord devait s'effectuer, l'analyse doit se concentrer sur un texte d'Aulu-Gelle, qui, dans la bouche de Sextus Caecilius⁹⁵, en donne la définition suivante et de son rapport avec la loi du talion⁹⁶ :

Sed quoniam acerbum quoque esse hoc genus poenae putas, quae, obsecro te, ista acerbitas est, si idem fiat in te, quod tute in alio feceris ? praesertim cum habeas facultatem paciscendi et non necesse sit pati talionem, nisi eam tu elegeris. [...] Nam si reus, qui depicisci noluerat, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat, atque ita, si reo et pactio grauis et acerba talio uisa fuerat, seueritas legis ad pecuniae multam redibat.

Mais, puisque tu penses que ce genre de peine est aussi cruel, je t'en prie, quelle est la cruauté si quelqu'un te fait à toi ce que toi tu as fait à un autre ? Puisque tu as notamment la faculté de transiger et que tu ne dois pas subir le talion, à moins que tu ne l'aies choisi ? Car, si la partie en cause qui n'avait pas voulu passer un accord, n'obéissait pas

93 Broggin, *Iudex arbiterve*, p. 148.

94 Völkl, *Körperverletzung*, p. 157.

95 Jurisconsulte, vraisemblablement élève de Julien que l'on ne peut pas dater avec précision. Comme Aulu-Gelle en parle au passé, on peut supposer qu'il était déjà mort avant 169 ou 175 après J.-C., date d'écriture des *Nuits attiques*, Kunkel, *Römische juristen*, p. 172.

96 Aulu-Gelle, *XX,1*, p. 152.

au juge qui avait ordonné le talion, le juge condamnait cet homme à une peine d'argent sur la base de l'estimation du litige, et ainsi, si pour l'auteur [du dommage] la transaction était considérée comme sévère et le talion comme cruel, la sévérité de la loi se ramenait en fait à une peine en argent.

Si le texte établit que le talion n'a jamais été très longtemps appliqué à la lettre, et qu'il n'a servi que de menace théorique pour forcer le débiteur récalcitrant à payer son dû, le texte ne mentionne par contre pas la manière de chiffrer la transaction.

Aulu-Gelle laisse entendre que cette transaction se calculait sur la base de l'estimation du litige ; en cas de non-obtempération de la part de l'auteur, le juge le condamnait *lite aestimata*. Il définit même cette somme comme une peine pécuniaire (*multa pecuniae*)⁹⁷.

Le témoignage d'Aulu-Gelle est la seule source romaine dont nous disposons pour discuter des modalités de cette transaction. La doctrine, pour sa part, lui dénie souvent toute crédibilité, ou même l'ignore complètement en affirmant qu'aucun texte ne permet de se faire une idée des modalités du calcul de la transaction.

Il est certain que l'estimation de la valeur du litige n'est pas d'un grand secours pour calculer le montant de la possible transaction. Il est toutefois important de relever que cette clause permet un calcul de l'indemnité souple, et non imposé par une clause fixe et déterminée⁹⁸. En ce sens, ce mode de calcul est éloigné du système des amendes fixes en cas d'*iniuria*, qui feront l'objet du § 4 de notre étude. Le mode de calcul laisse supposer que le montant de la compensation devait tenir compte de la gravité de la faute, ainsi que de l'ampleur de l'atteinte.

⁹⁷ Watson, *Personal injuries*, p. 215.

⁹⁸ Watson, *Personal injuries*, p. 220.

Il y a cependant lieu de penser que le lésé devait vraisemblablement réclamer une indemnité qui correspondait à la contre-valeur des lésions qu'il avait effectivement subies⁹⁹ ; contre-valeur qui devait peut-être se baser sur la fortune de l'auteur de la lésion et de la victime, la gravité de l'atteinte, voire l'intercession de personnes tierces¹⁰⁰. Il convient de reconnaître qu'il ne s'agit là que d'hypothèses qui n'ont pour elles que le bon sens, mais malheureusement aucun appui dans une quelconque source, puisqu'Aulu-Gelle lui-même ne fait que mentionner que le montant de l'indemnité se calcule sur la base de la *litis aestimatio*. Peut-être le recours à la table I,6 peut-il offrir un début de réponse.

*Rem ubi pacunt, orato*¹⁰¹.

Là où les parties se seront mises d'accord, que le juge le proclame¹⁰².

À notre sens, ce texte doit être compris comme illustrant le fait que la transaction met un terme à l'affaire, et que le juge le proclame au peuple, marquant par là son côté solennel. Cette règle s'inscrit dans le cadre des règles procédurales encadrant l'activité du juge dans le cas où les parties ne se sont pas mises d'accord¹⁰³. Nous rejoignons l'opinion de Kaser¹⁰⁴ qui y voit la confirmation que le lésé pouvait décider de racheter son droit de vengeance, et

99 Liebs, *Damnum*, p. 198, part aussi du principe que le montant de cette indemnité était lié à un accord libre des parties, range cette indemnité dans le cadre des amendes (*Busse*) et l'appelle *supplicium*.

100 Von Jhering, *L'esprit du droit romain*, p. 137 : « *Le montant de la composition variait de cas en cas. La fortune des deux parties, leur position, leurs rapports antérieurs, l'ardeur de la soif de vengeance d'un côté, le degré d'opiniâtreté de l'autre, l'intercession de personnes amies, une foule d'autres considérations, devaient exercer sur ce point une influence déterminante.* »

101 *FIRA I*, p. 28 ; Crawford, *Roman Statutes*, pp. 594-595, refuse, quant à lui, de restituer l'expression « *rem* » en considérant que les parties ne se mettaient pas d'accord sur l'affaire à transiger, mais sur le lieu de la transaction (voir note suivante).

102 Crawford, *Roman Statutes*, p. 595, conteste cette interprétation traditionnelle de la table I,6 en considérant que le mot *ubi* ne doit pas se comprendre dans le sens de conjonction signifiant « quand, lorsque » mais dans le sens d'adverbe de lieu, et propose la traduction « *He [the plaintiff] is to plead, where they agree* », soit que le demandeur agisse où ils l'auront décidé. Cette interprétation nous semble difficilement compatible avec la présence de la table I,7 qui précise justement le lieu où se déroulera la procédure, soit devant les comices du peuple, ou au forum. Cette interprétation a pour effet de vider de tout son sens matériel la table I,6.

103 Girard, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, N. 3, p. 85.

104 Kaser, *Altrömische Ius*, p. 183.

pouvait décider d'en fixer le prix. Cette *pactio*, approuvée par le juge, mettait ainsi un terme au litige.

C'est ici que la loi des XII Tables contient une disposition que ne connaissent ni le talion mosaïque¹⁰⁵ ni les dispositions pertinentes du Code de Hammurabi¹⁰⁶. En insistant sur la négociation, les tables opèrent un renversement de perspective et mettent l'indemnisation au centre et non plus la violence contenue dans le talion.

À défaut d'autres sources, et en prenant en considération la table I,6, nous penchons pour l'hypothèse que cette transaction avait pour but de garantir au lésé une certaine forme d'indemnisation par l'acceptation de la somme proposée par l'auteur, afin de pallier les conséquences économiques entraînées par la lésion. Mais surtout, la *pactio* avait pour but de racheter le talion et de sortir d'un engrenage de violence.

La loi vise ainsi à adoucir les mœurs en mettant sous le contrôle du juge l'exercice de la vengeance privée. En instaurant un système de compensation, l'ordre juridique met à disposition des parties les prémices d'une justice qui tente de pacifier les différends, au lieu de laisser les individus régler leurs comptes entre eux.

105 Exode 21, 23-25, ne laisse place à aucune possibilité de transaction en cas de blessure d'un membre.

106 Il en va de même des § 195, 197 et 200 qui ne permettent pas de rachat du talion en cas de blessure causée à un homme libre.

§ 5. « *poenae sunt* »

La loi des XII Tables ouvre trois actions qui ont pour conséquence la condamnation à une peine pécuniaire (*poena*)¹⁰⁷. Il s'agit des dispositions qui répriment le fait de briser l'os d'un être humain, de se comporter de manière injurieuse envers un tiers, et enfin de couper un arbre sans droit.

L'analyse se portera dès lors sur les conditions d'application de ces trois actions, en focalisant notre attention sur la peine qui est infligée, en cas de transgression des règles que renferment ces tables.

A. La répression de l'*os fractum* et de l'*inuria*

Selon la table VIII,3, le fait de briser l'os d'une personne physique peut avoir pour conséquence la condamnation au paiement d'une somme d'argent chiffrée en *as*¹⁰⁸. La teneur de cette règle est la suivante¹⁰⁹ :

¹⁰⁷ Tant pour Ernout/Meillet, p. 518, que pour Walde/Hoffmann, pp. 329-330, le mot est entré dans la langue latine par sa présence attestée dans la loi des XII Tables. Il proviendrait du grec dorien ποῖνα qui signifie « *compensation versée pour une faute ou pour un crime, rançon* » et « *amende, expiation, châtement* », Ernout/Meillet, *ibidem*. Le mot a donné le verbe *punire*, par transformation de la diphtongue *oe* de *poena* en un U long qui signifie venger, punir ; Ernout/Meillet, *ibidem*, Walde/Hoffmann, *ibidem*.

¹⁰⁸ L'*as* était une monnaie en bronze, introduite vraisemblablement vers le Ve siècle, dont le poids réel était de 10 onces, soit 272 grammes. Elle équivalait à l'unité de poids, la *libra* ou bien livre romaine ; Hacquard, *Guide romain antique*, p. 104.

¹⁰⁹ Les sources indirectes de cette règle figurent également chez Aulu-Gelle, *Les Nuits Attiques*, livre XX,14 ; chez Festus, *De verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome*, p. 496, chez Gaius, *Institutes*, III, 223 ; et chez Paul, *Sententiae*, V,4,6 (*FIRA II*, p. 390).

si os fregit libero, CCC, [si] seruo, CL poena[e] sunt.

S'il a brisé l'os d'un homme libre, 300 [as], s'il s'agit d'un esclave, que la peine soit de 150 [as].

La délimitation de la notion d'*os fractum* soulève, à de nombreux égards, les mêmes interrogations que celles de *membrum ruptum*. Cette incertitude provient principalement du fait que les sources traitant de la question sont rares, et qu'aucune de celles dont la science dispose ne définit les termes d'*os* et de fracture¹¹⁰ de manière déterminante. Il ressort de la notion de *frangere*¹¹¹ qu'elle s'oppose à celle de *rumpere* ou la complète.

La source la plus fiable et disponible est contenue dans les *Institutes* de Gaius, car elle englobe, en une seule définition, les trois actions basées sur le *membrum ruptum*, l'*os fractum*, et l'*iniuria* au sens étroit¹¹² :

Poena autem iniuriarum ex lege XII tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat ; propter os uero fractum aut conlisum trecentorum assium poena erat, ueluti si libero os fractum erat ; at si seruo CL ; propter ceteras uero iniurias, XXV assium poena erat constituta, et uidebantur illis temporibus in magna paupertate satis idoneae istae pecuniae poenae.

La peine de l'injure, au sens de la loi des XII Tables était en effet celle du talion pour un membre rompu. La peine était par exemple de 300 as pour un os fracturé ou brisé s'il s'agissait d'un homme libre, mais de 150 s'il s'agissait d'un esclave ; pour toutes les autres injures, la peine était de 25 as, et, en ces temps éloignés, ces peines étaient considérées comme appropriées pour des gens très pauvres.

110 Paul, par exemple, se contente de mentionner le délit de *membrum ruptum* et d'*ossis fractio* (en plus des chants attentatoires à l'honneur) dans les XII Tables, sans définir plus avant ces états de fait : « *Lege duodecim tabularum de famosis carminibus, membris ruptis et ossibus fractis* » Paul, sent. V, IV, *FIRA II*, p. 390.

111 Ernout/Meillet, p. 251, opposent *frangere* à *rumpere* et insistent sur la brisure ou la fracture que subit le corps et font remonter le terme à la loi des XII Tables.

112 Gaius, *Institutes*, III, 223.

L'analyse de Gaius, juriste du II^e siècle après J.-C.¹¹³ semble ainsi confirmer que l'*os fractum* et l'*iniuria* sont des délits moins graves que ceux du *membrum ruptum*, vu que le jurisconsulte classe tous ces délits dans leur ordre décroissant de gravité.

Aulu-Gelle¹¹⁴, range quant à lui l'*os fractum* dans la catégorie des injures plus cruelles, sans toutefois non plus se prononcer sur les éléments constitutifs du délit d'*os fractum* :

Sed iniurias atrociores, ut de osso fracto, non liberis modo, uerum etiam seruis factas impensiore damno uindicauerunt, quibusdam autem iniuriis talionem quoque adposuerunt.

Mais les injures plus cruelles, à l'instar de l'os brisé, faites non seulement à des personnes libres, mais encore à des esclaves, ils [les *decemviri*] les punirent d'une amende plus chère, et pour d'autres injures, ils imposèrent même le talion.

La première remarque d'importance par rapport à ce fragment est l'emploi par Aulu-Gelle du terme de *damnum* dans l'expression *vindicauerunt damno impensiore*¹¹⁵. Nous penchons pour l'hypothèse émise par Crawford¹¹⁶ selon laquelle ce mot à la place de *poena* traduit déjà l'influence du droit classique, et que le terme original était bien plus certainement celui de *poena* (table VIII,3,4). Si l'on dépasse toutefois cette querelle sémantique, l'analyse démontre que la fonction de cette peine de 25 as est plutôt constitutive d'une amende imposée dans un but de punition, qu'une indemnité pécuniaire visant à corriger les conséquences économiques de l'atteinte sur le patrimoine¹¹⁷, à l'instar des frais de traitement, ou d'une éventuelle perte d'activité suite à une invalidité temporaire. L'amende vise plus à sanctionner la violation de

113 Les sanctions des XII Tables ne sont certes plus appliquées à l'époque de Gaius comme à l'époque classique, l'auteur le reconnaît lui-même. Toutefois, la vision historique, synthétique et méthodologique du jurisconsulte représente à notre sens la source la plus fiable dont nous disposions.

114 Aulu-Gelle, *Les Nuits Attiques*, XX,1, p. 152.

115 C'est la première fois que nous rencontrons le terme de *damnum* dans notre thèse.

116 Crawford, *Roman Statutes II*, p. 618.

117 Voir Ulpianus, D. 9,2,11,2, p. 106.

la règle, soit à protéger l'ordre juridique, qu'à racheter un éventuel droit de vengeance du lésé, ou à accorder une contrepartie économique à une perte éprouvée par le lésé victime de la transgression.

Il est évidemment difficile de définir plus avant la fonction de cette amende, lorsque l'on ne connaît que mal l'effet que pouvait avoir cette *iniuria* sur l'intégrité corporelle de la victime.

Le seul fragment qui nous soit parvenu et qui donne des indications sur la manière dont l'os doit avoir été fracturé se trouve dans la collection des lois mosaïques et romaines¹¹⁸ :

Iniuriarum actio aut legitima est aut honoraria. Legitima ex lege duodecim tabularum : qui injuriam alteri facit, quinque et viginti sestertiorum poenam subito. Quae lex generalis fuit ; fuerunt et speciales, velut manu fustive¹¹⁹ si os fregit libero, CCC, si servo, CL poenam subito sestertiorum.

L'*actio iniuriarum* est soit légitime soit honoraire. Elle est légitime au sens de la loi des XII Tables qui dispose que celui qui aura causé une injure à une autre personne sera puni de la peine de 25 sesterces. Cette loi a été générale. Il y a aussi eu des lois spéciales comme le fait que celui qui a brisé avec la main ou un bâton l'os d'une personne libre soit puni d'une peine de 300 sesterces, ou s'il s'agit d'un esclave de 150 sesterces.

L'adjonction des mots *manu fustive*, soit par la main ou par le poing, est déterminante. Elle donne un tout autre sens à cette règle, adjonction que la doctrine moderne n'a pas suffisamment analysée à notre sens.

118 Coll. 2,V,5, in Girard, *Textes de droit romain*, p. 579.

119 Nous considérons que le fait d'émender le manuscrit original doit être accepté, en se référant aux arguments convaincants de Völkl, *Die Körperverletzung*, p. 144 ss, qui considère qu'il convient d'intégrer dans la définition de Paul les éléments contenus dans les *Institutes* de Gaius, III, 220 : « *Iniuria autem committitur non solum cum quis pugno puta aut fuste percussus vel etiam verberatus erit* » (L'injure se réalise en effet non seulement lorsque quelqu'un est frappé par le poing ou le bâton, mais encore fouetté.)

En posant l'exigence d'une manière de provoquer le dommage, cette table restreint considérablement le nombre de comportements qui peuvent être la cause de la fracture d'un os. Völkl fait justement remarquer que la main et le bâton ne sont pas, par nature, destinés à causer des blessures graves. Au contraire, le bâton est un objet courant de la vie domestique de l'époque, qui sert avant tout de canne sur laquelle s'appuyer ou pour mener le bétail¹²⁰.

La lésion corporelle devait vraisemblablement être de peu de gravité et ne pas avoir pour effet d'entraîner la perte d'un membre ou d'un organe. La lésion était certainement guérissable, et c'est plus le côté antisocial de l'acte que l'ordre juridique voulait punir, que l'apaisement de l'envie de vengeance du lésé, comme en cas de *membrum ruptum*¹²¹. La punition vise également à rétablir l'honneur familial qui a été atteint par l'action injurieuse.

Selon certains auteurs, le fait de frapper un esclave en lui brisant un os portait déjà atteinte à une valeur sise dans le patrimoine du maître¹²². C'est à notre sens hâter l'analyse. À l'époque de la législation des XII Tables, les outils de production comme des esclaves n'étaient pas encore protégés en tant que valeur économique. L'ordre juridique s'attelait davantage à défendre le côté presque sacré de la propriété. On ne voit pas pourquoi, si c'était bien la valeur économique qui devait être protégée, la peine aurait été fixe, ni pourquoi le terme de *poena* est employé, au lieu de ceux de *damnum* et de *noxiam sarcire*. L'analyse qui suit démontrera que ces termes marquent la genèse de la prise en compte de la valeur économique comme champ de protection autonome.

La table VIII,4 quant à elle définit ce qu'il convient d'appeler l'*iniuria* au sens étroit :

Si iniuriam [alteri] faxsit, uiginti quinque poenae sunt.

Si quelqu'un a causé une injure à autrui, que la peine soit de 25 [as].

¹²⁰ Völkl, *Die Körperverletzung*, pp. 150-151.

¹²¹ *Contra*, Kaser, *Altrömische Ius*, p. 210, voit dans la survivance du mot d'origine grec *poena* la preuve que l'idée de sentiments de vengeance est restée incluse dans les amendes prévues en cas d'*iniuriae*.

¹²² Huvelin, *Iniuria*, p. 98, considère un esclave comme une *res in patrimonio*.

Les motivations du quantum de la peine de 25 as resteront certainement à tout jamais obscures. Une anecdote, rapportée par Aulu-Gelle, nous apprend qu'au premier siècle déjà, le montant de 25 as était un montant ridicule pour compenser une injure¹²³ :

L. Veratius fuit egregie homo improbus atque inmani uecordia. Is pro delectamento habebat os hominis liberi manus suae palma uerberare. Eum seruus sequebatur ferens crumenam plenam assium; ut quemque depalmauerat, numerati statim secundum duodecim tabulas quinquæ et uiginti asses iubebat. Propterea, inquit, praetores postea hanc abolescere et relinqui censuerunt iniuriisque aestumandis recuperatores se daturos edixerunt.

L. Veratius était un homme remarquablement effronté, et d'une extravagance monstrueuse. Il avait pour plaisir de souffleter de la paume de sa main le visage d'un homme libre. Un esclave le suivait, portant une bourse pleine de sesterces. Lorsqu'il avait souffleté quelqu'un, il ordonnait aussitôt que l'on fasse compter 25 as, au sens de la loi des XII Tables. C'est pour cette raison, qu'après cela, les préteurs jugèrent bon d'abandonner et de laisser s'effacer cela [cette pratique] et édictèrent que des récupérateurs seraient institués afin d'estimer les injures.

Comme la doctrine dominante, nous pensons que cette *iniuria* proprement dite consistait en une atteinte qui n'avait pas de conséquences durables sur l'intégrité corporelle de la victime. L'atteinte était davantage donnée dans un but de toucher à l'honneur de la victime. Pugliese et Schmidlin ont raison de souligner que les deux premiers états de fait (les lois VIII,2 et VIII,3 que nous venons d'analyser) ne peuvent, sauf à complètement déstructurer la notion, être constitutifs d'une vision uniforme de l'*iniuria*, en raison des différentes peines qu'ils entraînent¹²⁴. Il convient plutôt de considérer que les termes d'*iniuria* que l'on trouve chez Gaius et chez Aulu-Gelle sont plus tardifs¹²⁵.

123 Pour une analyse complète de cette anecdote, Birks, *Lucius Veratius and the Lex Aebutia*, pp. 39-48.

124 Schmidlin, *Rekuperatoverfahren*, pp. 29-30.

125 Polay, *Iniuria types*, p. 34.

Le fait que le montant de 25 sesterces n'ait, dans un premier temps, pas évolué démontre que la table VII,4 avait pour but de protéger l'honneur en tant que tel, et non de procéder à un calcul d'ordre économique afin de percevoir si l'injure avait eu des conséquences sur la situation économique du lésé. Le texte d'Aulu-Gelle témoigne déjà d'une vision classique du droit romain, en ce sens que le prêteur est autorisé à s'écarter du texte clair de la loi, ce qui situe celui-ci après l'entrée en vigueur de la *Lex Aebutia*¹²⁶.

La démonstration ne gagnerait rien à tenter de dégager la notion de l'honneur à l'époque de la jeune République romaine. Il convient de retenir que l'emphase apportée au terme d'*iniuria* marque la manière dont l'acte devait avoir été commis, et relègue à l'arrière-plan la volonté d'indemniser d'un point de vue économique la victime de l'atteinte subie à son honneur. L'injure était le centre du débat, assurément pas les conséquences financières de l'honneur perdu.

À l'instar de l'amende de 300 as due en cas d'*os fractum*, celle de 25 as ne semble pas avoir été négociable. Il s'agissait vraisemblablement d'un montant fixe qui devait symboliquement permettre à la victime de l'offense de se sentir moralement satisfaite dans son honneur¹²⁷.

¹²⁶ Birks, *Lucius Veratius*, p. 45.

¹²⁷ Kaser, *Altrömische Ius*, p. 210, souligne que la victime devait se contenter du montant de l'amende fixée qui lui était proposé, au risque de perdre tous ses droits contre l'auteur, au contraire du système du talion qui permettait comme nous l'avons vu à la victime de négocier le montant de l'indemnité.

B. L'actio de arboribus succisis¹²⁸

L'atteinte causée à un arbre fruitier¹²⁹ pouvait aussi donner lieu au paiement d'une peine pécuniaire. En effet, la table VIII,11 dispose que¹³⁰ :

Si arborem felicem succiderit, XXV poenae sunt.

S'il a [aura] coupé un arbre fruitier, que la peine soit de 25 as.

Cette version proposée par Crawford¹³¹ constitue une restitution plus fidèle de l'esprit de la loi des XII Tables. En effet, l'édition FIRA ne fait que reprendre le texte de Pline l'Ancien¹³² sans en offrir une retranscription sous forme de formule légale reconstruite :

Fuit et arborum cura legibus priscis cautumque est XII tabulis ut, qui iniuria cecidisset alienas [arbores], lueret in singulis aeris XXV.

Le souci des anciennes lois des XII Tables était de veiller à ce que celui qui a coupé sans droit [des arbres] appartenant à autrui ait à s'acquitter d'une amende de 25 as, pour chaque arbre.

128 Nous discuterons plus loin (§ 10. G, p. 63) dans le cadre de la détermination du dommage selon la *lex Aquilia* de la problématique du concours entre l'action aquilienne et l'*actio arborum furtum caesarum* indirectement issue des XII Tables. La question de l'endommagement de l'arbre et de ses fruits est une question récurrente en droit romain. Les fragments la discutant constituent souvent des questions de principe importantes pour la compréhension de la notion complexe de dommage, ce qui explique la grande place qu'il convient d'accorder à ces développements.

129 L'*actio de arboribus succisis* est très proche d'une autre action figurant dans la loi des XII Tables, « l'*actio de pastu pecoris* « *glande in alienum pastum ne inmittito* » (qu'il ne fasse pas paître [son bétail] en fruits, sur le fonds voisin), en ce sens que cette action protège également la propriété végétale d'autrui. Nous ne discuterons toutefois pas de cette action, car aucune source fiable ne mentionne la sanction et l'amende en cas de violation de la règle. Pour plus de détails, voir Crawford, *Roman Statutes II*, p. 682.

130 Les sources indirectes de cette règle figurent chez Pline, *Histoire naturelle*, XVII,7 ; dans les *Institutes* de Gaius, IV,11 ; et dans le *Digeste* D. 19,2,25,5 ; D. 12,2,28,6 ; et D. 47,7,1 et 2 et 4 et 11.

131 Crawford, *Roman Statutes II*, p. 608.

132 Pline, *Histoire naturelle*, XVII,7 ; *contra* Kaser, *Altrömisches Ius*, p. 213 ; Polay, *Iniuria types*, p. 33, qui, malgré la présence du terme *cecidisset* en lieu et place de *succidisset*, considère que le texte de Pline est une retranscription fidèle à l'esprit des XII Tables.

Un second groupe d'auteurs, auxquels nous nous rangeons¹³³ exclut la présence du concept d'*iniuria* en partant du principe que Pline, un historien plutôt qu'un juriste, ne peut être un témoin fidèle quant à l'emploi de cette notion dans son acception juridique. En effet, le terme d'*iniuria* employé dans le contexte de la manière de préciser la façon dont l'acte devait avoir été causé nous semble plutôt être un élément tardif issu de l'action prétorienne, soit de l'*actio arborum furtim caesarum*¹³⁴.

Outre la mention d'*iniuria* dans le texte de Pline, les deux versions divergent encore fondamentalement sur un deuxième point, soulignant le côté non académique de la distinction entre elles. En effet, Pline emploie le terme de *caedere* (abattre) alors que le texte original des XII Tables devait plus vraisemblablement employer celui de *succidere* (couper).

La distinction entre l'action des XII Tables et l'action prétorienne ultérieure est relatée par Gaius dans un texte qui mérite, en tout point, d'être intégralement reproduit¹³⁵ :

Actiones, quas in usu ueteres habuerunt, legis actiones appellabatur uel ideo, quod legibus proditae erant, (quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur), uel ideo, quia ipsarum legum uerbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges obseruabantur. unde eum, qui de uitibus succisis ita egisset, ut in actione uites nominaret, responsum est rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de uitibus succisis actio conpeteret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.

Les actions en usage chez les Anciens s'appelaient les actions de la loi, soit parce qu'elles avaient été transmises par les lois (bien sûr, alors,

¹³³ Fliniaux, *Arboribus succisis*, p. 537 ; Crawford, *Roman Statutes II*, p. 609.

¹³⁴ En effet, il convient de ne pas confondre l'action issue de la loi des XII Tables l' « *actio de arboribus succisis* » (action pour arbres coupés) punie de l'amende de 25 as, avec l' « *actio arborum furtim caesarum* » (action pour arbres abattus en secret) punie au double de l'intérêt du propriétaire de l'arbre, même si c'est cette confusion entre les deux actions qui a permis le développement prétorien de la seconde, notamment eu égard à la faiblesse de la somme de 25 as ; Lenel, *Edictum perpetuum*, p. 337 ; Huvelin, *Iniuria*, p. 98.

¹³⁵ *Institutes*, IV,11.

les édits du préteur par lesquels plusieurs actions ont été introduites n'étaient pas encore en usage), soit parce qu'elles avaient été ajustées aux termes même des lois et étaient de ce fait respectées de manière immuable, comme des lois. De là [il s'ensuit] que celui qui a agi [en justice] pour des *vignes* coupées et qui dans l'action a utilisé l'expression « vignes » se verra répondre qu'il a perdu l'affaire, car il aurait dû nommer des *arbres*, parce que les XII Tables, en vertu desquelles il a une action pour les vignes coupées, parle d'arbres coupés.

Gaius ne mentionne pas l'*iniuria*, prouvant par là que la loi des XII Tables ne contenait pas ce principe originairement. Deuxièmement, il est fait état d'arbres coupés et non d'arbres abattus ou détruits. Le terme de *succidere* est un terme formel et strict qui ne contient pas de souplesse conceptuelle permettant une extension de sa notion, comme le fera plus tard la procédure formulaire¹³⁶. Ce texte démontre ainsi pourquoi la notion de dommage ne peut encore émerger. L'expression *arborem succidere* se limite à un type d'états de fait étroits qui ne permettent pas d'englober toute perte ou diminution effective de la valeur d'une chose, mais uniquement un état de fait bien précis. Ce n'est que le droit honoraire qui pourra permettre cet élargissement de la notion, comme nous le verrons avec l'interprétation large ainsi que l'extension de la notion de *rumpere* vers celle de *corrumpere* dans la *lex Aquilia*¹³⁷.

Une telle extension prétorienne de la notion de *succidere* est également apportée par Paul qui n'est pas sans rappeler l'élargissement des états de fait tombant sous le coup de la *lex Aquilia* :

Paulus, D. 47,7,5,pr.

Caedere est non solum succidere, sed etiam ferire caedendi causa. cingere est deglabrare. subsecare est subsecuisse : non enim poterat cecidisse intellegi, qui serra secuisset.

136 La procédure formulaire est la procédure ouverte par le préteur, et existe par l'édit de ce dernier.

137 Voir *infra*, p. 139 ss.

Abatte signifie non seulement couper, mais encore frapper dans le but d'abatte. Ceindre c'est écorcer. Couper par en dessous, c'est avoir coupé par en dessous. En effet, celui qui aura coupé au moyen d'une scie ne pourra pas être considéré comme ayant abattu.

La définition large du terme de *caedere*, qui inclut dans l'action prétorienne le terme issu des XII Tables de *succidere*, démontre une extension de la notion, qui, prise *a contrario* démontre le côté encore très rigide et peu souple de la procédure selon la loi des XII Tables. Celles-ci restaient figées sur un état de fait précis, sans permettre de comprendre toute la complexité conceptuelle d'une notion générale qui n'avait pas encore éclos.

L'analyse des termes *succidere* et *caedere* n'est pas une vaine glose. Elle démontre au contraire le côté encore formaliste et peu souple de la législation des XII Tables. La loi vise plus à sanctionner un comportement ayant entraîné la destruction d'un objet peut-être sacré parce qu'il est gage de fertilité, qu'à tenter d'appréhender un état de fait complexe, sous la forme d'une formulation générale. Par ailleurs, cette manière rigide de considérer la façon dont l'acte doit avoir été infligé¹³⁸ à savoir « coupé » au lieu « d'abattu » ou « détruit » a également une importance sur la manière de traiter le dommage, en ce sens qu'une vision restreinte de la loi n'admettra pas comme dommage des états de fait légèrement différents qui peuvent toutefois entraîner une incidence identique sur les objets propriétés du lésé, et par extension sur son patrimoine. Ceci nous est également confirmé par le fait que seul l'arbre totalement coupé à la base de ses racines, ou l'arbre mutilé de sorte qu'il soit amené à périr est couvert par la table VIII,4. Les atteintes aux branches ayant une valeur économique, de même que la coupe des fruits de l'arbre dans le but de les laisser pourrir au sol, n'ouvraient pas l'action *de arboribus succisis*¹³⁹, contrairement à ce qui sera le cas avec la notion de patrimoine dans la *lex Aquilia*¹⁴⁰.

138 « Le verbe *succidere* [...] sert à désigner le qualificatif de l'infraction », Fliniaux, *Arboribus succisis*, p. 538.

139 Fliniaux, *Arboribus succisis*, p. 638.

140 Voir *infra* Ulp., D. 9,2,27,27, p. 149.

Ainsi transparait le fait que la disposition originelle des XII Tables visait bien plus à punir d'une peine de 25 as celui qui coupait, sans droit, les arbres fruitiers¹⁴¹ appartenant à autrui, plutôt qu'à accorder une indemnisation économique¹⁴² au propriétaire terrien qui se retrouvait dépossédé de l'outil de production que représentaient ses arbres. L'arbre fruitier était protégé en tant que moyen de production pour le paysan romain, et c'est à ce titre qu'il était protégé, et non pour la valeur économique intrinsèque qu'il représentait. Polay¹⁴³ considère ainsi que la fonction de cette loi était de sanctionner celui qui portait atteinte à un arbre situé dans le jardin potager d'une maison (*hortus*) et qui, par son acte, nuisait au maître des lieux. Toutefois, cet auteur laisse un champ trop libre à sa pensée lorsqu'il énonce que l'arbre (surtout l'olivier) ou les vignes avaient une fonction économique vitale et méritaient d'être protégés, car représentant une source de profit¹⁴⁴.

Nous émettons ainsi l'hypothèse que cette table VIII,4 ne peut être considérée comme un élément précurseur de la notion de dommage patrimonial, mais qu'elle témoigne de l'aspect encore formaliste de la loi dont elle est issue, et des états de fait très restreints qu'elle vise à couvrir. Elle n'est en aucun cas une norme générale offrant au propriétaire d'un arbre le droit de se faire indemniser des conséquences économiques de la destruction ou de l'endommagement de son parc d'arbres fruitiers, mais la manifestation d'une interdiction de nature plutôt rituelle.

141 La culture du vin et de la vigne était d'importance au IIe siècle avant J.-C, et représentait une source substantielle de revenus dans une société encore essentiellement agraire, Grimal, *La civilisation romaine*, p. 197.

142 Nous rejetons pour notre part la théorie de Fliniaux, *Arboribus succisis*, pp. 540-541, selon laquelle le délit originel des XII Tables *de arboribus successis* constituait déjà un cas de *damnum iniuria datum*. Il est indéniable que le propriétaire de l'arbre détruit subissait une perte de valeur. Cette perte de valeur n'était pourtant pas l'élément que la loi visait à protéger, mais bien plus une certaine forme de paix sociale ou de respect de la propriété.

143 Polay, *Iniuria types*, p. 34.

144 *Ibid.*

§ 6. « *rupitias sarcito* »

La règle la plus obscure qui traite de la responsabilité pour acte commis sans droit est assurément la règle contenue dans la table VIII, 5¹⁴⁵.

« *rupitias ... sarcito* »

Que les ruptures soient réparées.

Ce fragment a été reconstruit à partir d'un écrit de Festus et est entré dans la tradition, notamment par le fait que Pernice le discute pour cerner un éventuel texte de loi traitant du principe général de réparation des ruptures, qui aurait précédé l'entrée en vigueur de la *lex Aquilia*¹⁴⁶. Nous nous rangeons à l'opinion de Polay¹⁴⁷ selon qui l'inclusion de ce texte dans la loi des XII Tables fait partie d'une « common opinion », et mérite à ce titre d'être discutée, à tout le moins sommairement¹⁴⁸, même si l'on ne peut en affirmer son authenticité.

D'aucuns, à l'exemple de Kaser¹⁴⁹ ou de Crawford¹⁵⁰, lui dénie toute véracité, en soutenant qu'il s'agit d'une construction fictionnelle dépourvue de toute assise véritable dans les sources autres que ces trois textes de Festus :

145 Texte repris dans *FIRA I*, p. 54.

146 Pernice, *Zur Lehre von der Sachbeschädigung*, p. 3 ss.

147 Polay, *Iniuria types*, p. 37.

148 Girard, *Textes de droit romain*, p. 18, en guise de texte pour la table VIII,5 se contente fort prudemment de mentionner le texte de Festus, sans se risquer à discuter de sa véracité.

149 Kaser, *Altrömische Ius*, N. 44, p. 225.

150 Crawford, « *tabula VIII, 5 (Bruns, Fira) is in fact a completely fictional construct* », *Roman Statutes II*, p. 573.

*Rupitias ... XII (8,2) significat damnum dederit*¹⁵¹.

Les brisures¹⁵², cela signifie dans la [loi des] XII [tables], qu'il a causé un dommage.

*Rupitia damnum dederit significat*¹⁵³.

La brisure signifie qu'il a causé un dommage.

*Sarcito in XII Ser. Sulpicius*¹⁵⁴ ait significare damnum solvito, praestato¹⁵⁵.

Qu'il soit réparé signifie dans les XII [Tables], que selon ce que Servius Sulpicius a dit, que le dommage soit payé, qu'il [l'auteur] s'en porte garant.

Ces trois fragments, avec toutes les réserves qui s'imposent, car ils ne sont corroborés dans aucune autre source, laissent supposer que l'auteur du dommage devait réparer ou raccommoder le dommage *sarcire*¹⁵⁶. L'élément le plus intéressant est assurément le *damnum solvito, praestato* qui traduit une évolution du concept de dommage, vers une garantie d'indemnisation, au moyen d'un paiement en argent, traduction monétaire de la valeur de la chose en unité de compte de nature abstraite.

Malgré le fait que l'on doive douter de la véracité de l'inclusion de cette disposition dans la loi des XII Tables, l'intérêt principal de l'étude de ce texte souvent discuté en doctrine réside surtout en ce qu'il s'agit du seul document pouvant nous laisser entrevoir qu'il aurait pu être l'embryon des dispositions plus générales sur le dommage en vigueur avant l'entrée en vigueur de la *lex Aquilia*. En effet, le célèbre fragment d'Ulpien déjà discuté en tête de la présente étude énonce que d'autres lois traitant de la réparation du dommage préexistaient à la *lex Aquilia* :

151 Festus, p. 320.

152 La difficulté de traduire le terme *rupitias*, en l'absence du moindre élément contextuel, témoigne déjà de la complexité à effectuer une analyse sérieuse de ce texte.

153 Festus, p. 321.

154 Servius Sulpicius, juriste du I^{er} siècle av. J.-C., consul en 51, mort en 43 ; Kunkel, *Römische Juristen*, N. 40, p. 25.

155 Festus, p. 430.

156 Pernice, *Sachbeschädigung*, p. 4, emploie l'expression « *Sarcire bezeichnet nach Sulpicius für den Schaden einstehen, d. h. also Jede Art den Schaden wieder Art gut zu machen* ».

Ulpianus, D. 9,2,1

*Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit : quas leges nunc referre non est necesse. Quae lex Aquilia plebicitum est, cum eam Aquilius tribunus plebis a plebe rogaverit*¹⁵⁷.

Si l'on en croit Ulpien, il existait d'autres lois traitant de la réparation du dommage (*omnibus legibus quae ante se de damnum iniuria locutae sunt*) avant l'adoption de la *lex Aquilia*. Une référence expresse est apportée aux XII Tables et surtout à une autre loi qui, par une interprétation littérale de ces fragments, ne devait pas faire partie de cette législation (*sive alia quae fuit*). L'emploi du singulier *fuit* semble démontrer que cette loi était unique, mais l'argument n'est pas absolu dans la mesure où le fragment fait également référence à d'autres lois antérieures.

Ces données fragmentaires ne permettent à l'évidence pas de définir quelles étaient les catégories de choses ou de personnes protégées par ce texte de loi. On peut supposer que si cette table a existé, elle concernait plutôt les personnes, mais on reste dans le domaine du purement putatif¹⁵⁸.

Polay énonce une hypothèse intéressante et part du principe que les *rupitias* pourraient recouper les animaux domestiques, et être le prototype de la disposition qui protégeait le bétail gardé dans le petit jardin potager attenant à la maison de famille (*hortus*)¹⁵⁹. Cette théorie peut sembler séduisante de prime abord, car elle permet effectivement d'expliquer pourquoi les animaux de rente ne seront protégés que tardivement, avec l'entrée en vigueur de la *lex Aquilia*. Toutefois, cette hypothèse, aussi attrayante soit-elle ne trouve aucune assise dans le moindre texte.

¹⁵⁷ Voir la traduction du fragment p. 19.

¹⁵⁸ Cannata, *Sul testo*, pp. 28-29, exclut que cette norme puisse avoir renfermé une signification générale englobant tous les types de dommages. Il soutient, à notre avis à raison, que la prise en compte large des différents types de dommages, dans le sens économique du terme, provient de l'interprétation extensive qui a été opérée par les juristes de l'époque classique, du terme *rumpere*, dans le cadre du III^e chapitre de la *lex Aquilia*. La table VIII,5, si elle a existé, ne peut avoir contenu un sens si général.

¹⁵⁹ Polay, *Iniuria types*, pp. 37-38.

Pour notre part, nous partons plutôt de l'hypothèse qu'il convient de reconnaître que l'absence de sources autres que celles de Festus ne nous permet pas de construire une théorie avec certitude. L'évocation que Festus opère des *rupitias* associées à l'expression *damnum dederit* marquait un délit autonome de la législation des XII Tables. S'il l'a été, c'est dans une loi tardive, car *damnum dare* est une expression dont on ne trouve pas mention dans les lois anciennes, et qui est en général accolée au verbe *decidere*¹⁶⁰, ce qui ne rend que plus suspecte l'authenticité de ce fragment. Surtout, ce *damnum decidere* ne mentionne pas le montant de l'indemnité qu'est en droit d'exiger le lésé, mais bien plutôt le montant dont doit s'acquitter l'auteur, afin d'échapper à la vindicte de sa victime, ce qui ne coïncide pas avec le *damnum decidere*, somme que l'auteur du dommage doit payer.

Si un texte traitant de la réparation générale du dommage a dû exister, nous pensons qu'il s'agit d'un texte qui ne faisait pas partie de la loi des XII Tables, comme l'affirme Ulpien en posant l'alternative *sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit*. Si cette loi a existé, il est certes possible que, avant l'adoption de la *lex Aquilia*, elle ait eu pour but de permettre une indemnisation économique du dommage, à l'instar de ce qu'affirme Polay en matière de bétail, par exemple. L'absence de sources contraint de rester prudent et de demeurer dans le cadre des sources sûres, qui ont donné lieu à discussion juridique. À cet égard, cette *alia lex*, selon les propos mêmes d'Ulpien, n'a plus fait l'objet de discussions. Par ailleurs, Ulpien est formel lorsqu'il énonce que c'est la *lex Aquilia* qui a dérogé aux autres lois traitant du *damnum*. À cet effet, il y a tout lieu de croire que cette *alia lex* n'a pas dû renfermer un sens révolutionnaire, mais que c'est bien la loi aquilienne qui a permis la prise en compte du *damnum* sous son angle économique.

Pour toutes ces raisons nous restons prudents et préférons comprendre la table VIII,5 comme relevant de l'hypothèse d'étude, et non comme une disposition légale autonome importante de la législation des XII Tables qui aurait été la source d'une forme de clause générale de responsabilité avant l'heure.

¹⁶⁰ Voir *infra*, § 8, p. 65.

§ 7. « *noxliam sarcire* »

A. L'obligation de réparer les torts causés à la propriété d'autrui

Quatre dispositions issues de la législation des XII Tables contiennent la formule *noxiam sarcire*, expression qui, prise littéralement, signifie « réparer, raccommoder la faute ou le mal »¹⁶¹. L'étymologie¹⁶² du terme *noxa* ou de *noxia*¹⁶³ a donné lieu à différentes interprétations qui ne semblent toutefois pas déterminantes pour tenter de comprendre cette notion. L'analyse de ce terme s'effectuera dans le cadre juridique des quatre fragments relatifs aux XII Tables qui nous sont parvenus.

La table VIII,9¹⁶⁴ se base sur un texte de Pline l'Ancien¹⁶⁵ et sanctionne le fait de porter atteinte à la récolte d'autrui :

¹⁶¹ Kaser, *Altrömische Ius*, p. 223, emploie l'expression « *den Schaden ausbessern, ausflicken* ».

¹⁶² Liebs, *Damnum*, p. 194, fait découler ce terme du verbe *nocere*.

¹⁶³ Hägerström, *Obligationsbegriff*, p. 231, discute en détail la distinction des deux termes et parvient à la conclusion que ces deux notions n'ont pas le même sens juridique, *noxa* représentant plutôt l'acte fautif, et *noxia* le résultat matériel dommageable ; selon Ernout/Meillet, p. 440, le radical *nex* employé n'a pas d'équivalent sûr en dehors du latin, et soulignent le côté hypothétique de toute tentative de reconstruction étymologique. Ils définissent alternativement le terme de *noxa*, en tant que « faute » et « dommage causé ».

¹⁶⁴ *FIRA I*, p. 56, reprend mot pour mot le texte de Pline en supprimant les termes *gravius quam in homicido conuictum* que nous préférons reproduire afin de rester le plus fidèle au texte de Pline ; Crawford, *Roman Statutes II*, p. 684, conteste que les termes *noxiamue duplioneue decerni* soient originaux et propose de les remplacer par *damnum decidito* en raison d'une prétendue erreur de Pline qui aurait mal retranscrit le texte : « *Pliny will have substituted noxiam for damnum.* » ; nous préférons suivre la tradition, car nous ne voyons pas pourquoi il conviendrait de s'écarter d'un texte clair au profit d'hypothèses de nature purement conjecturale.

¹⁶⁵ Pline l'Ancien, *Histoire naturelle*, livre XVIII,3,12, p. 62.

Frugem quidem aratro quaesitam furtim noctu pousse ac secuisse puberi XII tabulis capital erat, suspensumque Cereri necari iubebant [gravius quam in homicido conuictum], impubem praetoris arbitratu uerberari noxiamue duplioneue decerni.

Celui qui avait fait paître ou avait coupé de nuit avec une charrue un champ cultivé, était punissable de la peine capitale si l'auteur était pubère, et il était condamné à être pendu et mis à mort en l'honneur de Cérés, [car il était plus grave d'être condamné pour cela que pour un homicide], le mineur impubère était battu selon le bon plaisir du préteur et était tenu de réparer au double.

La seconde de ces dispositions se trouve dans la table VIII,10¹⁶⁶. Elle a été reconstituée sur la base du *Digeste*, par un fragment issu du 4^e livre sur la loi des XII Tables et attribué à Gaius :

Gaius, D. 47,9,9 :

Qui aedes acerumue frumenti iuxta domum positum combusserit, uinctus uerberatus igni necari iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit. Si uero casu, id est neglegentia, aut noxiam sarcire iubetur aut, si minus idoneus sit, leuius castigatur. Appellatione autem aedium omnes species aedificii continentur.

Celui qui aura mis le feu à une maison, ou un tas de céréales près d'une maison, devra être enchaîné, battu et tué par le feu, s'il a commis cet acte de manière réfléchie et à dessein. Si l'acte est arrivé par cas fortuit, c'est-à-dire par négligence, qu'il soit condamné à réparer le mal, ou, si cela paraît moins approprié, qu'il soit battu de manière plus légère. En effet, par la dénomination de maison, on entend toutes les sortes d'édifices.

Crawford¹⁶⁷ a tenté, à notre sens avec un certain succès, de reformuler cette disposition et en a dégagé les éléments constitutifs suivants :

¹⁶⁶ FIRA I, p. 56.

¹⁶⁷ Crawford, *Roman Statutes II*, pp. 685-686, même si nous n'approuvons pas totalement la suppression lors de la reconstruction de *si minus idoneus sit leuius castigatur*, qui nous semble témoigner de l'attachement encore fort, dans la législation des XII Tables, de la

Si aedes aceruume frumenti iuxta domum positum combuserit, uinctus uereberatus igni ... si casu ..., noxiam sarcito.

S'il a brûlé une maison ou un tas de grains posé près d'une maison, qu'il soit attaché, battu et brûlé, s'il l'a commis par cas fortuit, que le mal (*noxia*) soit réparé.

La difficulté principale d'interprétation repose sur le fait, d'une part, que ce fragment de Gaius est la seule source disponible qui mentionne une action de la loi des XII Tables pour cause d'incendie. D'autre part, Gaius, jurisconsulte de l'époque classique, fait référence à un passé qu'il ne peut avoir connu. Toute la problématique est de savoir si les termes de *noxia* et de *sarcire* peuvent désigner des concepts qui étaient présents dans la discussion juridique de l'époque archaïque.

Une troisième table, la VIII,14¹⁶⁸, traite de l'obligation de réparer le dommage pour le mineur qui a commis un vol, alors que l'adulte est battu de verges et/ou adjugé à la personne lésée. La tradition de reconstruction se base sur un passage du onzième livre des *Nuits Attiques* d'Aulu-Gelle¹⁶⁹ :

Ex ceteris autem manifestis furibus liberos uerberari addicique iusserunt et cui furtum factum esset, si modo id luci fecissent neque se telo defendissent ; seruos item furti manifesti prensos uerberibus adfici et e saxo praecipitari, sed pueros inpuberes praetoris arbitratu uerberari uoluerunt noxiamque ab his factum sarciri.

Mais, en revanche, pour les autres auteurs pris en flagrant délit, ils ordonnèrent que les hommes libres soient battus et adjugés à celui qu'ils avaient volé, s'ils avaient commis leur acte de jour, et sans s'être défendus au moyen d'une arme ; de même ils ordonnèrent pour les esclaves pris en flagrant délit qu'ils soient châtiés par les verges et jetés

volonté de punition de l'auteur et de la confusion de la punition avec la réparation du préjudice ; Girard, *Texte de droit romain*, pp. 18-19, de même que l'édition *FIRA I*, p. 56, se contentent de reprendre les termes d'Ulpien sans oser, peut-être à raison, se risquer à formuler une règle hypothétique.

168 *FIRA I*, p. 59 ; pour une paraphrase reconstructrice identique voir Crawford, *Roman Statutes II*, pp. 613-615.

169 Aulu-Gelle, *Les Nuits Attiques*, livre XI,18,8.

du haut de la Roche [Tarpéienne] ; mais, pour les enfants impubères, ils voulurent qu'ils soient battus à la discrétion du préteur, et qu'ils soient tenus de réparer ce qu'ils avaient fait.

La table VIII,14 illustre ainsi le principe selon lequel le mineur se voit réserver un traitement moins sévère lui permettant d'échapper à la peine capitale, s'il répare les conséquences de son acte¹⁷⁰.

B. L'institution de la noxalité dans les XII Tables

Gaius relève, dans les *Institutes* IV,75 et 76, que la loi des XII Tables a instauré la responsabilité noxale du maître pour les faits de ses esclaves ou des fils de famille en puissance :

75. Ex maleficio filiorum familias seruorumque, ueluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominoue aut litis aestimationem suffere aut noxae dedere; erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominusue damnosam esse.

76. Constitutae sunt autem noxales aut legibus aut edicto praetoris: legibus, uelut furti lege XII tabularum, damni iniuriae lege Aquilia; edicto praetoris, uelut iniuriarum et ui bonorum raptorum.

75. Pour les infractions commises par un fils de famille ou un esclave, de même que s'ils ont commis un vol ou une injure, les actions noxales sont à la disposition du père ou du maître pour lui permettre de s'acquitter de l'estimation du litige, ou de donner en noxalité ; il était en effet injuste qu'ils soient condamnés à cause de la dépravation de ceux-ci au-delà de ce que la valeur de leurs corps représentait pour leurs parents ou leur maître.

76. Les actions noxales ont été constituées soit par les lois, soit par l'édit du préteur : par les lois, par exemple par l'*actio furti* créée par la

¹⁷⁰ Sur la responsabilité des impubères, ainsi que son évolution en droit classique, voir Girard, *Manuel*, N. 2, p. 218.

loi des XII Tables, par l'action aquilienne pour le dommage causé sans droit ; par l'édit du préteur, par exemple pour l'*actio iniuriarum*, et l'action pour chose volée avec violence.

Dans le domaine de la responsabilité pour vol, la table XII,2¹⁷¹ prévoit que le maître peut être responsable d'un vol commis par son esclave, à moins qu'il ne le remette en noxalité à sa victime :

Si servus furtum faxit noxiamve no[x]it.

Si un esclave a commis un vol ou une faute, qu'il soit remis en noxalité.

La tradition de reconstruction reconnaît encore une autre disposition de la loi des XII Tables qui a contenu le terme de *noxiam sarcire* et qui prévoit l'institution de la noxalité. Il s'agit de la table VIII,6¹⁷² :

Ulpianus. D. 9,1,1,pr.

Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur, actio ex lege XII tabularum descendit; quae lex uoluit aut dari id quod nocuit, id est id animal quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerre. (1) Noxia autem est ipsium delictum. (2) Quae actio ad omnes quadrupeds pertinet.

Si un quadrupède est considéré comme ayant commis un *pauperies*, une action découle de la loi des XII Tables. Cette loi voulait, ou que celui qui [c'est-à-dire l'animal qui a commis le tort] a causé du tort soit donné, ou que l'on offre l'équivalent de cette valeur noxale. (1) La noxia est, en effet, le tort lui-même. (2) Cette action s'étend à tous les quadrupèdes.

Un fragment, contenu au même titre du *Digeste* donne une acception pratique au terme de *noxam sarcire* :

171 *FIRA I*, p. 72 ; Crawford, *Roman Statutes II*, pp. 716-718, garde le même texte, mais rajoute l'expression [*noxiae datus esto*] à la fin de la table XII, 2, dans un but de clarification, qui, à notre sens, ne s'impose pas.

172 *FIRA I*, p. 55.

Ulpianus D. 9.1,11

Cum arietes vel boves commisissent et alter alterum occidit, Quintus Mucius¹⁷³ distinxit, ut si quidem is perisset qui adgressus erat, cessaret actio, si is, qui non provocaverat competeret actio. Quamobrem eum sibi aut noxam sarcire aut in noxam dedere oportere.

Lorsque des béliers et des vaches se mettent à combattre et que l'un tue l'autre, Quintus Mucius fait une distinction selon que l'animal ayant attaqué aura péri, auquel cas l'action ne sera pas fondée. Par contre, si celui qui meurt n'avait pas provoqué le combat, l'action sera fondée et le propriétaire de l'animal agresseur devra soit réparer le tort, soit donner l'animal en noxalité.

Crawford¹⁷⁴, sur ces bases, a proposé une version de la table VIII,6 qui comprend les termes de *noxam* et de *sarcire* :

Si quadrupedes pauperiem [faxit], [ni sarcit, noxae dato].

Si un quadrupède a causé un *pauperies*, à moins qu'il [son propriétaire] ne répare le mal, qu'il le donne en noxalité.

Ces fragments ne définissent assurément pas la notion de *noxam*, ni même celle de *sarcire*, mais permettent de comprendre les deux sens du mot *noxam* et l'institution de la noxalité¹⁷⁵ qui visait à libérer le propriétaire de sa responsabilité lorsqu'il remettait l'animal à sa victime. Bien que l'on puisse être fondé, à l'instar de Lenel¹⁷⁶, à se demander si ce système compliqué existait déjà à l'époque des XII Tables. La difficulté réside en ce sens que l'expression *id est id animal quod noxiam commisit* contenue dans le fragment D. 9,1,1,pr.

173 Jurisconsulte du I^{er} siècle av. J.-C, consul en 95 ; Kunkel, *Römische Juristen*, p. 18.

174 Crawford, *Roman Statutes II*, pp. 680-681 ; Girard, *Textes de droit romain*, p. 18, de même que l'édition FIRA, p. 55, se bornent à retranscrire le fragment d'Ulpien.

175 Mommsen, *Strafrecht*, p. 8 : « *Aber im technischen Gebrauch wird das Wort auf das Verbrechen nur dann angewandt, wenn nicht der Verbrecher selbst, sondern ein Dritter dafür verantwortlich gemacht wird, und um dieser Verantwortlichkeit sich zu entschlagen, entweder den Schaden deckt – noxiam sarcire – oder das schädigende Wesen dem geschädigten zu eigen gibt – noxae (= ob noxam) dare.* »

176 Lenel, *Edictum perpetuum*, p. 196.

ne permet pas de déterminer si le terme de *noxa* se rapporte au tort commis, ou, au contraire, à la « faute » de l'animal.

C. La portée de la *noxa* dans la loi des XII Tables

Il est indéniable que ces actions issues de la loi des XII Tables consacrent le principe de la réparation de certains types de torts entraînant de graves conséquences économiques. Il en va ainsi du vol des récoltes commis par un fils de famille, comme du vol ou du dommage causé par l'esclave. De manière similaire, le fait de bouter le feu à la réserve de blé met en péril la survie économique de la famille romaine, laquelle bénéficie d'une protection d'ordre quasiment religieux¹⁷⁷. Nous rejoignons Crawford¹⁷⁸ lorsqu'il pose le postulat, dans sa reconstruction de la table VII,10 que la règle *noxiam sarcire* ne s'appliquait originellement que pour la combustion involontaire d'une réserve de blé, et pas uniquement au seul adolescent mineur qui propageait un incendie, sans l'avoir voulu. L'acte commis intentionnellement, par contre, dans la tradition de l'époque des XII Tables, ne pouvait être que puni d'une forme sévère de talion (une mort par le feu), puisque c'était à dessein que l'auteur s'en prenait à la maison et la famille romaine, domaines sacrés par excellence. Nous rejoignons Mommsen lorsqu'il remarque le côté alternatif de la table VIII,10¹⁷⁹. La réparation du tort causé ne peut avoir lieu qu'en cas d'acte involontaire, l'acte volontaire échappant à ce domaine naissant de la responsabilité civile.

Ainsi, si le lésé poursuit pénalement son incendiaire, la condamnation à mort de celui-ci aura pour effet d'exclure la réparation du tort et du mécanisme de *noxiam sarcire*. La valeur économique du blé n'entre en compte qu'en cas d'acte non intentionnel, justement peut-être, parce que la punition de l'auteur n'avait pas pour but premier la réparation d'une injure faite à des règles d'ordre divin, ni l'assouvissement de la soif de vengeance de la victime de l'acte.

¹⁷⁷ Pour les aspects pénaux de cette action, voir Mommsen, *Strafrecht*, pp. 646-651.

¹⁷⁸ Crawford, *Roman Statutes II*, pp. 685-686

¹⁷⁹ Mommsen, *Strafrecht*, pp. 836-837.

Dans le même élan, le tort causé par un animal peut entraîner la perte de valeurs économiques importantes, comme le montre l'exemple d'Ulpian dans lequel un combat entre têtes de bétail peut se conclure par la mort d'une vache ou d'un bélier, éléments de base de la population agraire romaine. L'équation « *noxiam sarcire* » vise ainsi une première tentative de réparation du préjudice, laquelle a pour but de pallier la perte subie par le propriétaire du tas de blé ou de l'objet détruit par la tête de bétail.

La doctrine a tenté de définir la notion de *noxa*¹⁸⁰ soit en insistant sur le résultat de la *noxa*, soit en voyant plutôt, sous ce concept, l'acte qui avait pour conséquence de causer un tort à autrui.

Certains auteurs, tels que Mommsen, se contentent de définir l'expression *noxiam sarcire* comme signifiant réparer le dommage¹⁸¹. Daube¹⁸² la définit en insistant sur la notion de lésion et le vide laissé par l'action délictueuse, « *the actual harm done to an object or the actual gap produced by taking away the object* ». Il soutient que *sarcire* marque la volonté de réparer le tort causé, sans infliger de sanction supplémentaire à l'auteur du tort en calculant une peine au double¹⁸³. Ce faisant, Daube considère la *noxia* plutôt comme une forme de dommage. Cet avis rejoint dans son résultat celui de Kaser¹⁸⁴ : « *Wir verstehen noxia als dem vom Täter zugefügten « Schaden » [...] Im juristisch-technischen Sprachgebrauch steht noxia speziell für Vermögensbeschädigung.* »

Liebs¹⁸⁵ voit dans la *noxia* plutôt l'acte que le dommage. Cet auteur définit la *noxia* comme constitutive d'une dénomination générique pour l'acte dommageable qui n'a pas pour conséquence la soustraction d'une chose¹⁸⁶ : « *Noxa endlich wird in sehr allgemeinem Sinne gebraucht; es bezeichnet in unserem*

180 Huvelin, *Furtum*, pp. 98-100; Hägerström, pp. 228-232.

181 Mommsen, *Strafrecht*, p. 8.

182 Daube, *Damnum*, p. 97.

183 Daube, *Damnum*, p. 97 : « Where simple restoration is required, the XII tables speak of *noxiam sarcire*, to heal the damage. »

184 Kaser, *RPR I*, p. 162, N. 66.

185 Liebs, *Damnum*, p. 195.

186 *Ibid.*

Gesetz jede schädigende Handlung, vielleicht sogar noch weiter jede unerlaubte, verbotene Handlung, jedes Delikt. » Cette interprétation peut s'appuyer sur deux sources. Premièrement, sur un texte de Gaius :

Gaius, D. 50,16,238,3

Noxiae appellatione omne delictum continetur.

Tout délit est contenu dans l'appellation de *nox*a.

Cette interprétation peut aussi s'appuyer sur l'expression *Noxia autem est ispsum delictum* contenue dans le fragment D. 9,1,1,pr. que nous avons préalablement discuté, démontrant par là que, dans la conception d'Ulpien, le terme de *noxia* se référait bien au délit, et non au résultat juridique de l'acte illicite, à savoir le dommage.

D'autres auteurs, à l'exemple d'Huvelin¹⁸⁷ et d'Hägerström¹⁸⁸, tentent d'utiliser les sources non juridiques à disposition afin de dégager la différence entre les concepts de *nox*a et de *noxia*.

Le fragment de Festus,¹⁸⁹ déjà discuté au chapitre 5, permet de donner une signification juridique au verbe *sarcire* :

Sarcito in XII Ser. Sulpicius ait significare damnum solvito, praestato.

Si l'on en croit les propos de Servius Sulpicius, repris par Festus, le terme de *sarcire* se référait au dommage, soit au *damnum praestare*, et non à la faute ou au tort effectivement commis.

Un autre texte de Festus¹⁹⁰ traduit l'évolution de ces deux concepts :

187 Huvelin, *Furtum*, p. 98.

188 Hägerström, *Obligationenbegriff*, p. 231 ss.

189 Festus, p. 320.

190 Festus, p. 187.

*Noxia apud antiquos damnum significabat, sed a poetis ponitur pro culpa : noxa ponitur pro peccato aut pro peccato[i]*¹⁹¹ *poena, cum lex iubet noxae dedere pro peccato.*

Le terme de *noxia* signifiait chez les Anciens « dommage », mais le mot a été utilisé par les poètes dans le sens de faute : la *noxia* consiste en une faute ou une action coupable, ou en tant que peine d'un péché lorsque la loi ordonne de donner en noxalité dans le sens de péché.

C'est sur cette base qu'Hägerström¹⁹² soutient que le terme de *noxiam sarcire* définit plutôt le dommage, la perte, alors que le terme de *noxia* serait la dénomination de la mauvaise action, de ce que l'on appellerait en termes d'aujourd'hui, l'acte illicite.

Un texte de Servius, le commentateur de l'*Énéide* de Virgile¹⁹³, vient toutefois tempérer cette analyse :

Noxam pro noxiam. Et hoc interest inter noxam et noxiam, quod noxia culpa est, noxa autem poena.

Noxa est utilisé pour *noxia*. Et ceci nous intéresse entre les termes de *noxia* et de *noxia*, car la *noxia* est la faute, alors que la *noxia* est la peine.

Contrairement à ce que soutient Huvelin¹⁹⁴, ce texte ne rejoint pas celui de Festus. En effet, selon Servius, le terme de *noxia* se rapporte à la peine et *noxia* à la faute, alors que Festus semblait retenir que le *peccatum* se rapportait à la *noxia*.

Face à ces sources qui ne sont assurément pas déterminantes pour trancher dans un sens ou dans un autre, nous pouvons relever que le droit antérieur à la mise en œuvre de la *lex Aquilia* ne distinguait pas encore bien le dommage de

191 Nous retenons la correction opérée par Huvelin, *Furtum*, p. 99, transformant *peccato* en *peccati* car à l'évidence le terme *peccato*, à l'ablatif, est dépourvu de sens.

192 Hägerström, *Obligationsbegriff*, p. 231.

193 Servius, *Commentarii in vergilii aeneidos libros 1*, Ed. Georgius Thilo (Leipzig : Teubner, 1881) [Perseus].

194 Huvelin, *Furtum*, p. 100.

la faute, ce qui nous est attesté par la présence des termes *peccatum*, *noxia* et *noxa* pour désigner alternativement la faute et le dommage¹⁹⁵. Il faut dès lors se garder de tirer des conclusions que les sources ne permettent pas de prendre, mais plutôt de considérer que la loi des XII Tables marque les débuts d'une très lente séparation entre les concepts de faute et de dommage.

Cette difficulté dans la traduction des termes de *noxiam sarcire*, de même que son rapport avec le terme de *noxa*, démontre qu'à l'époque de la loi des XII Tables, le droit ne distinguait pas encore de manière claire entre la volonté de réparation de la faute commise et la réparation du tort, soit du dommage effectivement causé, pris dans son acception économique. Autrement dit, l'ordre juridique mélangeait, dans la même expression, la répression du tort commis ainsi que la volonté d'offrir un semblant d'indemnité au lésé.

Ce qui est par contre important de souligner, c'est que l'expression *noxiam sarcire* traduit une volonté de « raccommode », de donner une certaine forme de réparation au lésé. Comme le souligne Daube, cette réparation se veut en général neutre¹⁹⁶. Elle ne se fait en principe pas au double de la valeur de l'objet ou de l'intérêt en jeu¹⁹⁷, ou d'une amende fixe. C'est en cela que résulte l'originalité des tables VII,10 et VII,6, VIII,9 et VIII,10 en ce qu'elles protègent, par leur côté presque sacré, les fondements économiques de la société romaine.

Mais, surtout, la *noxa* ne s'entend qu'accollée au terme *sarcire*, dans l'expression *noxiam sarcire*, c'est-à-dire « réparer la faute ou le dommage ». Le fait que le mot *noxa* ne soit jamais employé seul en fait le miroir du *damnum* qui est quant à lui toujours aussi associé au verbe *decidere*, dans l'expression *damnum decidere*¹⁹⁸.

195 Liebs, *Damnum*, p. 199.

196 Daube, *Damnum*, p. 97.

197 À l'exception de la table VIII,9 qui contraint le mineur à réparer au double.

198 Voir le § 8 traitant du *damnum decidere*, p. 65.

Kaser¹⁹⁹ voit ainsi, dans cet emploi du terme *noxā*, le dommage économique vu du côté de la victime, à savoir sa perte effective, le dommage subi, au sens moderne de l'expression. Cette opinion n'est pas éloignée de Daube qui considère également que le mot de *noxā* se réfère au dommage effectivement causé par l'auteur à la victime²⁰⁰.

La théorie de Kaser est juste car elle considère que la *noxā* est appréhendée du côté de celui qui a subi un endommagement de sa chose, ou de sa récolte. Nous ne sommes toutefois pas prêts à penser, sur la base des sources disponibles, que les tables ordonnant à l'auteur de *noxiam sarcire* contiennent déjà l'idée de dommage dans son acception économique, mais bien plus l'obligation de réparer, sans que cette obligation ne soit forcément assortie de sanctions d'ordre financier.

Ces tables visent plus au rétablissement de l'objet et annoncent un système dont le but est de rétablir la chose chez celui qui l'a perdue, en contraignant l'auteur du dommage à la réparer, ou à céder la propriété de l'animal ou de l'esclave qui a causé le dommage. Il convient néanmoins de garder à l'esprit que c'est le terme de *damnum* qui s'imposera dans la loi aquilienne. C'est pourquoi nous nous proposons de l'examiner dans le prochain chapitre.

199 Kaser, *Altrömische Ius*, p. 224, « [Noxia ist] der Schaden, den er [der Täter] anrichtet ».

200 Daube, *Noxa*, p. 28.

§ 8. « *duplione damnum decido* »

A. Les dispositions légales

Deux dispositions contenues dans la loi des XII Tables énoncent comme peine, en cas de violation, une clause comportant les termes de *duplione damnum decido*, et prévoient une sanction pouvant se monter au double de l'intérêt en jeu. Les grandes incertitudes relatives aux sources rendent leur analyse hasardeuse, et commandent la plus grande prudence avant de traduire *damnum* par l'acception moderne de dommage. Le terme technique de « *damnum* » possède ainsi une affinité avec le verbe « *damnao* » signifiant « soumettre, assujettir ».

Les deux tables qui s'y rapportent sont les suivantes²⁰¹ :

Table VIII,16

*Si adorat furt[i] quod nec manifestum erit*²⁰², [*duplum poenae esto*] = (version de Crawford)

201 Crawford, quant à lui, propose deux tables supplémentaires qui sont des tentatives de reconstruction intéressantes, mais qui, par le côté récent de leur élaboration, n'ont pu être discutées par la doctrine : Table VIII,5 : *Si nox segetem pauerit securitue, cereri suspensus esto. Si impubes, uerberato duplioneque damnum decido*. S'il a défriché un champensemencé de nuit, qu'il soit pendu pour Cérés. S'il est impubère, qu'il soit battu de verges, et que la peine soit fixée au double. Qui correspond en fait à la table VIII,9 précédemment citée. Table VIII,9 : *Si tutor dolo malo ... duplione damnum decido*. (Si un tuteur a trompé [son pupille] par dol, l'amende devra être calculée au double.)

202 Sur la présence de la forme *erit* du verbe *esse*, voir Yaron, *Si adorat furto*, p. 513, N. 13 ; Watson, *Furto*, pp. 193-195. Nous pensons, pour notre part, comme semble le soutenir Yaron, que la concordance des temps ne joue un rôle que très mineur dans l'analyse de la législation décemvirale.

Si adorat furto, quod nec manifestum erit [duplione damnum decidito] = Fira I, p. 60.

S'il accuse autrui d'un vol qui n'est pas manifeste, que la peine soit fixée (déliée) au double du dommage²⁰³.

Table XII,3

Si vindicam falsam tulit, s[t]litis arbitros tris dato, eorum arbitrio duplione damnum decidito. = (version de Crawford)²⁰⁴

Si vindicam falsam tulit, si velit is ... tor arbitros tris dato, eorum arbitrio ... fructus duplione damnum decidito. = FIRA I, p. 73.

S'il a déposé une fausse plainte, [le juge] doit nommer trois arbitres du litige, et par cet arbitrage la peine sera fixée au double des fruits [perdus]²⁰⁵.

Ces deux tables sanctionnent le fait d'induire en erreur la justice, que ce soit par une fausse accusation de vol, ou par une revendication abusive d'une chose pour en acquérir de manière frauduleuse la possession pendant la durée du procès²⁰⁶. Ces règles protègent ainsi celui qui a été la victime de ces agissements.

Elles comportent une double fonction. Elles lient d'une part l'auteur à sa victime en raison de l'atteinte subie à la propriété ou à l'honneur du lésé, effet

203 Nous convenons avec Huvelin, *Furtum*, p. 217, que l'accusation de vol peut se trouver réalisée tant par le biais d'une action judiciaire, que par une réclamation extrajudiciaire.

204 Crawford, *Roman Statutes I*, pp. 719-720, supprime, sans expliquer de manière convaincante, le mot *fructus*, terme qui donne justement un sens à cette disposition.

205 La règle signifiait certainement que celui qui savait selon toute vraisemblance qu'il allait perdre un procès relatif à la propriété d'une chose s'arrogeait la possession provisoire de cet objet du litige par une revendication qu'il savait être fausse (*vindicia falsa*) intentée par-devant le juge. Cette perte de possession provisoire pour son propriétaire légitime était ainsi sanctionnée par l'ordre juridique au double de sa valeur. Le préteur nommait, ensuite, trois juges arbitraux qui avaient pour tâche d'estimer la valeur du litige ; Kaser/Hackl, p. 100, N. 72 ; Kaser, *Vindicia falsa*, pp. 26-27.

206 Pour une analyse complète de la table XII,3, voir Kaser, *Vindicia falsa*, notamment p. 27, qui distingue cet état de fait du *furtum* en ce sens que l'auteur ne veut pas s'approprier la chose de manière définitive, mais seulement pour la durée de la procédure, conscient qu'il devra peut-être la restituer : « *Er [der Täter] eignet sich darum die Sache nicht endgültig zu, sondern nimmt sich nur den Zwischenbesitz für die Prozessdauer, ähnlich einem furtum usus.* »

qui se produit dès que le délit a été constaté par le juge²⁰⁷. Elles établissent d'autre part un mécanisme juridique permettant à l'auteur de se défaire de ce lien, moyennant le paiement d'une rançon qu'il devra acquitter à sa victime²⁰⁸. Ce sont la fonction et les modalités du paiement de cette rançon que nous allons analyser, dans la mesure où elles permettent de comprendre le rôle de l'institution du *damnum* à l'époque de la législation décenvirale.

B. L'étymologie de la notion de *damnum*

Comme l'a justement remarqué Huvelin²⁰⁹ : « *Rien n'est en réalité plus obscur [sic] que la notion de damnum dans le très ancien droit romain ; rien n'est plus hasardeux que de traduire damnum par dommage.* » Les difficultés commencent en effet dès la traduction, puisque le choix du terme à employer pour traduire *damnum* est déjà connoté, et le traduire par dommage équivaldrait par conséquent à prendre position sur ce concept.

L'analyste peut ainsi essayer d'avoir recours à l'étymologie pour tenter de dégager le sens de la notion de *damnum*²¹⁰.

Trois textes sont généralement cités par la doctrine²¹¹ pour tenter de la définir.

207 Kaser, *Altrömische Jus*, p. 127, et Broggini, *Iudex arbiterve*, pp. 150-151, parlent de la création d'un lien de droit qui se forme par le biais d'un mécanisme *addicere-damnare* ayant pour effet de soumettre l'auteur à la « *Zugriffsgewalt* » de la victime. Il appartient au juge de prononcer ce lien de droit liant l'auteur à sa victime.

208 Santoro, pp. 594-595.

209 Huvelin, *Iniuria*, p. 12.

210 Ernout/Meillet, p. 163, opposent *damnum* à *lucrum* et définissent le terme comme perte ou dépense. Ils excluent tout rapport entre le mot *damnum* et le verbe *dare* ; Walde/Hofmann, tome 1, p. 322, le définissent comme *Verlust Nachteil*, ou *Geldbusse*. Selon eux, dans la loi des XII Tables, il désigne la somme à payer dans les délits relatifs aux choses, à l'instar du vol, mais non la rançon payée en cas de lésions corporelles (*daher in den XII Tafeln Entschädigungssumme bei Sachdelikten, nicht Lösegeld für Körperverletzungen*). Ils supposent que le mot *damnum* viendrait d'une racine *dap-nom* signifiant charge qui aurait laissé en grec le mot *δαπ-ανη* dépense ; dans le même sens, Girard, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, p. 91.

211 La Rosa, *Repressione*, N. 112, p. 31 ; Daube, *Damnum*, p. 95 ; Liebs, *Damnum*, pp. 173-174.

Le premier, de Varron²¹², énonce que :

Damnum a demptione, cum minus re factum quam quanti constat. Lucrum ab luendo, si amplius quam ut exsolveret, quanti esset receptum.

Le terme *damnum* vient du mot diminution, lorsque l'on a « fait moins d'affaires »²¹³ que ce que cela a coûté. Le mot gain vient de payer, si l'on a reçu plus que ce que l'on a payé.

L'intérêt de ce texte réside dans le fait qu'il oppose déjà, au I^{er} siècle avant J.-C., la perte (*damnum*) au gain (*lucrum*). Cette opposition se base sur une abstraction, chiffrée en termes économiques. L'emploi de *demptio*, autrement dit de diminution, montre qu'un calcul s'effectuait en fonction de ce que l'on avait payé et de ce que l'on avait obtenu. Cette définition n'est toutefois absolument pas juridique. Elle semble montrer que la notion de *damnum* et de *lucrum* de l'époque commence à prendre un certain degré d'abstraction. Il convient à notre sens de surtout retenir que l'idée de diminution²¹⁴ est associée par Varron à celle de dommage. Ce texte fort précieux, car nous pouvons le dater avec précision, témoigne de l'évolution à venir du terme de dommage qui prendra sa signification juridique autonome, indépendante de la langue romaine quotidienne.

Un second texte se trouve dans le *Digeste* :

Paulus, D. 39,2,3

Damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt.

Les termes de *damnum*, de *damnatio* découlent du mot *ademptio* (fait d'enlever) qui est une espèce de diminution du patrimoine.

212 Varron, *De lingua latina*, livre V, XXXVI, 8 (poète et grammairien, 116-27 av. J.-C.).

213 Daube, *Damnum*, p. 95, effectue une intéressante analogie avec l'expression contemporaine « *to make money* » ou « *Geld machen* » que l'on pourrait aussi traduire en français par « faire de l'argent ». Nous ne le suivons toutefois pas lorsqu'il affirme que *res* se rapporte au patrimoine dans le sens moderne du terme. Cette évolution sera introduite par l'interprétation de la *lex Aquilia* en droit classique.

214 Contre cette étymologie, Liebs, *Damnum*, p. 174, et les références étymologiques citées.

Le fragment de Paul semble associer l'idée de *damnum* également à celle de perte, et surtout rattache la notion à l'existence d'un patrimoine²¹⁵ d'où toute diminution a pour corollaire un dommage. Une partie de la doctrine²¹⁶ a tenté de faire découler le terme de *damnum* d'une racine « *dap* » qui signifierait perte, vue du côté de la victime d'un acte illicite. La définition de Paul est assurément trop moderne pour coller aux états de fait prévus par la législation des XII Tables, qui n'avait pas encore atteint un tel niveau d'abstraction, une des marques de la notion de dommage en droit classique.

Le troisième texte est l'œuvre d'Isidore de Séville²¹⁷ :

Damnum a diminutione rei vocatum.

[*le mot de*] *Damnum se dit de la diminution de [la valeur] d'une chose.*

Ce texte insiste sur la notion de diminution de la valeur de la chose, démontrant par là que ce concept a pris forme jusque dans la pensée non juridique. Nous ne suivons pas Daube²¹⁸ qui réaffirme que le terme de *res* y est pris dans le sens de patrimoine, ce qui tendrait à nouveau à lui donner une signification qui ne peut résulter de son sens littéral, insistant sur la diminution de valeur de la chose²¹⁹.

Ces différents textes méritent ainsi assurément d'être étudiés au titre de témoins de l'évolution juridique de la notion de *damnum* ; mais ils n'autorisent pas, sur cette base, à l'appréhender telle qu'elle apparaît dans la législation des XII Tables. À cet effet, il convient d'analyser la notion dans son contexte technique, et en essayant, bien que la tâche soit ardue, de s'extraire des influences classiques qu'ont pu subir ces textes.

²¹⁵ Heumann, *Handlexikon, ad damnum*, p. 119.

²¹⁶ La Rosa, *Repressione*, p. 31 ; ainsi que les références citées par Liebs, *Damnum*, p. 175 ; Liebs, *Damnum*, p. 190. Ces deux auteurs donnent une importance particulière à la notion de perte dans l'étymologie de *damnum*. Celle-ci est certes séduisante, mais nullement déterminante.

²¹⁷ Isidore de Séville, 5.27.5, p. 532.

²¹⁸ Daube, *Damnum*, p. 95.

²¹⁹ La Rosa, *Repressione*, pp. 31-32.

C. La notion juridique de *damnum* dans la loi des XII Tables

La difficulté de comprendre la notion de *damnum* provient essentiellement du fait que le juriste actuel, comme le souligne Liebs, est déjà imprégné « dans son sang et dans sa chair » de la notion moderne de dommage, qu'il considère instinctivement comme constituant la différence de patrimoine dont est victime le lésé suite à l'acte illicite²²⁰, en d'autres termes de ce que le droit moderne appelle la « *théorie de la différence* ». Nous suivons encore Liebs, lorsqu'il rappelle que la distinction et la séparation entre la peine privée et le domaine de la responsabilité civile ne sont encore nullement présentes à l'époque de la législation décenvirale, et qu'elle restera même imparfaite à l'époque classique²²¹.

Face à ce problème, en étant parvenu à la conclusion que l'approche étymologique ne permettait qu'imparfaitement de saisir cette notion, il sied d'étudier le *damnum* sous son aspect juridique, en tentant de le dégager du sens qu'il reçoit dans les tables qui discutent du *damnum decidere*.

Les tables VII,16 et XII,3 sont deux dispositions qui peuvent s'interpréter de manière connexe. Toutes deux répriment le fait d'avoir soit faussement accusé autrui de vol (table VII,16), soit déposé une fausse plainte (*vindicia*) contre autrui. Induire la justice des hommes en erreur est un acte grave qui porte atteinte à des principes rituels que les législations archaïques ont souvent sanctionnés par des peines sévères²²². Le droit romain n'a pas fait exception, puisque Aulu-Gelle rapporte que certains faux témoignages étaient punis par

220 Liebs, *Damnum*, p. 191, N. 70 : « *Wir müssen uns bei der Erörterung dieser archaischen Rechtsätze überhaupt bewusst machen, dass das dem modern geschulten Juristen in Fleisch und Blut übergangene Denken in Vermögensdifferenzen eine Fähigkeit zur Abstraktion voraussetzt, die in dieser Periode nicht vorausgesetzt werden kann.* »

221 Liebs, *Damnum*, p. 192.

222 Ainsi dans le *Deutéronome* 19, 16, la peine du talion est prévue en cas de faux témoignage. Il en va de même dans le Code de Hammurabi qui, dans ses sections 1 à 3-4, punit de mort celui qui aura faussement accusé un tiers de meurtre. Voir, en outre, Yaron, *Si adorat furto*, p. 514.

la législation des XII Tables de la peine de mort, en précipitant l'auteur du haut de la roche Tarpéienne²²³.

Avec la doctrine majoritaire, il convient de considérer que l'expression *damnum decidero* met en lumière le fait que, par son comportement, l'auteur de la fausse dénonciation, ou de la fausse *vindicia*, a injurié le lésé. Nous avons vu qu'à ce titre, il se retrouve soumis à la merci du lésé, dans sa *Zugriffsgewalt*²²⁴. Il doit expier sa faute, en s'acquittant d'un montant destiné à racheter le sentiment de vengeance qui a pu surgir chez le lésé. Comme le souligne Yaron²²⁵, au vu de la sévérité des législations archaïques relative au faux témoignage allant même jusqu'à l'application du talion, il y a tout lieu de croire que le paiement de l'indemnité avait pour but de permettre d'apaiser le sentiment de vengeance de la personne faussement accusée²²⁶.

Ainsi, le lésé peut renoncer à son droit originaire de violence sur la personne de l'auteur²²⁷, en acceptant de recevoir de sa part une somme d'argent destinée à racheter l'outrage dont il a été la victime. Cette prestation expiatoire (*Sühneleistung*) devait tenir à l'écart de la vengeance du lésé et de son clan, l'auteur du dommage qui acceptait de trouver un terrain d'entente avec le lésé²²⁸. Ce mécanisme de compensation du droit de vengeance du lésé s'est vu imposé comme mode de règlement obligatoire des litiges par l'État²²⁹. Le *damnum* est ainsi la manifestation du paiement de ces rançons ou montants expiatoires, destiné à mettre un terme à ce litige²³⁰, et que le lésé est obligé d'accepter, car le recours au talion ne lui est pas permis²³¹.

223 « *Si non illa etiam ex XII tab. De testimoniis falsis poena absolvisset et si nun quoque ut antea qui falsum testimonium dixisse convictus esset, e saxo tarpeio diceretur* » *Nuits Attiques*, XX, 1, 53. En droit classique, en cas de fausse accusation prenant la forme de la *calumnia*, le montant de la restitution ne sera plus fixé qu'au dixième de la somme en cause, et du tiers contre l'intervenant : « *Et quidem calumnia iudicium adversus omnes actiones locum habet, et est decima partis... adversus adsertorem tertiae partis est* » Gaius, *Institutes*, IV,175.

224 Kaser, *Altrömische Jus*, p. 154.

225 Yaron, *Si adorat furto*, p. 518.

226 Broggin, *Iudex arbiterve*, pp 150-151.

227 Kaser, *RPR 1*, p. 148 ; Kaser, *Altrömische Jus*, p. 217 ; *contra* Daube, *Damnum*, pp. 96-97, prend le terme de *damnum* dans son sens économique.

228 Kaser, *RPR 1*, p. 148.

229 Mommsen, *Strafrecht*, p 12.

230 *Ibid*, pp. 12-13.

231 Broggin, *Iudex arbiterve*, p. 151.

Toutefois, rien ne serait plus faux que de considérer cette somme, ce *damnum*, comme représentant un simple calcul patrimonial destiné à replacer le lésé dans la situation qui aurait été la sienne²³² avant la survenance de l'événement illicite. Bien plus, le paiement de cette rançon avait pour but de rétablir la paix sociale troublée par le comportement de l'auteur de la fausse dénonciation ou de l'action en justice intentée à tort. À l'identique de ce qui a été démontré dans le premier chapitre relatif au *membrum ruptum*, ce mécanisme de composition est d'abord inspiré par la volonté de rétablir la paix publique, et d'échapper au mécanisme de la vengeance qui ne peut, à long terme, qu'être néfaste pour une société.

Ce n'est que dans un deuxième temps qu'une certaine réflexion d'ordre économique commence à émerger. Assurément, le paiement d'un dommage calculé au double avait pour fonction première de racheter le droit de vengeance du lésé, et consistait en une forme de rançon²³³ que l'auteur payait pour éviter d'être victime du droit d'accès (*Zugriffsgewalt*)²³⁴ de la part de la victime du dommage.

Le fait que le montant du *damnum* s'élevé au double²³⁵ n'est pas contesté en doctrine. Par contre, la fonction de ce paiement a laissé place à des analyses différentes. Liebs²³⁶ voit, dans le double du montant, une forme de supplément qui vise plutôt à punir l'auteur de la fausse accusation qu'à dédommager la victime. Parce que le paiement du double de la somme ne permettait pas systématiquement au lésé de recouvrer le montant économique de son dommage.

232 Liebs, *Damnum*, p. 186 ; Kaser, *Altrömische Ius*, p. 217.

233 Heumann, *Handlexikon, ad damnum*, al. 1, p. 119 : « Ursprünglich die Privatastbusse für die Schädigung, das Lösegeld, noch erhalten in der formelmässigen altertümlichen Wendung : pro fure damnum decidere, als Dieb die Lösung, Busse, vergleichen. »

234 Kaser/Hackl, p. 100, N. 72 ; Kaser, *Altrömische Ius*, p. 216 ; Liebs, *Damnum*, p. 187, conteste quant à lui que cette « *Zugriffsgewalt* » se soit appliquée à la restitution du double des fruits, qui selon lui, serait irréconciliable avec la réglementation différente et basée sur l'infamie de la *rei vindicatio*.

235 Yaron, *Si adorat furto*, p. 518 ; Liebs, *Damnum*, p. 191.

236 Liebs, *Damnum*, p. 186 ; Mommsen, *Strafrecht*, p. 752.

Dans le cadre de la *falsa vindicia*, Kaser/Hackl²³⁷ émettent l'hypothèse que le paiement du *damnum* ne correspondait pas à un montant payé à titre expiatoire, mais, plus, à une rançon destinée à couvrir le fait que l'auteur ne s'était pas acquitté de son obligation de restitution en temps opportun. Le paiement de cette rançon ne visait, selon eux, à l'époque de la loi des XII Tables, que la libération de la responsabilité personnelle du débiteur, et n'avait pas encore le rôle de dédommagement en tant qu'acte illicite (*Delikt*)²³⁸. Yaron considère quant à lui, qu'originellement, la sanction consistait en l'acquittement par l'auteur d'une somme égale au double de la valeur de l'animal qui était en jeu²³⁹. C'est à notre sens Daube qui exprime le mieux la fonction de la formule *damnum decedere* en la traduisant par « *to agree as to the penalty to be paid* »²⁴⁰, démontrant par là que le processus de pacification prévu par ces deux tables a pour but de permettre aux parties de se mettre d'accord sur le montant de la punition à payer, et non de tenter d'indemniser concrètement le lésé du dommage subi. On peut supposer que le montant de cette peine a pu, avant l'entrée en vigueur de la *lex Aquilia*, déjà prendre en compte des critères économiques et tenter d'octroyer au lésé une véritable indemnisation.

En l'absence de toute source permettant de l'affirmer, il faut reconnaître qu'il ne s'agit que d'une simple hypothèse. Tout au plus, il convient de retenir l'opinion de Huvelin²⁴¹ selon laquelle toute accusation fautive de vol n'ouvrait pas systématiquement la porte à un processus de *damnum decedere*. Ce n'est qu'à la condition que l'arbitrage ait établi la preuve d'un *damnum* que celui-ci sera évalué et calculé au double.

En effet, le texte même de la table XII,3 expose clairement que c'est de l'arbitrage des trois juges qu'il sera procédé ou non au calcul du *damnum*²⁴². La né-

237 Kaser/Hackl, p. 100, N. 72.

238 Kaser/Hackl, p. 100.

239 Yaron, *Si adorat furto*, p. 518. Vu l'absence de références de l'auteur sur cette question, il convient de considérer cette hypothèse comme relevant du purement conjectural.

240 Daube, *Damnum*, p. 97.

241 Huvelin, *Furtum*, p. 74 : « [...] entre la demande et l'attribution de la composition, il faut de toute nécessité intercaler un mécanisme intermédiaire tendant à évaluer le *damnum* en cause. »

242 Cette interprétation résulte de la présence de l'ablatif de moyen utilisé dans le terme « *eorum arbitrio ... fructus duplione damnum decedito* ».

cessité de cet arbitrage démontre qu'à l'époque de la loi des XII Tables, l'obligation de composition de l'auteur de la fausse accusation était subordonnée à la constatation judiciaire qu'un tort avait été commis à son encontre. Cette composition judiciaire pouvait ainsi prendre en compte certains critères de nature économique.

Ce n'est que dans une seconde phase, lorsqu'il sera devenu usuel que le droit de vengeance du lésé sur l'auteur soit acquitté par une rançon, que le terme de *damnum* prendra son sens de dommage, de désavantage²⁴³. Le *damnum* s'est ainsi référé dans l'usage de la loi des XII Tables, à la notion de perte (*Verlust*), ou de privation (*Entzug*)²⁴⁴, symbolisée par l'amende dont devait s'acquitter l'auteur. L'emploi du verbe *decidere* dans son premier sens (détacher en coupant) témoigne du fait que, par le paiement de l'amende, l'auteur se retrouve libéré du lien symbolique qui l'attachait au lésé²⁴⁵.

Ainsi, le *damnum* correspond à la somme que le voleur, le faux accusateur, ou celui qui a joui indûment des fruits, doit s'acquitter. Il est considéré du côté du responsable, et non de celui du lésé²⁴⁶. Ce *damnum*²⁴⁷ a pour but de permettre la pacification du différend surgi entre les parties. Suite à son acquittement par le responsable, il entraîne, comme nous l'avons vu, la fin du litige²⁴⁸.

C'est, à notre sens, dans ce renversement de la perspective que se situe l'entier des différences entre la notion ancienne et la notion moderne de *damnum*. Le dommage est ainsi une somme acquittée par le lésé qui a pour objet de permettre la pacification du différend. Toute la difficulté pour le juriste actuel d'appréhender le *damnum* encore en vigueur dans la loi des XII Tables réside

243 Kaser, *Altrömische Ius*, p. 218.

244 Liebs, *Damnum*, p. 190 : « Aus semasiologischen Gründen muss also auch in den Zwölf Tafeln *damnum* entweder Schaden bedeutet haben oder konkret "Entzug", "Verlust", der spezifische Schaden sowohl des Bestohlenen wie durch *vindicia falsa* Geschädigten. »

245 Kaser, *Altrömische Ius*, p. 218 ; Brogini, *Iudex arbiterve*, pp. 150-151.

246 Liebs, *Damnum*, p. 186.

247 C'est dans ce sens que Girard, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, N. 2, p. 91, entend le terme *damnum* et le définit comme une somme d'argent établie en réparation d'un préjudice.

248 Kaser, *Altrömische Ius*, p. 218.

en ce que la somme dont doit s'acquitter l'auteur se fait à titre expiatoire et non à des fins de dédommagement. Cette rançon à payer est prise en compte du côté de l'auteur. Le *damnum* désigne la perte que celui-ci subit du fait de son dommage. Ce n'est qu'avec l'entrée en vigueur de la *lex Aquilia*²⁴⁹, et de la discussion juridique qu'elle a générée, que le *damnum* sera considéré du point de vue de la victime, et que ce dommage ne sera plus équivalent de perte de l'auteur, mais d'impact sur le patrimoine du lésé qui se matérialisera dans l'intérêt de ce dernier à ce que le dommage ne soit pas survenu.

²⁴⁹ Daube, *Damnum*, p. 97 : « [...] *damnum in the sense of "loss incurred by the victim of an offence" was introduced into legislation by the lex Aquilia [...].* »

§ 9. Résumé conclusif de la première partie

Arrivé au terme de cet examen des différentes sanctions que prévoyait le droit délictuel issu de la codification décenvirale, il convient de tenter de classer et d'organiser les différentes mesures que prévoyait cette législation.

Nous avons démontré qu'originellement, toute société dépourvue de lois écrites, d'un système de justice efficace et d'un État suffisamment constitué pour organiser une justice capable de faire respecter ses jugements, est gouvernée par le principe de la prise en compte de la volonté de vengeance du lésé, qui se traduit par une exécution directe sur le corps de l'auteur. Celui-ci se trouve livré à la merci de la victime (*Zugriffsgewalt*).

Le système romain n'a pas maintenu ce système primitif mettant en danger la cohésion sociale. Les cas pénaux graves et intentionnels seront ainsi progressivement soumis à la juridiction des Comices centuriates, et le talion s'effacera peu à peu même en droit criminel.

Les infractions moins graves, souvent non intentionnelles, qui auront tout de même pour effet de troubler l'ordre social et l'intégrité physique des personnes, se résoudront peu à peu au moyen d'une négociation, imposée au besoin par l'État comme le prévoit la table VIII,2 (*ni si eo pacit talio esto*), ou les tables réprimant les fausses accusations de vol, ou la *falsa vindicia*. Le paiement de cette indemnité versée par l'auteur a pour fonction d'apaiser la soif de vengeance de la victime. Cette rançon qui rompra le lien symbolique enchaînant l'auteur à sa victime prendra la forme du *damnum decidere*. Ce *damnum* sera considéré du côté de l'auteur en tant que dépense qu'il doit ef-

fectuer, afin de racheter sa liberté et de se délier du droit de vengeance que la victime a le droit d'exercer sur son corps.

La notion de *noxiam sarcire*, expression qui, nous l'avons vu, est fort difficile à traduire et à comprendre, marque peut-être la première forme de la responsabilité civile moderne, en ce sens qu'elle vise, dans une certaine mesure, à replacer le lésé dans ses droits de propriété, tels qu'ils étaient avant la survenance de l'atteinte en obligeant l'auteur à « raccommoder » la chose.

Les *poenae*, quant à elles, sanctionneront des infractions relativement bénignes, soit en principe des cas relevant de l'*iniuria*, et prendront la forme d'une somme d'argent. Ce montant ne pourra varier ni en raison de la gravité de la faute ni en raison de l'intensité de l'atteinte subie par le lésé. Le calcul de cette amende n'étant pas laissé à la libre transaction des parties ni au pouvoir d'examen du juge. Les états de fait couverts par ces amendes vont de la lésion réversible au corps humain à l'injure réelle ou verbale, en passant par la destruction d'arbres fruitiers.

La vraie question soulevée par notre travail est de se demander pourquoi la notion de *damnum* s'est imposée dans la *lex Aquilia*, alors que celle de *noxia* a disparu de la terminologie juridique, si l'on fait exception de la responsabilité noxale.

Nous rejoignons ainsi l'analyse très fine de Liebs²⁵⁰, qui démontre qu'au terme de son développement, le droit romain n'aura conservé que les notions juridiques techniques de *damnum* pour le dommage, et de *culpa* pour la faute, le terme de *noxia* ne s'employant plus qu'en référence au principe de la noxalité, et celui de *noxia* lorsque les jurisconsultes se réfèrent expressément à la loi des XII Tables. La notion permet contrairement aux *poenae* de recourir

250 Liebs, *Damnum*, p. 199 : « Und sodann machte sich die mit fortschreitender Differenzierung des sozialen Gefüges erfahrungsgemäss einhergehende Tendenz geltend, die Wortbedeutungen zu verallgemeinern und unterscheidende Elemente abzustreifen, die nicht mehr von der ganzen Sprachgemeinschaft verstanden werden. Im Verlauf dieser Entwicklung gelangte so in beiden Bereichen einer der mehreren Teilbegriffe zur Vorherrschaft, indem seine Bedeutung sich verallgemeinerte und schliesslich die anderen verdrängte : im Bereich "Schaden" *Damnum*, im Bereich Strafe "poena". »

à un calcul souple de l'indemnité qui correspond à la valeur objective de la chose²⁵¹, plutôt qu'à un système d'amendes fixes²⁵².

Cette analyse ne permet toutefois pas de répondre à la question de savoir pourquoi la notion de *nox*a n'a pas été reprise comme terme générique par les rédacteurs de la *lex Aquilia*. Si nous reconnaissons que Daube a eu le mérite de s'interroger très tôt sur ce point, nous n'approuvons pas la réponse qu'il apporte lorsqu'il énonce que le terme *damnum* s'est imposé parce qu'il désignait toute perte ou dépense inutile²⁵³. À notre avis, il s'est imposé parce qu'il correspondait au montant en argent que l'auteur devait payer pour se soustraire à l'emprise de son créancier. Autrement dit, le paiement du *damnum* avait pour effet de délier, soit de *decidere* l'auteur de sa victime après que celui-ci eut payé cette somme. La perte que l'auteur subissait comblait le « trou » patrimonial occasionné chez le lésé par son acte.

Nous verrons que le I^{er} chapitre de la *lex Aquilia* reprend une formule ancienne, *damnas esto*, pour démontrer que l'auteur de l'acte sans droit est redevable, donc lié à sa victime et qu'il doit l'indemniser en argent *tantum aes dare*. Le fait que seul le III^e chapitre de la loi aquilienne emploie le terme de *damnum* peut laisser supposer que c'est la jurisprudence qui a permis à la notion de *damnum* d'acquérir sa dimension juridique de perte patrimoniale, et que celle-ci ne figurait pas forcément dans le texte original du I^{er} chapitre.

S'il convient de retenir une chose de la loi des XII Tables que nous avons discutée, c'est que cette législation pose les prémices du dommage moderne, lesquelles aboutiront au noyau conceptuel du *damnum*, terme juridique central du raisonnement juridique moderne.

C'est à la genèse de ce *damnum* pris dans son acception juridique que va nous conduire notre analyse de la notion de dommage telle que définie dans

251 Kaser, *Altrömische Ius*, p. 225 : « Zweck des jüngeren Gesetzes [i. e. la *lex Aquilia*] war vermutlich neben der Einführung einer allgemeinen Norm vor allem die elastische, dem konkreten Sachwert angepasste Bussberechnung an Stelle der festen Bussarten. »

252 Winiger, *Damnum iniuria datum*, p. 35.

253 Daube, *Noxa*, p. 40, désigne le *damnum* comme une « wasteful, useless expenditure ».

les termes originaux de la *lex Aquilia*, analyse qui sera l'objet de la seconde partie de notre travail.

Deuxième partie : La *lex Aquilia*

**Le *damnum* dans le cadre de la *lex Aquilia*, ou
l'utilisation du concept juridique moderne de
dommage patrimonial**

« They did something bad. They know it, and they want to correct it. But they're also trying to limit their damages here. »

« Four million is a bargain. » It is, and it isn't.

« Take Ramon Pumphrey.

Age twenty-two, working part-time, earning six thousand dollars a year.

With a normal life expectancy of fifty-three more years, and assuming annual earnings of twice the minimum wage, the economical value of his life, discounted in today's dollars, is about a half a million dollars. That's what he's worth. »

*John Grisham, *The King of Torts*, New York, 2003, p. 92.*

§ 10. Les circonstances de l'entrée en vigueur de la *lex Aquilia* ainsi que sa fonction

A. La datation de la *lex Aquilia*

La date d'adoption de la *lex Aquilia* divise déjà les juristes et a donné lieu à moult controverses. En effet, aucune source historique directe ne permet de dater ce texte avec certitude, et ce n'est que par recoupements avec diverses sources indirectes qu'il est possible de se risquer à formuler certaines hypothèses en relation avec la datation de la loi aquilienne.

La doctrine majoritaire²⁵⁴ fait remonter son adoption à 286-287 av. J.-C. ou la situe durant le III^e siècle avant notre ère²⁵⁵. Cette vision traditionnelle se base sur un texte de Theophilos²⁵⁶, doyen de la faculté de droit de Constan-

254 Gerke, *Geschichtliche Entwicklung*, p. 61 ; von Lübtow, *Untersuchungen*, p. 15 ; Crawford, *Roman Statutes II*, p. 723 ; Winiger, *Damnum culpa datum*, p. 23, estime comme probable que la *lex Aquilia* date du III^e siècle avant notre ère.

255 Cannata, *Sul testo*, p. 31.

256 « *Plebs enim romana, cum tempore dissensionis inter plebem et patres Aquilius hanc legem rogaret, contenta fuit, quod prima parte id uerbum "plurimi" positum esset* » (En effet, la plèbe romaine, à une époque de dissension entre elle et les patriciens, a voté cette loi proposée par Aquilus qui en fut satisfait, car dans le premier chapitre, le terme « plurimi » avait été érigé en principe). Le commentaire de Théophilos s'inscrit dans l'analyse de l'absence du terme « plurimi » dans le troisième chapitre de la *lex Aquilia*.

tinople²⁵⁷ ainsi que sur celui d'une scolie anonyme byzantine²⁵⁸, dont la traduction latine est la suivante :

Aquila proprie plebiscitum est. Eiusdem. Hoc est, a plebe scitum : plebiscitum enim est, quod a plebe scitum et confirmatum est, ut Instit. 1. Tit. 1. Aquilius erat tribunus plebis. Cum enim orta esset seditio inter populum et senatores, et populus sececisset, hunc habuerunt magistratum, et quod ab his sancitum esset, ita vocatum est. Unde Aquilia plebiscitum est potius, quam lex. Habet autem tria capita, quibus de damno tractatur [...] ²⁵⁹.

La loi aquilienne est un plébiscite. De même, elle a été décidée par le peuple : en effet, un plébiscite est voté et confirmé par la plèbe, comme dit dans les *Institutions I* titre 1²⁶⁰. Aquilius était tribun de la plèbe lorsqu'une révolte est née entre le peuple et les sénateurs. Lorsque le peuple est entré en sécession, il a choisi ce magistrat, et c'est pourquoi le plébiscite porte son nom. De là il s'ensuit que la *lex Aquilia* est plutôt un plébiscite qu'une loi ; elle a toutefois trois chapitres qui traitent du dommage.

Deux fragments du *Digeste* permettent encore de considérer la *lex Aquilia* comme un plébiscite. Il s'agit premièrement du fragment d'Ulpien parlant de l'ampleur de la *derogatio* de la *lex* par rapport aux autres lois traitant du dommage²⁶¹ ; deuxièmement, d'un fragment de Pomponius²⁶² énonçant que c'est

257 Gordon, *Dating the Lex*, pp. 315-316, dénie tout crédit au texte de Théopilos sous le prétexte humoristique, qui n'engage heureusement que lui, que les doyens des facultés de droit sont connus pour tronquer les faits : « *It is, of course, well known that deans of faculties are accustomed to putting together scraps of information and blending them into what they hope will be a plausible story [...].* »

258 Beinart, *Once more on the origin of the Lex Aquilia*, p. 71, ne remet pas en cause la qualité des sources byzantines de Theophilos et du scoliaste. Faute de documents contraires, nous le rejoignons sur ce point, considérant qu'il appartient plutôt à ceux qui veulent contredire les sources d'apporter les preuves formelles permettant d'infirmer une théorie.

259 Heimbach, vol. V, I, 1, p. 263 (traduction du grec vers le latin par Heimbach).

260 Il s'agit selon toute vraisemblance d'un renvoi au § 2 du I^{er} livre des *Institutes* de Gaius qui énumère les plébiscites comme source de droit pour le peuple romain.

261 Ulpianus D. 9,2,1,1 : « *Quae lex Aquilia plebiscitum est, cum eam Aquilius tribunus plebi a plebe rogaverit* » (Cette *lex Aquilia* est un plébiscite que le tribun de la plèbe Aquilius a fait voter à la plèbe.)

262 Pomponius, D. 1,2,2,8, 2^e phrase : « *Mox cum revocata est plebs, quia multae discordiae nascebantur de his plebis scitis, pro legibus placuit et ea observari lege Hortensia : et ita*

depuis l'entrée en vigueur de la *lex Hortensia*, votée après une sécession de la plèbe, que les plébiscites ont acquis la même valeur que les lois. Comme ce plébiscite a obtenu une force obligatoire, il est de coutume de le rattacher à l'adoption de la *lex Hortensia* en 287²⁶³ av. J.-C.

Selon Kunkel/Schermaier, le rattachement de la *lex Aquilia* à la *lex Hortensia* n'est pas le fait du hasard, mais s'inscrit dans la volonté du peuple, qui n'était souvent pas propriétaire terrien, de protéger ses biens économiques mobiliers, constitués essentiellement d'esclaves et de pièces de bétail²⁶⁴ ; il serait ainsi intrinsèquement lié à un soulèvement populaire matérialisé dans un plébiscite²⁶⁵.

Une autre partie de la doctrine tente de rattacher l'adoption de la *lex* à la forte inflation subie à Rome au début du II^e siècle av. J.-C. à la suite des guerres puniques (218-201 av. J.-C.)²⁶⁶, et qui aurait eu pour conséquence de ruiner la petite paysannerie. Nörr la date également à la même période, en prenant en considération l'utilisation du terme *occidere* dans le texte de la loi²⁶⁷. Ces différentes théories, aussi intéressantes soient-elles sur un plan doctrinal, ne trouvent à notre sens aucune base dans les textes, et relèvent ainsi de la pure conjecture qui ne nous semble pas suffisante pour asseoir une quelconque certitude.

factum est, ut inter plebis scita et legem species constituendi interesset, potestas autem eadem esset » (Bientôt, alors que la plèbe avait été rabrouée, car de nombreux désaccords étaient nés de ces plébiscites, on décida de par la *lex Hortensia* qu'ils auraient force de loi. Et, bien qu'il y ait une différence entre la manière de passer les lois et les plébiscites, ils ont maintenant la même force.)

263 La *lex Hortensia* de 286 ou 287 av. J.-C. constitue la troisième sécession de la plèbe sur le mont Janicule. La plèbe obtient du dictateur Hortensius que les plébiscites seront équivalents aux lois et s'imposeront même au Sénat ; Humbert, *Institutions politiques*, N. 375, pp. 320-321 ; Kunkel/Schermaier, *Römische Rechtsgeschichte*, pp. 28-29.

264 Kunkel/Schermaier, *Römische Rechtsgeschichte*, p. 29 : « Für einen Händler, Handwerker oder Kleinbauern hatte die Zerstörung oder Beschädigung von Fahrnis schwerwiegendere Folgen als für einen Grossgrundbesitzer. [...] Damit diene das Gesetz wohl vorrangig der wirtschaftlichen Absicherung der landlosen Bevölkerung. » ; dans le même sens, Beinart, *Once more on the origin of the Lex Aquilia*, p. 73.

265 Jolowicz, *Historical introduction*, p. 84.

266 Hausmaninger, *Schadenersatzrecht*, p. 9 ; Zimmermann, *Law of obligations*, p. 957.

267 Nörr, *Causa mortis*, pp. 124 ss.

Il convient de se rendre à l'évidence. À défaut d'autres sources que celles que la doctrine majoritaire cite pour dater l'entrée en vigueur de la loi aquilienne et que nous venons d'exposer, celle du rattachement de l'adoption de cette dernière à la *lex Hortensia* en 287 av. J.-C. demeure l'hypothèse la plus probable, et la seule qui trouve une certaine assise, certes relative, dans les sources à disposition. L'intérêt de cette datation pour notre sujet réside dans le fait qu'un laps de temps relativement court de moins de deux siècles s'est écoulé entre la date d'adoption de la loi des XII Tables en 450 av. J.-C. et celle de la *lex Aquilia*.

Cet élément nous incite à supposer que peu de temps est passé entre la législation des XII Tables et la législation décenvirale. La *lex Aquilia* a eu pour fonction de combler une lacune dans la protection des droits de l'individu. En effet, selon les sources disponibles, aucune norme générale n'a existé avant elle pour appréhender le dommage causé à la chose dans sa globalité et ayant pour finalité la protection du patrimoine. La personne volée²⁶⁸ avait à sa disposition l'action en *rei vindicatio*, voire la *condictio furtiva* pour récupérer une chose (*res furtiva*) de la part de son voleur. Toutefois, si la chose était détruite, le lésé ne pouvait pas agir contre l'auteur. Cet état de fait créait une lacune dans la protection du lésé qui devait être comblée.

Même dans les cas où le voleur ne voulait pas rendre la chose, ou même lorsque la chose n'existait plus, car elle avait été détruite, le propriétaire pouvait encore en récupérer la contre-valeur par le biais de l'action personnelle de la *condictio furtiva*²⁶⁹ qui le rendait créancier du voleur. Dans le cas où la chose n'avait pas été arrachée à la possession de son propriétaire, le lésé ne pouvait par contre pas agir en récupération de la valeur de la chose, car aucune obligation ne l'attachait à celui qui avait détruit la chose. C'est cette lacune que la *lex Aquilia* vient pallier, en mettant à la charge de l'auteur de la

268 Cannata, *Sul testis*, p. 55.

269 Girard, *Manuel*, p. 439 : « On a doublé cette revendication du propriétaire volé par l'adjonction d'une action personnelle, la *condictio furtiva* par laquelle le volé considéré comme créancier de la chose volée peut en demander la valeur au volé [...] même si la chose a péri par cas fortuit. »

détérioration de la chose, l'obligation juridique de la réparer²⁷⁰. Cette obligation prend forme par l'emploi de la formule *damnas esto*²⁷¹, qui a pour effet de créer ce lien de droit entre l'auteur de la détérioration de la chose et le lésé, et d'ainsi le rendre créancier au sens juridique du terme, par l'octroi d'une action de nature personnelle.

C'est à l'analyse de cette loi, véritable révolution en ce sens qu'elle invente un nouveau mécanisme dogmatique permettant au lésé d'exiger de l'auteur d'un acte illicite son dédommagement, que nous allons nous atteler.

B. Le texte de la *lex Aquilia*

Le texte de la *lex Aquilia* ne nous est connu que de manière indirecte²⁷². Nous ne disposons pas du document original, mais seulement de citations indirectes figurant dans le *Digeste*, les *Institutes* de Gaius, ainsi que dans les *Institutiones* de Justinien.

Eu égard à cette diversité de sources qui serviront de base à la discussion sur le contenu matériel de la portée de la *lex*, il nous a semblé dans un premier temps nécessaire de présenter ces différents textes, accompagnés de leur traduction française sans en proposer le moindre commentaire. Ceci dans le but d'offrir une vision synoptique des différentes sources, étape indispensable avant d'entreprendre une tentative d'exégèse de ces dispositions.

270 Cannata, *Sul testo*, p. 55 : « *Per colmare la lacuna non resta che introdurre un'azione nuova, che permetta di condannare Y a pagare al proprietario il valore della cosa senza riferimento alle vicende del possesso di essa. Lo schema adatto al caso è di considerare che colui che ha distrutto la cosa altrui va punito con una pena equivalente al pagamento del valore della cosa.* »

271 Jolowicz, *Historical introduction*, p. 168.

272 Vu le côté purement hypothétique de toute tentative de reconstruction du texte original de la *lex Aquilia*, nous renonçons à dessein à entrer dans la discussion des termes réputés corrompus des documents qui nous sont parvenus, sauf lorsque cette discussion comporte un aspect de droit matériel, à l'instar de celle des termes *fuit/erit* dans le mode de calcul du III^e chapitre de la *lex Aquilia*. Sur l'absence de résultats clairs de l'entreprise de reconstruction, voir Winiger, *Damnum iniuria datum*, pp. 23 ss.

1. Le 1^{er} chapitre

Les trois versions qui nous sont connues de ce texte sont les suivantes :

Gaius, D. 9,2,2,pr.

Lege Aquilia capite primo cavetur : « Ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto : et infra deinde cavetur, ut adversus infitiantem in duplum actio esset. »

Le premier chapitre de la *lex Aquilia* dispose que celui qui aura tué sans droit un esclave de sexe masculin ou féminin appartenant à autrui, ou un quadrupède de troupeau, soit condamné à payer au propriétaire autant d'argent que la chose aura valu le plus dans cette année : et il est dit plus loin que l'action se montera au double contre celui qui nie sa responsabilité.

Gaius, *Institutes*,3,210

Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam, cuius primo capite cautum est, ut si quis hominem alienum alienamve quadrupedem, quae pecudum numero sit, iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuit, tantum domino dare damnetur.

L'action relative au dommage causé sans droit est réglée par la *lex Aquilia* dont le premier chapitre dispose que celui qui aura tué sans droit l'esclave de sexe masculin ou féminin d'autrui ou un quadrupède faisant partie du bétail soit condamné à payer au propriétaire autant que la chose aura valu le plus dans l'année précédente.

Justinien, *Institutiones*, 4,3,pr.

Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam. cuius primo capite cautum est, ut si quis hominem alienum alienamve quadrupedem quae pecudum numero sit iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuit, tantum domino dare damnetur.

L'action relative au dommage causé sans droit est réglée par la *lex Aquilia* dont le premier chapitre dispose que celui qui aura tué sans droit

l'esclave de sexe masculin ou féminin d'autrui ou un quadrupède faisant partie du bétail soit condamné à payer au propriétaire autant que la chose aura valu le plus dans l'année précédente.

2. Le II^e chapitre

Gaius, *Institutes*, 3,215 et 216

215. *Capite secundo aduersus adstipulatorem qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tanti actio constituitur.*

216. *Quam et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est; sed id caueri non fuit necassarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret; nisi quos ea lege aduersus infitiantem in duplum agit.*

215. Le deuxième chapitre dispose contre l'adstipulant qui aura accepté de l'argent en fraude du stipulant en prévoyant une action au prix de combien cette chose aura valu. Il est manifeste que cette action a été introduite dans cette même partie de la loi au nom du préjudice; mais cela n'a pas été nécessaire puisque l'*actio mandati* était suffisante pour régler cette affaire; sauf lorsque cette loi prévoit que l'on puisse agir au double contre celui qui nie.

3. Le III^e chapitre

Ulpianus, D. 9,2,27,5

Tertio autem capite ait eadem lex aquilia : « Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto. »

La même *lex Aquilia* dispose d'autre part dans son troisième chapitre que : « Pour tout autre acte que la mort d'un homme ou d'une tête de bétail, si quelqu'un a causé un dommage à autrui, que ce soit en brûlant, en brisant ou en rompant sans droit, qu'il soit condamné à payer au propriétaire autant d'argent que la chose aura valu dans les trente jours précédents. »

Gaius, *Institutes* 3,217

217. *Capite tertio de omni cetero damno cavetur. Itaque si quis servum vel eam quadrupedem, quae pecudum numero est, vulneraverit sive eam quadrupedem, quae pecudum numero non est, velut canem, aut feram bestiam, veluti ursum, leonem, vulneraverit vel occiderit, hoc capite actio constituitur. In ceteris quoque animalibus, item in omnibus rebus, quae anima carent, damnum iniuria datum hac parte vindicatur. Si quid enim ustum aut ruptum aut fractum fuerit, actio hoc capite constituitur, quamquam potuerit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere; ruptum enim intellegitur, quod quoquo modo corruptum est; unde non solum usta aut rupta aut fracta, sed etiam scissa et collisa et effusa et quoquo modo vitiata aut perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur.*

218. *Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus XXX proximis ea res fuerit damnatur is qui damnum dederit. Ac ne PLURIMI quidem verbum adicitur; et ideo quidam putaverunt liberum esse iudici vel ad id tempus ex diebus XXX aestimationem redigere quo plurimi res fuit, uel ad id quo minoris fuit; sed Sabino placuit proinde habendum ac si et hac parte PLURIMI verbum adiectum esset; nam legis latorem contentum fuisse quod prima parte eo verbo usus esset.*

217. Le troisième chapitre traite de toute autre espèce de dommage. C'est pourquoi, si quelqu'un a soit blessé un esclave ou un quadrupède qui fait partie du bétail, soit blessé ou tué un quadrupède qui ne fait pas partie du bétail, à l'instar d'un chien, d'une bête sauvage, d'un ours ou d'un lion, une action existe de par cette loi. Cette partie de la loi s'applique pour tous les autres animaux de même que pour tous les objets inanimés. En effet, si quelque chose a été soit brûlé, brisé ou rompu, l'action basée sur ce chapitre est ouverte, bien que le terme de rupture soit suffisant dans tous les autres cas; on entend par là, tout ce qui a été corrompu d'une certaine manière. Dans « rupture » est compris non seulement ce qui a été brisé, rompu ou brisé, mais également ce qui a été coupé, frappé, versé ainsi que toute autre espèce d'altération, de destruction, ou de détérioration. 218. Pourtant, ce chapitre ne condamne pas celui qui a causé le dommage à payer ce que la chose a valu dans l'année, mais ce qu'elle a valu dans les trente jours précédents. La loi ne spécifie certes pas le terme plus élevé (plurimi). Pour cette raison, certains ont émis l'hypothèse selon laquelle le juge aurait été libre de fixer l'estimation en rapport avec cette période de trente

jours, soit au maximum, soit au minimum ; mais, selon Sabinus, le terme « *plurimi* » doit être ajouté à cette partie (le III^e chapitre) ; en effet, l'auteur de la loi s'est satisfait d'employer ce terme dans le premier chapitre de la loi.

Justinien, *Institutiones*, 4,13²⁷³

Capite tertio de omni cetero damno cavetur. Itaque si quis servum vel eam quadrupedem quae pecudum numero est vulnera verit, sive eam quadrupedem quae pecudum numero non est, veluti canem aut feram bestiam, vulneraverit aut occiderit, hoc capite actio constituitur. in ceteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus quae anima carent damnum iniuria datum hac parte vindicatur. si quid enim ustum aut ruptum aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur : quamquam poterit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere : ruptum enim intellegitur, quod quoquo modo corruptum est. unde non solum usta aut fracta, sed etiam scissa et collisa et effusa et quoquo modo perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur denique responsum est, si quis in alienum vinum aut oleum id immiserit, quo naturalis bonitas vini vel olei corrumpetur, ex hac parte legis eum teneri. [...]

273 Nous reproduisons le texte de Justinien pour tendre à l'exhaustivité des sources. Vu la presque parfaite similitude avec le texte des *Institutes* de Gaius qui a servi de modèle aux rédacteurs des *Institutiones*, nous renonçons à le traduire.

§ 11. La nature de l'action aquilienne et son système

A. La prétendue nature mixte de l'*actio legis aquiliae*

La nature de l'*actio legis aquiliae* a nourri d'importants débats doctrinaux, selon que l'on considère qu'il s'agit d'une action plutôt pénale, plutôt réipersécutoire, ou mixte. La question est d'importance, en ce sens qu'une définition correcte de l'*actio legis aquiliae* place les jalons qui permettront de comprendre le but de la *lex Aquilia*, à savoir viser la garantie de l'intégrité du patrimoine du lésé²⁷⁴.

Quatre points trahissent les origines pénales²⁷⁵ de la loi aquilienne. On peut ainsi mettre en avant le fait que la condamnation s'élève au double pour l'auteur qui nie sa responsabilité, que le calcul rétrospectif à la plus haute valeur dans les 30 ou 365 derniers jours peut avoir pour effet de forcer l'auteur à payer plus que la réelle valeur de la chose ; on peut insister sur le fait que l'action est noxale, et qu'elle est également passivement intransmissible, car non opposable aux héritiers de l'auteur. Avant de discuter plus en détail ces quatre éléments importants, il convient, selon nous, de citer deux textes majeurs de Gaius et de Justinien qui définissent la nature de l'*actio legis Aquiliae*, de même que son côté résolument mixte :

²⁷⁴ Dans le même sens, Winiger, *Damnum iniuria datum*, p. 33 : « Jusqu'à la codification justinienne, la *ratio legis* de la *Lex Aquilia* était principalement de remplacer au propriétaire lésé le dommage économique subi, même si dans certains fragments, les juristes mentionnèrent le caractère punitif de la *Lex Aquilia*. »

²⁷⁵ Cannata, *Sul testo*, pp. 34-35.

Gaius, *Institutes*, IV,9

Rem uero et poenam persequimur uelut ex his causis, ex quibus aduersus infitiantem in duplum agimus; quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, aut legatorum nomine, quae per damnationem certa relicta sunt.

Nous recherchons la chose et la peine, par exemple dans les cas où nous agissons contre une partie adverse qui nie; ce qui se produit dans le cadre de l'*actio iudicati*, des avances dans le cadre de l'action pour dommage injustement causé au sens de la *lex Aquilia* ou au titre des legs laissés par condamnation.

Le texte²⁷⁶ fait valoir que celui qui agit par l'action aquilienne peut viser un double but, soit retrouver la chose (*res*), soit punir l'auteur par une peine (*poena*). Le droit romain classique ne s'affranchira qu'imparfaitement de cette dichotomie de buts²⁷⁷. Le caractère mixte de l'*actio legis aquiliae* ressort encore plus explicitement des *Institutiones* de Justinien :

Justinien, *Institutiones*, IV,19

Vi autem bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplo rei persecutio continetur, poena autem tripli est. sed et legis Aquiliae actio de damno mixta est, non solum si aduersus infitiantem in duplum agatur, sed interdum et si in simplum quisque agit. ueluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer et magni pretii fuerit; tanti enim damnatur, quanti is homo in eo anno plurimi fuerit [...].

L'action en relation avec des biens volés de force est une action mixte, parce que la condamnation est contenue au quadruple, et la peine au triple. Mais l'action aquilienne pour dommage est également une action mixte, non seulement lorsque l'on agit au double contre celui qui nie, mais également lorsque quelqu'un agit au simple. Par exemple lorsque quelqu'un aura tué un esclave boiteux ou aveugle qui était physique-

276 Von Lübtow, *Untersuchungen*, pp. 36-39, et les références citées nient que l'affirmation de Gaius reflète l'état du droit classique, ce qui les amène étrangement à insister sur le côté résolument pénal de la *lex Aquilia*.

277 Liebs, *Damnum*, p. 197; Kaser, *Quantum ea res est*, p. 165.

ment intègre et de grand prix ; en effet, il sera condamné à payer la plus haute valeur que cet homme aura valu dans l'année précédente.

Le texte de Justinien²⁷⁸ est à l'évidence imprégné des considérations tardives et peut-être même de fausses interprétations développées par les compilateurs qui n'avaient pas saisi la doctrine classique et post-classique relative à la *lex Aquilia* dans toutes ses finesses. Comme la *lex* privilégie la protection du patrimoine, les compilateurs ont pu considérer que condamner quelqu'un à payer plus que la valeur réelle de l'objet comportait un aspect forcément pénal puisque le lésé se retrouvait indemnisé au-delà de la perte patrimoniale subie.

C'est sur la base des interrogations suscitées par ces deux textes que nous allons analyser les quatre éléments qui fondent le caractère prétendument pénal de la loi aquilienne.

B. La condamnation au double de l'*infittians*

Selon Gaius, l'action se monte au double contre celui qui aura nié sa responsabilité, l'*infittians*²⁷⁹ (*et infra deinde cavetur, ut adversus infittiantem in duplum actio esset*)²⁸⁰. Le même Gaius, dans ses *Institutes*, énonce que le deuxième chapitre de la *lex Aquilia* est tombé en désuétude puisque remplacé par l'*actio mandati*, sauf en ce qui concerne l'*infittians* :

Gaius, *Institutes*, 3,216

[...] *sed id caueri non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret; nisi quod ea lege aduersus infittiantem in duplum agitur.*

Mais cela n'a pas été nécessaire, l'*actio mandati* suffisait, sauf en ce sens que cette loi [la *lex Aquilia*] permet d'agir au double contre celui qui nie.

278 Von Tuhr, p. 1.

279 Du verbe *infittiare* qui signifie « nier, contester ».

280 Gaius, D. 9,2,2,pr.

Certains voient, dans cette condamnation au double de la valeur, la résultante de l'aspect résolument pénal de la *lex Aquilia*²⁸¹. D'autres auteurs relèvent une réminiscence de la procédure de la *manus iniectio* archaïque, à savoir la procédure par laquelle le créancier prenait symboliquement possession de la main de son créancier²⁸². Cette dernière explication n'est pas convaincante²⁸³.

Avec la doctrine majoritaire, nous penchons pour l'hypothèse qu'il s'agit essentiellement d'une règle de portée procédurale²⁸⁴ et non d'une peine de droit matériel visant à sanctionner celui qui induit la justice en erreur en niant sa responsabilité.

C. La période rétrospective de calcul

Nous analyserons plus loin les conséquences du calcul rétrospectif du dommage, que ce soit par le biais d'un délai de 30 ou de 360 jours. Il convient toutefois à ce stade, vu le passage des *Institutiones* de Justinien qui considère que la période de calcul renferme un côté pénal, de se demander si ce délai rétroactif vise la punition de l'auteur du dommage, ou, au contraire, l'indemnisation réelle du lésé.

Ainsi, Willems²⁸⁵, Cardascia²⁸⁶ et von Lübtow²⁸⁷, pour ne citer que quelques juristes et historiens du droit, supposent que le premier chapitre de la *lex Aquilia*, énonçant qu'un auteur est passible de payer jusqu'à dix fois le prix d'un bien endommagé, peut comporter un aspect pénal. Hausmaninger, se basant sur Gaius 3,214²⁸⁸, considère que la référence à la plus haute valeur

281 Lévy E., *Privatstrafe*, pp. 135 ss ; Zimmerman, *Law of obligations*, pp. 1019-1020.

282 Von Lübtow, *Untersuchungen*, p. 31.

283 Sur la notion de *manus iniectio* voir Fleury, *Contrainte par corps*, pp. 243 ss.

284 Pernice, *Zur Lehre von der Sachbeschädigung*, pp. 119-120 ; von Lübtow, *Untersuchungen zur Lex Aquilia*, p. 38 ; Winiger, *Damnum iniuria datum* p. 33.

285 Willems, *La loi aquilienne*, pp. 105-106.

286 Cardascia, *Loi Aquilia*, p. 57, en référence notamment au fragment du peintre qui a perdu un pouce, Ulpianus, D. 9,2,23,3.

287 Von Lübtow, *Untersuchungen zur Lex Aquilia*, p. 40.

288 Gaius discute le fait que lorsqu'un esclave boiteux ou borgne a été tué dans l'année, le propriétaire pourra exiger de l'auteur une indemnité plus grande que la valeur réelle de

de la chose constitue clairement un élément pénal de la loi aquilienne²⁸⁹. Le passage déjà cité des *Institutiones* de Justinien IV,19²⁹⁰ peut conduire au même résultat. À notre sens, cet argument n'est pas pertinent. Gaius ne pose pas le principe qu'une indemnisation plus élevée que la valeur de la chose soit la règle. Au contraire, il démontre qu'il s'agit bien plutôt de l'exception par l'emploi de la conjonction *quamvis* et de l'adverbe *interdum* qui dénote le côté rare de la chose. Avec von Tuhr²⁹¹, nous estimons que la confusion provient de la mauvaise interprétation qu'a faite Justinien de ce passage des *Institutes* de Gaius.

D'autres penseurs²⁹², auxquels nous nous rangeons, remarquent que le fait que l'auteur puisse être condamné à payer davantage que la valeur du marché de la chose relève plus du hasard, la chose ayant pu prendre ou perdre de la valeur dans la période de référence antérieure. Von Tuhr²⁹³ soutient qu'à bien des égards, le travail du juge chargé de calculer la plus haute valeur dans l'année précédente peut ressembler à celui du juge moderne qui est parfois amené à se demander s'il convient d'évaluer, au prix du neuf, un objet ayant déjà une année. Comme ce raisonnement n'était pas naturel à l'époque, il a été imposé par la loi pour garantir une indemnisation appropriée du lésé tout en évitant une sanction disproportionnée de l'auteur. S'il s'agit certes d'une hypothèse, celle-ci est dans une certaine mesure vérifiée, car nous ne trouvons dans le *Digeste*, à une seule exception près, aucun fragment qui

l'esclave : « *Quod autem est adiectum est in hac lege : Quanti in eo anno plurimi ea res fuerit, illud efficit ut si clodium puta aut luscum seruum occiderit qui in eo anno integer fuit, aestimatio fiat quanto fuit quamvis is plus interdum consequatur quam ei damnum datum est.* » (La loi dispose en effet que l'indemnité se monte à la plus haute valeur qu'aura eue la chose pendant l'année, ce qui a pour conséquence que si quelqu'un tue par exemple un esclave borgne ou boiteux qui était intact pendant l'année, l'estimation se basera sur la valeur que cet esclave a eue, bien que cela ait pour conséquence que parfois il [le propriétaire] obtienne plus que le dommage qui lui a été causé.)

289 Hausmaninger, *Schadenersatzrecht*, p. 31.

290 Voir *supra*, p. 96.

291 Von Tuhr, p. 1 : « *Es ist heute festgestellt, dass wir in diesen Ansprüchen Justinians eine auf Missverständniss beruhende, vom klassischen Recht abweichende Theorie vor uns haben.* »

292 Pernice, *Zur Lehre von der Sachbeschädigung*, p. 240 ; von Tuhr, p.1 ; Zimmermann, *Law of obligations*, p. 962 ; Winiger, *Damnum culpa datum*, p. 157.

293 Von Tuhr p. 2 : « *So ist der heutige Richter, obwohl er den Werth zur zeit der That sucht, dabei auf Ausgangspunkte der Schätzung angewiesen, die der Vorgeschichte der Sache angehören.* »

insiste sur l'élément pénal contenu dans le calcul obligatoire de la plus haute valeur de la chose²⁹⁴.

Il y a dès lors lieu de voir, dans ce calcul rétroactif de la plus haute valeur dans l'année, la marque d'une règle de procédure²⁹⁵ qui encadre le pouvoir d'estimation du juge, en l'empêchant d'accorder une indemnité sans rapport avec la contre-valeur monétaire de l'objet détruit ou endommagé, et permet au lésé d'obtenir une indemnisation effective, en rapport avec la perte subie.

D. La noxalité de l'action²⁹⁶

Comme de nombreuses actions noxales, la *lex Aquilia* énonce²⁹⁷ que le propriétaire de l'esclave, ou le *paterfamilias* d'un fils de famille ayant causé un dommage dispose de la faculté de remettre l'auteur en noxalité au lésé, afin de se soustraire à une condamnation d'ordre pécuniaire²⁹⁸.

L'effet noxal d'une action ressort de cette célèbre définition d'Ulpien :

Gaius, D. 9,4,1

Noxales actiones appellantur, quae non ex contractu, sed ex noxa atque maleficio servorum adversus nos instituuntur : quarum actionum vis et potestas haec est, ut, si damnati fuerimus, liceat nobis deditione ipsius corporis quod deliquerit evitare litis aestimationem.

On appelle noxales les actions qui naissent contre nous, non pas d'un contrat, mais d'un dommage (*nox*) ou du méfait d'un esclave ; la force, ainsi que l'effet de telles actions proviennent du fait que si nous avons été condamnés, il nous est possible, par la remise du corps de celui qui

294 Voir Paulus, D. 44,7,34,2, p. 119.

295 Von Tuhr, p. 3.

296 Sur les rapports entre la noxalité et la loi des XII Tables, voir le § 7.B *supra*, p. 56.

297 Von Lübtow, *Untersuchungen*, p. 43 ; Zimmerman, *Law of obligations*, p. 973 ; Winiger, *Damnum iniuria datum*, N. 12, p. 152.

298 Une telle règle se trouve par exemple dans un rescrit de l'empereur Sévère, dans le cas d'un esclave ayant mis le feu involontairement à un pâturage et que le propriétaire est autorisé à remettre en noxalité à l'exemple de la *lex Aquilia* : « *ad exemplum legis Aquiliae noxali iudicio actura* », *Collatio*, 12, VII, 6, *FIRA II*, pp. 574-475.

a commis la faute, d'éviter d'avoir à payer la valeur litigieuse de l'objet du litige.

Concrètement, la noxalité de l'action signifie que le maître de l'animal ou de l'esclave qui a commis le dommage dispose du choix de le remettre au lésé, afin d'échapper à sa responsabilité²⁹⁹. Lorsqu'il s'agit d'un animal, c'est l'*actio de pauperie*³⁰⁰ qui trouvera application, alors que dans le cas où c'est un esclave qui a commis l'acte sans droit, c'est l'*actio legis aquiliae*. Il convient de préciser que la *lex Aquilia* n'est pas une action pénale, quand bien même la jurisprudence y relative peut avoir dans quelques cas des aspects pénaux.

Gaius pose la règle suivante qui énonce directement que l'*actio legis aquiliae* comporte une responsabilité noxale :

Gaius, *Institutes*, IV,76

*Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris : legibus, uelut furti lege XII tabularum, damni iniuriae lege Aquilia ; edicto praetoris, uelut iniuriarum et ui bonorum raptorum*³⁰¹.

Toutefois, c'est Ulpien, qui dans une longue discussion, expose en détail les modalités de la noxalité de l'*actio legis aquiliae* :

Ulpianus, D. 9,4,2,pr. et §1

pr. Si servus sciente domino occidit, in solidum dominum obligat, ipse enim videtur dominus occidisse : si autem insciente, noxalis est, nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxae eum dedat.

299 Voir à ce sujet la définition de Gaius, *Institutes*, IV, 75, déjà citée et traduite p. 56.

300 Si le maître se retrouve privé du droit de remettre l'animal fautif en noxalité, du fait qu'un tiers l'a tué sans droit, le maître peut, sous certaines conditions, intenter l'action de la *lex Aquilia* ; voir par exemple le fragment de Iavolenus, D. 9,2,37 1, qui discute de la problématique, ainsi que Ankum, *Actio de pauperie*, pp. 13-59.

301 Pour une analyse et une traduction de ce texte, voir p. 56.

1. *Is qui non prohibuit, sive dominus manet sive desiit esse dominus, hac actione tenetur : sufficit enim, si eo tempore dominus, quo non prohibeat, fuit, in tantum, ut Celsus putet, si fuerit alienatus servus in totum vel in partem vel manumissus, noxam caput non sequi : nam servum nihil deliquisse, qui domino iubenti obtemperavit. Et sane si iussit, potest hoc dici : si autem non prohibuit, quemadmodum factum servi excusabimus ? Celsus tamen differentiam facit inter legem Aquiliam et legem duodecim tabularum : nam in lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis nec dominus suo nomine tenetur, at in lege Aquilia, inquit, dominus suo nomine tenetur, non servi. Utriusque legis reddit rationem, duodecim tabularum, quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare, Aquiliae, quasi ignoverit servo, qui domino paruit, periturus si non fecisset. Sed si placeat, quod Iulianus libro octagesimo sexto scribit "si servus furtum faxit noxiamve nocuit" etiam ad posteriores leges pertinere, poterit dici etiam servi nomine cum domino agi posse noxali iudicio, ut quod detur Aquilia adversus dominum, non servum excuset, sed dominum oneret. Nos autem secundum Iulianum probavimus, quae sententia habet rationem et a Marcello apud Iulianum probatur.*

pr. Si un esclave tue avec l'accord de son maître, le maître en répond intégralement, il sera considéré comme ayant tué lui-même : si par contre il ne le savait pas, la responsabilité est noxale car, en effet, le maître ne doit pas être tenu du méfait de l'esclave et peut le donner en noxalité.

1. Celui qui n'a pas pu empêcher son esclave de commettre le méfait est tenu par cette action, qu'il demeure toujours propriétaire ou bien qu'il ait cessé de l'être : il suffit en effet qu'il ait été maître à l'époque où il ne l'avait pas empêché d'agir, de sorte que Celse a même pensé que si l'esclave avait été aliéné en tout ou partie ou fait l'objet d'une *manumissio*, la responsabilité noxale n'était pas attachée à la personne de l'esclave ; en effet, l'esclave n'a commis aucun délit, puisqu'il n'a fait qu'obtempérer à ce que son maître lui avait ordonné [de faire]. Et, de plus, le même raisonnement peut être employé pour un ordre ; or, si le maître n'a pas empêché le fait de l'esclave, comment pouvons-nous excuser l'action de ce dernier ? Celse, pourtant, opère une distinction entre la *lex Aquilia* et la loi des XII Tables.

En effet, sous l'ancienne loi, si l'esclave avait commis un vol, alors que son maître en était conscient, ou avait commis un autre dommage (*noxia*), l'action était dirigée contre l'esclave, mais le maître ne répondait pas en son nom propre, alors que dans le cadre de la *lex Aquilia*, dit Celse, le maître est responsable en son nom propre, mais pas en celui de l'esclave. Celse donne la raison de chaque loi : d'une part la loi des XII Tables voulait que les esclaves n'obéissent pas à leur maître dans ce genre d'affaires ; d'autre part, la *lex Aquilia* pardonnait à l'esclave qui obéissait à son maître, eu égard au fait qu'il aurait été tué s'il avait désobéi. Mais s'il nous plaît de considérer ce que Julien a écrit au 86^e livre que [la règle] « *Si un esclave a commis un vol ou commis un dommage (noxia)* » s'applique également aux lois postérieures, on pourrait soutenir qu'il est possible d'agir en noxalité contre le maître, même au nom de l'esclave, puisqu'il est dit que lorsqu'une action est donnée contre le maître par la *lex Aquilia*, cela n'excuse pas l'esclave, mais impose un fardeau au maître. Pour notre part, nous nous sommes rangés à l'avis de Julien dont l'opinion est rationnelle, ainsi qu'à celui de Marcellus qui approuve Julien.

Le fragment³⁰² démontre en premier lieu le caractère indiscutablement noxal de l'*actio legis aquiliae*. Il donne également de précieuses indications sur l'imputabilité de l'acte au maître, démontrant que lorsque l'esclave agit comme bras de ce dernier, le maître peut être amené à répondre de son acte, comme s'il l'avait commis lui-même, privant par là le maître de procéder à la *noxiae deditio*. Mais surtout, dans la définition de l'*actio legis aquiliae*, le fragment est intéressant car il compare le régime noxal de la loi des XII Tables au système prévu par la *lex Aquilia* et démontre qu'il existe une filiation conceptuelle entre l'institution de la noxalité dans les tables et l'*actio legis aquiliae*.

Ulpien se range à l'opinion de Julien, en soutenant que le maître, sous l'angle de la *lex Aquilia*, répond tant en vertu de sa responsabilité personnelle que de la noxalité de son esclave. La connaissance qu'il possède des actes de son

302 Pour une analyse complète de ce fragment, voir von Lübtow, *Untersuchungen*, pp. 47-50 ; Winiger, *Damnum iniuria datum*, pp. 78-79.

esclave peut lui être imputée³⁰³. Ceci a pour effet que le maître ne disposera plus de la *noxiae deditio* pour se protéger de la conséquence des actes de son esclave, et qu'il devra répondre lui-même de l'action aquilienne qui pourra être dirigée contre lui, car considéré comme ayant la légitimation passive³⁰⁴.

E. L'intransmissibilité passive de l'action

Un aspect typiquement pénal de la *lex Aquilia* réside dans le fait que l'action est passivement intransmissible³⁰⁵. En d'autres termes, le lésé ne peut se retourner contre les héritiers de l'auteur, en cas de décès de celui-ci. Par contre, les successeurs du titulaire de la légitimation active sont autorisés à agir à la place de la victime décédée et, ainsi, à intenter une éventuelle action aquilienne. L'action aquilienne est ainsi activement transmissible.

L'applicabilité de la règle de l'intransmissibilité passive dans le cas de la *lex Aquilia* nous est connue par les deux fragments suivants :

Gaius, *Institutes*, IV,112

Non omnes actiones, quae in aliquem aut ipso iure competunt aut a praetore dantur, etiam in heredem aequae competunt aut dari solent : est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae [...].

Toutes les actions qui nous appartiennent contre quelqu'un, soit de plein droit, soit données par le préteur, ne nous sont pas données ou ne nous reviennent pas de la même manière contre l'héritier ; il existe en effet une règle de droit des plus certaines selon laquelle les actions pénales provenant de méfaits ne nous reviennent pas, ni ne nous sont données contre l'héritier, à l'exemple du vol, des biens volés avec violence, ou de l'action pour dommage injuste.

303 Paulus, D. 9,2,45 : « *Scientiam hic pro patientia accipimus, ut qui prohibere potuit teneatur, si non fecerit.* » Nous considérons ici comme « sachant », la personne qui a toléré, de sorte qu'elle devra répondre, si elle ne l'a pas fait, alors qu'elle aurait pu l'empêcher.

304 Winiger, *Damnum iniuria datum*, N. 16, p. 152.

305 Winiger, *Damnum iniuria datum*, pp. 152-153.

Le texte de Gaius semble poser le postulat selon lequel toute action pénale a pour effet d'entraîner l'intransmissibilité passive de l'action. Dans sa vision, l'*actio damni iniuria* côtoie l'*actio furti* ou l'*actio iniuriarum*. Ulpien reprend la même règle, mais la nuance, en énonçant que l'action est pénalement intransmissible, sauf enrichissement de l'héritier de l'auteur :

Ulpianus, D. 9,2,23,8

Hanc actionem et heredi ceterisque successoribus dari constat : sed in heredem vel ceteros haec actio non dabitur, cum sit poenalis, nisi forte ex damno locupletior heres factus sit.

Il convient que cette action soit accordée à l'héritier, de même qu'à ses autres successeurs : mais cette action n'est pas donnée contre un héritier ou ses autres successeurs, car elle est pénale, à moins que, par hasard, l'héritier ait été rendu plus riche par la [survenance] du dommage.

Cette impossibilité de principe de l'intransmissibilité passive de l'*actio legis aquiliae* qui ne trouve dans aucun texte son infirmation marquée, à notre sens³⁰⁶, une de ses caractéristiques importantes et dénote un certain aspect pénal (*cum ea actio sit poenalis*), dans la mesure où l'auteur se retrouve seul et personnellement responsable de son acte, à moins qu'il ne se soit enrichi par la survenance du dommage. Le fragment démontre également que ce raisonnement se centre sur le *damnum*, appréhendé de manière économique et abstraite, sans qu'il soit expressément fait mention de la chose détruite (*nisi forte ex damno locupletior heres factus sit*).

³⁰⁶ Le régime prévu par le droit classique romain peut surprendre, car il est en contradiction flagrante avec les régimes prévus par les divers ordres juridiques modernes d'Europe continentale qui prévoient tous, à l'instar de l'art. 560 al. 2 du Code civil suisse, que les héritiers sont responsables des dettes du défunt. Selon Zimmermann, *Law of obligations*, pp. 1020-1021, la responsabilité des héritiers pour les dettes du *de cuius* remonterait au droit canonique qui soumettait la rémission du péché du défunt à son rachat par les héritiers.

F. Le régime de la solidarité

Un autre aspect pénal de la *lex Aquilia* se manifeste dans le fait que la victime du dommage peut cumuler les différentes indemnités qui lui sont versées par les différents auteurs, ce qui peut l'enrichir. Cette règle se retrouve chez Julien. Celui-ci pose le principe selon lequel lorsqu'un esclave est tué par les coups de plusieurs auteurs, sans que l'on puisse savoir qui a porté le coup fatal, tous doivent répondre du dommage, sans révéler que cette solidarité relève de la nature pénale de la *lex Aquilia* :

Iulianus, D. 9,2,51,1

*Si quis servo mortiferum vulnus inflixerit eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuendum est utrumque eorum lege Aquilia teneri*³⁰⁷.

Ulpien reprend en s'y référant la règle de solidarité énoncée par Julien, mais insiste sur le côté pénal que peut prendre la solidarité : en effet, ce que l'un aura payé ne sera pas déduit des sommes que les autres coauteurs devront individuellement acquitter³⁰⁸.

Ulpianus, D. 9,2,11,2

Sed si plures servum percusserint, utrum omnes quasi occiderint teneantur, videamus. Et si quidem apparet cuius ictu perierit, ille quasi occiderit tenetur : quod si non apparet, omnes quasi occiderint teneri Iulianus ait, et si cum uno agatur, ceteri non liberantur : nam ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena.

Mais, si plusieurs personnes ont frappé un esclave, il convient de se demander s'ils seront tous tenus comme s'ils l'avaient presque tué. S'il

307 Pour une analyse de ce fragment, sous l'angle du calcul de l'indemnité, ainsi qu'une traduction, voir *infra* p. 129.

308 Von Lübtow, *Untersuchungen zur Lex Aquilia*, pp. 58-59 ; Zimmermann, *Law of obligations*, p. 973.

est possible de déterminer par le coup duquel il est mort, celui-ci répondra comme s'il l'avait presque tué : par contre, s'il n'est pas possible de le déterminer, Julien a dit que tous seraient responsables, comme s'ils l'avaient presque tué, et si [le lésé] agit contre l'un, les autres ne seront pas libérés : il résulte en effet de la *lex Aquilia* que ce que l'un a payé ne revient pas à l'autre, car il s'agit d'une action pénale.

Cette règle vise en premier lieu plutôt à régler de délicates questions de causalité ou d'influence des fautes respectives. Elle est sévère, probablement dans le but de permettre au lésé de pouvoir diriger son action contre le plus grand nombre de responsables possibles. Toutefois, cette règle est d'importance en matière de détermination du dommage, parce qu'elle démontre que l'*actio legis aquiliae* est perçue par Ulpien comme pénale également du fait que les auteurs se retrouvent individuellement responsables vis-à-vis de leur victime³⁰⁹. L'indemnité est dès lors vue comme possédant une fonction punitive et dissuasive, à la manière d'une réelle *poena*.

L'interprétation d'Ulpien peut effectivement laisser supposer que le paiement de l'indemnité relève plus de l'amende que de l'indemnité³¹⁰. À notre sens, s'il convient de ne pas nier l'emploi de l'expression *cum sit poena* par Ulpien, qui traduit vraisemblablement le fait que l'indemnité renfermait un certain aspect pénal, la discussion juridique sur la nature de l'indemnité payable au lésé dans le cadre de la *lex Aquilia* reste axée sur la volonté d'indemniser le lésé qui est appréhendée par la notion de *damnum* et non de *poena*. Notre avis est que ce fragment isolé d'Ulpien ne peut servir de base pour affirmer que la *lex* renferme un aspect d'ordre uniquement pénal, mais témoigne plutôt d'une certaine fluctuation dans l'utilisation des termes *damnum* et *poena*.

309 Nörr, *Causa mortis*, pp. 188-189.

310 Dans ce sens, von Lübtow, *Untersuchungen zur Lex Aquilia*, p. 58. Ce qui pourrait laisser supposer que cette pénalité n'a rien à voir avec la notion de *damnum* d'ailleurs non mentionnée dans le fragment.

G. La légitimation active

1. La légitimation active du propriétaire

Selon la lettre des chapitres I et III de la *lex Aquilia*, seul le propriétaire (*dominus* ou *erus*) de l'esclave ou de l'animal, ou respectivement de l'objet détruit, est à même de pouvoir intenter l'*actio legis aquiliae*. Ces chapitres parlent de *dominus*, marquant l'attachement de cette loi à la défense des intérêts du propriétaire juridique du bien. La pertinence de cette règle est confirmée par Ulpien :

Ulpianus, D. 9,2,11,6

Legis autem aquiliae ero competit, hoc est domino.

Or l'action de la *lex Aquilia* appartient au *erus*, c'est-à-dire au propriétaire (*dominus*).

Ainsi, l'*actio legis aquiliae* est par exemple à la disposition du mari dont l'épouse a percé les perles qu'il lui avait remises sans son autorisation ou contre sa volonté, cela pendant le mariage, et même après la dissolution du lien conjugal³¹¹.

De même l'*actio legis aquiliae* appartient aux copropriétaires, à hauteur de leurs quotes-parts respectives, que l'auteur ait tué ou blessé l'esclave³¹².

Dans le même élan, selon Julien,³¹³ le propriétaire évincé d'un esclave ayant fait l'objet d'un endommagement causé sans droit devra, en même temps

311 Ulpianus, D. 9,2,27,30 : « *Si cum maritus uxori margaritas extricatas dedisset in usu eaque invito vel inscio viro perforasset, ut pertusis in linea uteretur, teneri eam lege Aquilia, sive divertit sive nupta est adhuc.* »

312 Ulpianus, 9,2,19 : « *Sed si communem servum occiderit quis, Aquilia teneri eum Celsus ait : idem est et si vulneraverit.* » ; Ulpianus D. 9,2,20 : « *Scilicet pro ea parte, pro qua dominus est qui agat.* »

313 Iulianus, D. 9,2,11,7 : « *Si in eo homine, quem tibi redhibiturus essem, damnum iniuria datum esset, Iulianus ait legis Aquiliae actionem mihi competere meque, cum coepero redhibere, tibi restitutum.* » ; la même solution est retenue chez Ulpianus, D. 19,1,13,12.

qu'il restitue l'esclave à son propriétaire légitime, lui céder l'action aquilienne rattachée à la propriété de l'esclave (*cum coepero redhibere, tibi restitutum*).

2. L'extension de la légitimation active au moyen des actions *utilis* et *in factum*

Les juriconsultes romains ont progressivement étendu la légitimation active de l'action aquilienne à d'autres titulaires que le propriétaire à l'instar de l'héritier ou du créancier gagiste. Pour ce faire, le prêteur a élargi le cercle des titulaires au moyen des *actiones utiles* et *in factum* que l'on peut regrouper sous le terme de *actiones ad exemplum legis Aquiliae*³¹⁴.

La jurisprudence s'est montrée très souple pour considérer également comme propriétaire l'héritier qui n'avait pas encore été appelé à succéder, de même que tous les héritiers avant qu'ils n'aient pu accepter la succession du titulaire du bien endommagé :

Pomponius, D. 9,2,43

Ob id, quod ante quam hereditatem adires damnum admissum in res hereditarias est, legis Aquiliae actionem habes, quod post mortem eius, cui heres sis, acciderit dominum enim lex Aquilia appellat non utique eum, qui tunc fuerit, cum damnum daretur nam isto modo ne ab eo quidem, cui heres quis erit, transire ad eum ea actio poterit neque ob id, quod tum commissum fuerit, cum in hostium potestate esses, agere postliminio re-versus poteris : et hoc aliter constitui sine magna captione postumorum liberorum, qui parentibus heredes erunt, non poterit. eadem dicemus et de arboribus eodem tempore furtim caesis.

Tu as une action basée sur la *lex Aquilia*, car avant que tu n'aies pu accepter la succession, un dommage a été causé qui se sera produit après la mort de celui dont tu es l'héritier ; en effet, la *lex Aquilia* n'appelle de toute façon pas seulement *dominus*, celui qui l'était au moment où le dommage a été infligé. S'il en était ainsi, cette action ne pourrait

314 Pichonnaz, *Fondements romains du droit privé*, p. 539.

assurément pas passer du défunt à son héritier, ni être exercée après son retour par celui qui était en captivité de guerre auprès de l'ennemi quand le dommage a été causé. Et cela ne se pourrait sans constituer une grande injustice pour les descendants, héritiers posthumes de leurs parents. Et nous disons qu'il en va de même des arbres qui auront été coupés en secret pendant la même période.

Le raisonnement allègue que la légitimation active suit le bien endommagé³¹⁵. En effet, l'interprétation de la *lex Aquilia* opérée par Pomponius énonce que le dommage subi, même avant que l'héritier n'ait été appelé à succéder (*post mortem eius cui heres sit, acciderit dominum*) peut faire l'objet d'une indemnisation, et partant, conférer la légitimation active à l'héritier (*dominum enim lex Aquilia appellat non utique eum, qui tunc fuerit, cum damnum daretur*). La jurisprudence se veut large dans la définition de qui peut être appelé propriétaire/*dominus*, mais reste néanmoins relativement fortement attachée au critère réel de la propriété. Pomponius part du principe selon lequel un *damnum*, au sens économique, a été infligé à la succession, et qu'il n'est que justice que le nouveau propriétaire puisse défendre son bien. C'est pour cette raison qu'il convient de lui conférer la légitimation active.

L'interprétation de la *lex Aquilia* va plus loin encore, puisque Pomponius mentionne encore que le prisonnier de guerre, à son retour, pourra également agir sous l'angle de cette loi, au moment où il prendra connaissance du dommage. L'interprétation vise ainsi à assurer au lésé la possibilité de faire valoir ses droits de la manière la plus large possible, afin de ne pas tomber dans l'injustice (*sine magna captione*) en le discriminant par rapport à celui qui est directement témoin de l'endommagement de son bien. Pomponius place au centre de son raisonnement la volonté de permettre matériellement au lésé de défendre son patrimoine, puisqu'il prend comme analogie avec l'*actio legis aquiliae*, l'*actio de arboribus furtim caesarum*, autre action issue de la loi

315 Winiger, *Damnum iniuria datum*, p. 152.

des XII Tables³¹⁶, qui se positionne comme nous l'avons vu dans le sillage des actions visant à indemniser la valeur économique du bien.

La jurisprudence a, par extension, étendu ce principe³¹⁷ décidant d'accorder l'*actio legis aquiliae*, voire une *actio utilis* ou *in factum*, aux personnes qui ne bénéficiaient pas directement de l'*actio legis aquiliae*, eu égard à leur absence de qualité de propriétaire. Cette extension se base sur une prise en compte étendue du patrimoine du lésé faisant notamment référence aux notions d'*utilitas* et d'*interesse*.

Dans le même ordre d'idée, une *actio utilis* sera accordée au créancier gagiste dont la valeur du gage est devenue nulle, suite à la mort de l'esclave placé en gage.

Paulus, D. 9,2,30,1

Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse eius, quod debitor solvendo non sit aut quod litem tempore amisit, quaeritur. sed hic iniquum est et domino et creditori eum teneri. nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem iniuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem et quod sit amplius consecuturus sit ab eo, vel ab initio in id, quod amplius sit quam in debito, debitori dandam actionem : et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori, ipsi autem debitori in id quod debitum excedit competit aquiliae actio.

Si un esclave mis en gage a été tué, le débiteur (le propriétaire de l'esclave) aura une action (basée sur la *lex Aquilia*). Mais est discutée la question de savoir s'il faut accorder au créancier gagiste une *actio utilis*, parce qu'il peut également avoir un intérêt (*interesse*) si le débiteur n'est pas solvable, ou s'il a laissé passer le délai de cette action (vraisemblablement l'action au fond est prescrite, et il ne subsiste pour le

316 Voir *supra* § 5. B, p. 44. Il s'agit en fait de l'*actio de arboribus succisis*. Pomponius confond vraisemblablement l'action de la loi des XII Tables avec l'action honoraire.

317 Winiger, *Damnum iniuria datum*, pp. 151-152.

créancier gagiste qu'une obligation naturelle qu'il peut faire valoir par la réalisation du gage en sa possession). Mais il est injuste que l'auteur du dommage soit tenu à la fois envers le maître et le créancier gagiste. Cela n'est pas vrai si l'on pense que dans cette affaire, aucune injure (*iniuria*) n'aura été faite au débiteur, car ce que le créancier aura obtenu servira à libérer le débiteur, qui pourra exiger du créancier ce qu'il aura obtenu en sus de sa dette, ou que dès le début, le débiteur se voit accorder l'action aquilienne, pour ce qui va au-delà de sa dette. Ainsi, dans ces cas dans lesquels une action est donnée au créancier en raison de l'insolvabilité du débiteur, ou parce qu'il a laissé passer le délai pour intenter son action, le créancier aura une action aquilienne jusqu'à la hauteur de sa dette, comme il sera utile pour ce débiteur, et le débiteur aura l'action aquilienne pour ce qui dépasse la hauteur de sa dette.

Le fragment pose une question difficile de nature très technique.

On est en présence d'un rapport obligationnel triangulaire improprement dit au sein duquel deux personnes peuvent agir sous l'angle de la *lex Aquilia*. Le débiteur (propriétaire de l'esclave tué) et le créancier gagiste qui n'est pas propriétaire mais qui possède un intérêt (*interesse*) à obtenir le dédommagement équivalent à sa sûreté réelle perdue par la faute de l'auteur du meurtre de l'esclave.

L'avis de Paul illustre que la *lex Aquilia* n'avait pas de fonction pénale en ce qui concerne le montant de la somme dont le débiteur avait à s'acquitter. Au contraire et selon lui, le premier chapitre de la *lex* vise à protéger l'auteur de l'acte en ne lui faisant payer qu'une seule fois la totalité de la valeur la plus élevée de l'esclave.

Si l'on prend l'exemple que A (débiteur) met son esclave en gage auprès de B (créancier gagiste) pour garantir une dette de 100, et que la valeur la plus élevée de l'esclave dans l'année précédant sa mort est de 150, il ne serait pas équitable que C (à savoir l'auteur du dommage par acte illicite) doive payer 150 à A et 100 à B.

Dès lors, C sera engagé envers B à hauteur de 100 et de A à hauteur de 50.

Le fragment démontre ainsi que, dans la *lex Aquilia*, même si la valeur de l'objet détruit pouvait être estimée de manière plus élevée que ce qu'elle valait réellement au moment de la survenance du dommage, cette valeur d'estimation visait à protéger le propriétaire de l'esclave pour lui garantir la possibilité de racheter un bien de même valeur, plutôt que de punir l'auteur de l'acte en lui imposant de payer plus que ce qu'il avait en réalité détruit.

En revanche, centrale est la question de l'*interesse*. Ce concept est mentionné par Paul pour discuter de l'intérêt du créancier gagiste à intenter l'*actio utilis* (*sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse eius, quod debitor solvendo non sit aut quod litem tempore amisit*).

Ce qui est fondamental dans cet *interesse*³¹⁸, c'est qu'il se calcule de manière objective. Le créancier gagiste ne peut percevoir de l'auteur du dommage que la tranche de valeur qui se monte jusqu'à la hauteur de sa dette. Dès lors, cet *interesse* n'est pas absolu, il se borne à dédommager le créancier gagiste des conséquences de l'insolvabilité du débiteur A, mais en aucun cas à lui permettre d'obtenir plus que la valeur maximale de sa créance. Ce mode de calcul objective l'intérêt subjectif du créancier gagiste, dans un seul but de dédommagement. Ce fragment contient de manière implicite le principe selon lequel la victime du dommage ne doit pas se retrouver enrichie des suites de l'acte illicite.

H. Le concours d'actions entre la *lex Aquilia* et les autres actions concurrentes

La question du concours de l'*actio legis aquiliae* avec les autres actions représente une problématique intéressante. Elle permet en effet de déterminer la nature de cette action en ce sens que la manière dont le cumul de la prétention relative à l'*actio legis aquiliae* est perçu démontre que la *lex Aquilia* ne visait pas, dans ses effets, à punir l'auteur du dommage, mais, bien plus,

318 Pour une analyse en détail de la notion d'*interesse*, voir *infra* § 14, pp. 163 ss.

à allouer une indemnité au lésé correspondant à l'ampleur de sa réelle perte patrimoniale.

Le concours d'action entre l'*actio legis aquiliae* et les autres actions met en lumière le fait qu'en principe les deux actions ne peuvent se cumuler, ce qui a pour conséquence que matériellement, il existe une concurrence élective entre elles³¹⁹. Cette concurrence fait ressortir que le calcul rétroactif dans l'année constitue une règle de droit matériel visant à permettre une indemnisation idoine du lésé plutôt qu'une règle destinée à punir l'auteur du dommage. Si l'*actio legis aquiliae* renfermait un côté pénal, le supplément résultant du calcul rétroactif de la *lex Aquilia* devrait encore pouvoir être exigé par le demandeur³²⁰.

La jurisprudence tend à démontrer le principe de la concurrence élective de l'*actio legis aquiliae* avec les autres actions. L'auteur ne doit en principe s'acquitter qu'une seule fois de l'indemnité au lésé.

Ainsi, le possesseur d'un esclave appartenant à une succession indivise qui aura tué celui-ci sans droit, répondra alternativement de l'*actio legis aquiliae* ou de l'action en possession d'hérédité³²¹, ce qui aura pour conséquence qu'il ne devra s'acquitter qu'une seule fois de la valeur de l'esclave, bien que les deux actions ne possèdent point le même mode de calcul.

Le principe de la concurrence élective de l'*actio legis aquiliae* est encore mieux illustré par le concours de celle-ci avec la *rei vindicatio* :

319 Von Tuhr, p. 4 ; Cannata, *Sul testis*, p. 35.

320 Von Tuhr, p. 4.

321 Paulus, D. 5,3,36,2 : « [...] *sed Pomponius ait actorem debere eligere, utrum velit sibi eum condemnari, ut caveat se non acturum lege Aquilia, an malit integram sibi esse actionem legis Aquiliae omissa eius rei aestimatione a iudice. [...]* » (Mais Pomponius a dit que le demandeur doit choisir s'il veut que l'auteur soit condamné en offrant la garantie qu'il n'agira pas sous l'angle de la *lex Aquilia* ou s'il préfère la laisser intacte en demandant au juge de ne pas procéder à l'estimation de la chose.)

Ulpianus, D. 6,1,13 et 14

13. *Non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta, rationem iudex habere debet: finge enim debilitatum hominem vel verberatum vel vulneratum restitui: utique ratio per iudicem habebitur, quanto deterior sit factus. Quamquam et legis Aquiliae actione conveniri possessor possit: unde quaeritur an non alias iudex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae. Et Labeo putat cavere petitem oportere lege Aquilia non acturum, quae sententia vera est.*

14. *Quod si malit actor potius legis Aquiliae actione uti, absolvendus est possessor. Itaque electio actori danda est, non ut triplum, sed duplum consequatur.*

13. Le juge devra avoir à l'esprit non seulement la restitution de la chose, mais encore le fait qu'elle ait été détériorée : supposons en effet, qu'un homme mutilé, blessé ou battu soit restitué : en tout cas, le juge prendra en considération de combien [l'esclave] aura perdu de valeur, bien que le possesseur puisse également agir sous l'angle de la *lex Aquilia*. Dès lors, il convient de se demander si le juge ne doit pas estimer le dommage des autres [actions], tant que l'action aquilienne n'aura pas été abandonnée. Et Labéon pense que le demandeur devrait donner des sûretés pour garantir le fait qu'il n'agira pas sous l'angle de la *lex Aquilia*. Cette opinion est juste.

14. Par contre, si le demandeur préfère agir sous l'angle de la *lex Aquilia*, il y a lieu d'acquitter le possesseur. C'est pourquoi un choix doit être accordé au demandeur, de sorte qu'il puisse agir au double, et non au triple.

À notre sens, le fragment d'Ulpien illustre une situation dans laquelle le possesseur de mauvaise foi³²² nie sa responsabilité dans la diminution de valeur de l'esclave. Ainsi, le propriétaire de celui-ci a le choix entre la *rei vindicatio* qui lui assure en principe la contre-valeur de la chose de même que ses im-

³²² Même si le fragment ne dispose pas que le possesseur est de mauvaise foi, ce fait va de pair avec la condamnation au double du possesseur de mauvaise foi qui nie sa responsabilité sous l'angle de la *lex Aquilia*. En ce sens, Behrends, Knütel/Kupisch/Seiler, *Corpus iuris civilis Uebersetzung*, ad D,6,1,13.

penses, ses accessoires, ses fruits intermédiaires et d'autres indemnités³²³, ou l'*actio legis aquiliae* qui pourra se monter au double, car vraisemblablement, l'auteur nie sa responsabilité. Le fragment discute ainsi de la concurrence des deux actions, et pose le postulat clair selon lequel les deux actions ne peuvent pas concourir et que l'auteur doit choisir laquelle des deux il entend exercer. Comme le remarque Kaser³²⁴, le fragment décrit le cas dans lequel une restitution en nature n'est plus possible, car la chose est endommagée ou a perdu toute sa valeur. C'est pour cette raison que peut survenir une question de délimitation entre les deux actions qui prévoient toutes deux une évaluation *quanti ea res est*. La position claire d'Ulpien affirmant que le lésé pourra agir au double et non au triple équivaut à proscrire économiquement l'addition de la contre-valeur des deux actions. Ce fragment écarte ainsi l'aspect pénal du mode de calcul de l'*actio legis aquiliae* qui ne peut pas se combiner avec la contre-valeur de la *rei vindicatio*³²⁵. En d'autres termes, le lésé ne peut prétendre à la valeur du double prévue par la *lex Aquilia* et à la valeur du simple prévue par la *rei vindicatio*. De manière identique avec le fragment de Paul, D. 5,3,36,2, le lésé devra, lorsqu'il agit par une action connexe à la *lex Aquilia*, s'acquitter de sûretés (*cautio*) attestant du fait qu'il n'agira pas également sous l'angle de la *lex Aquilia*³²⁶.

Il en va de même dans le concours entre l'*actio legis aquiliae* et l'action basée sur le commodat, à savoir le prêt à usage³²⁷. Le fragment d'Ulpien part du principe qu'un objet (vraisemblablement un véhicule) a été prêté à deux comodataires, débiteurs conjoints du prêt. L'objet est détruit par l'un d'eux. Le commodant peut agir naturellement contre les deux cocontractants solidairement, ou contre l'un des deux seulement³²⁸. Les difficultés commencent

323 Girard, *Traité élémentaire*, p. 369 ; Schmidlin/Cannata, *Droit privé romain*, pp. 210-211 ; Honnold, *Römisches Recht*, p. 70.

324 Kaser, *Quanti ea res est*, p. 35.

325 À des fins de simplification, Ulpien ne prend vraisemblablement pas en compte le fait que la valeur alléguée de la chose sujette à *rei vindicatio* peut être surévaluée par le demandeur ; Schmidlin/Cannata, *Droit privé romain*, p. 210.

326 Von Lübtow, et les références citées, mettent en doute le caractère « classique » d'une telle institution.

327 Ulpianus, D. 13,6,7,1.

328 Le principe résulte du fragment d'Ulpien précédent D. 13,5,15, avant-dernière phrase, posant le principe que le commodant peut agir alternativement contre chacun des commoda-

selon qu'il décide d'agir contre le commodataire qui n'a causé aucun dommage, ou contre le seul responsable du dommage à la chose.

Dans la première hypothèse, le commodant ne peut naturellement agir contre le commodataire non responsable de la survenance du dommage que sous l'angle de l'*actio commodati*, puisque le commodataire n'a pas causé le dommage et ne répond que sous l'angle contractuel. Selon Ulpien, la question de savoir si le commodant devra céder³²⁹ l'*actio legis aquiliae* au défendeur doit se poser, afin de pouvoir offrir l'*actio legis aquiliae* en action récursoire contre l'auteur de l'endommagement de la chose³³⁰.

Dans le même élan, Ulpien considère que si le commodant agit contre le commodataire qui a causé le dommage à la chose, il serait juste de considérer (*aequissimum*) que, par l'exercice de l'*actio commodati*, il renonce à exercer l'*actio legis aquiliae*³³¹. La question est tranchée par Ulpien qui affirme que si le commodant devait agir par les deux actions, il devrait déduire dans le cadre de l'*actio legis aquiliae*, ce qu'il a perçu dans le cadre de l'*actio commodati*³³².

taires pour la totalité du prêt, tant en raison de leur dol, de leur faute, ou de leur diligence. De même si l'un s'exécute, son action a pour effet de libérer l'autre : « *Sed esse verius ait et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere : quare duo quodammodo rei habebuntur et, si alter conventus praestiterit, liberabit alterum et ambobus competit furti actio.* »

329 Avec von Tuhr, p. 6, nous doutons de la possibilité de céder une partie de l'action aquilienne, cession qui n'est attestée dans aucune autre source, et estimons qu'il s'agit plutôt de l'œuvre d'un compilateur.

330 Ulpianus, D. 13,6,1 *ab initio* : « *Sed si legis aquiliae adversus socium eius habuit commodator actionem, videndum erit, ne cedere debeat, si forte damnum dedit alter, quod hic qui convenitur commodati actione sarcire compellitur.* » (Mais si le commodant dispose d'une action aquilienne contre l'associé de celui-ci [du commodataire] il faut se demander s'il ne doit pas la céder, a fortiori si c'est son associé qui a causé le dommage, et que c'est sous l'angle du prêt qu'il est contraint de dédommager.

331 Ulpianus, D. 13,6,7,1 *in medio* : « *Nam et si adversus ipsum habuit Aquiliae actionem commodator, aequissimum est, ut commodati agendo remittat actionem.* » Par contre si c'est contre celui-ci [qui a causé le dommage] contre lequel le commodant dispose de l'action aquilienne, il serait juste, qu'en agissant par le commodat, il renonce à l'action aquilienne.

332 Ulpianus, D. 13,6,7,1 *in fine* : « *Nisi forte quis dixerit agendo eum e lege Aquilia hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati consecutus est : quod videtur habere rationem.* » (À moins que l'on dise que lorsqu'il agira par la *lex Aquilia*, ce qu'il aura [déjà] reçu de l'*actio commodati* sera déduit. Ce qui est raisonnable.)

Cette longue discussion démontre qu'en principe, le cumul des deux actions n'est pas possible eu égard à la finalité répersécutoire de l'*actio legis aquiliae*. À considérer qu'il le soit, il conviendra de déduire de l'*actio legis aquiliae* ce qui aura déjà été perçu dans le cadre de l'*actio commodati*. La discussion démontre qu'il n'est jamais laissé la moindre place à une quelconque réserve en faveur de celui qui agit par une action contractuelle, afin de lui permettre de prétendre, en sus, au supplément pénal rétroactif qui trouve sa source dans l'action aquilienne³³³.

La situation est identique dans le concours entre l'*actio locati* et l'*actio legis aquiliae*, l'exercice d'une action empêchant l'exercice de l'autre³³⁴.

Il en va de même³³⁵ en matière de concours entre les actions basées sur le gage, et sur le contrat de dépôt. Le demandeur doit choisir entre l'action *legis aquiliae* et l'action topique.

Bien que le fragment ne mentionne pas clairement l'*actio legis aquiliae* dont l'applicabilité résulte directement de l'état de fait, le concours électif d'actions entre l'*actio pro socio* et l'action basée sur la *lex Aquilia* pour le meurtre ou la blessure d'un esclave gérant une partie des affaires de la société³³⁶ est imposé au demandeur. Le fragment est précieux, car l'exclusion du concours est motivée uniquement par le fait que l'*actio pro socio*, comme l'*actio legis aquiliae* sont répersécutoires et non pénales, comme l'est l'*actio furti* (*actio*

333 Von Tuhr, p. 4.

334 Ulpianus, D. 9,2,27,11, exemple dans lequel un esclave a mis le feu aux bâtiments faisant l'objet d'un contrat de location : « [...] et si uno iudicio res esset iudicata, altero amplius non agendum » (et si l'affaire est jugée sur la base d'un jugement, on ne pourra pas agir par l'autre [action].)

335 Gaius, D. 13,6,18,1 : « Sive autem pignus sive commodata res sive deposita deterior ab eo qui acceperit facta sit, non solum istae sunt actiones, de quibus loquimur, verum etiam legis Aquiliae : sed si qua earum actum fuerit, aliae tolluntur. » (Si la chose a été remise en gage, a fait l'objet d'un commodat, ou d'un dépôt et a été rendue de moindre valeur par celui qui l'avait acceptée, les actions dont nous avons parlé seront à disposition, de même que l'*actio legis aquiliae* : mais si l'on a fait usage de l'une, les autres sont exclues.) Nous rejoignons l'avis de von Tuhr, p. 5 (N. 7) qui considère que les autres actions se réfèrent aux différentes actions de la *lex Aquilia* (actions basées sur deux chapitres, contre celui qui nie, actions noxales) pour expliquer le pluriel *aliae tolluntur*.

336 Ulpianus, D. 17,2,49 : « Si hoc facto societatem laesit, si verbi gratia negotiatorem servum vulneraverit vel occidit. »

ad rei persecutionem respicit, non ut furti ad poenam dumtaxat)³³⁷. Le juge de l'*actio locati* est même tenu *ex officio* de n'accorder qu'une seule des actions³³⁸.

Cette théorie selon laquelle l'*actio legis aquiliae* ne renfermerait pas un supplément de valeur résultant de sa période de calcul rétrospective sur la plus haute valeur, se retrouve toutefois infirmée par un fragment de Paul, qui, comme un *deus ex machina*, sème le trouble dans l'esprit de l'exégète :

Paulus, D. 44,7,34,2

Hinc de colono responsum est, si aliquid ex fundo subtraxerit, teneri eum condicione et furti, quin etiam ex locato : et poena quidem furti non confunditur, illae autem inter se miscentur. et hoc in legis aquiliae actione dicitur, si tibi commodavero vestimenta et tu ea ruperis : utraque enim actiones rei persecutionem continent. et quidem post legis aquiliae actionem utique commodati finietur : post commodati an aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur : sed verius est remanere, quia simplio accedit : et simplio subducto locum non habet.

Ainsi, par rapport à un locataire, il a été répondu que si celui-ci a volé une partie du fonds, il répondra tant sous l'angle de la *condictio*, de l'*actio furti*, et de l'action basée sur la location, et alors que la peine

337 Paulus, D. 17,2,50 : « *Sed actione pro socio consequitur, ut altera actione contentus esse debeat, quia utraque actio ad rei persecutionem respicit, non ut furti ad poenam dumtaxat.* » (Mais il résulte de la nature de l'*actio pro socio*, qu'il [l'associé] devra se satisfaire de l'autre action, parce que les deux actions sont répersécutoires, et ne sont pas pénales comme l'*actio furti*.)

338 Paulus, D. 19,2,43 : « *Si vulneraveris servum tibi locatum, eiusdem vulneris nomine legis Aquiliae et ex locato actio est, sed alterutra contentus actor esse debet, idque officio iudicis continetur, apud quem ex locato agetur.* » (Si tu as blessé un esclave qui t'avait été loué, il existe en raison de cette blessure une action sous l'angle de la *Lex Aquilia* et de celui du contrat de location, mais le demandeur devra se contenter de l'une des deux, et ce fait devra être constaté d'office par le juge qui est saisi de l'action basée sur la location.) La même règle est applicable dans le cas où le locataire a endommagé un arbre faisant partie du bien loué ouvrant de ce fait le champ à l'*actio locati*, l'*actio legis aquiliae*, l'action *arboris furtim caesarum* basée sur la loi des XII Tables, et à l'interdit *quod vi aut clam*. Le lésé ne pourra agir qu'au moyen d'une des actions, et ce fait devra être constaté par le juge saisi de l'*actio iudicati* ; Paulus, D. 19,2,25,5 : « *Ipse quoque si exciderit, non solum ex locato tenetur, sed etiam lege Aquilia et ex lege duodecim tabularum arborum furtim Caesarum et interdicto quod vi aut clam : sed utique iudicis, qui ex locato iudicat, officio continetur, ut ceteras actiones locator omittat.* » ; sur la problématique, Cannata, *Sul testo*, p. 35.

résultant de l'*actio furti* n'est pas fusionnée avec les autres, toutes les autres se combinent entre elles. On peut en dire de même de l'action basée sur la *lex Aquilia* lorsque je t'ai prêté par commodat des habits et que tu les as déchirés : en effet, les deux actions sont réipersécutaires. Et alors que l'action basée sur le commodat aura pris fin après l'exercice de l'action aquilienne, il est discuté de savoir si, après l'exercice de l'*actio commodati*, l'action aquilienne peut encore être exercée en ce qui concerne la répétition de la valeur supérieure comprise dans la période] de 30 jours : mais il est plus vrai de dire qu'elle [cette valeur] subsiste, parce qu'elle s'ajoute au simple de la valeur et qu'il n'y a pas lieu d'opérer une déduction par rapport au simple de la valeur.

Von Tuhr³³⁹ soutient que l'interprétation de Paul est caractéristique d'une interprétation tardive et fautive³⁴⁰ de la *lex Aquilia* qui aurait servi de modèle à Justinien³⁴¹ pour affirmer dans ses *Institutiones* que le calcul rétrospectif de la plus haute valeur peut prendre quelquefois matériellement l'aspect d'une peine. Il convient plutôt de relever qu'en sept cents ans de jurisprudence, la conception de la législation aquilienne a pu évoluer, non sans remarquer que le fragment de Paul ne discute en tout cas jamais du caractère pénal du mode de calcul de la *lex Aquilia*, mais compare bien plus celle-ci à l'*actio locati* ; en effet, toutes deux comportent un côté réipersécutaire (*utraeque enim actiones rei persecutionem continent*) par rapport à l'*actio furti* dont le mode de calcul est clairement pénal. Nous pensons également qu'Ulpien accepte ledit cumul entre l'*actio commodati* et l'*actio legis aquiliae*, car la valeur comprise dans le cadre de la *lex Aquilia* se calcule au simple de celle-ci et non à un multiple de sa valeur, à l'instar de ce que prévoit l'*actio furti*. Ce raisonnement pourrait paradoxalement remettre en cause le côté pénal de la loi aquilienne, puisque le surplus de valeur est clairement considéré comme faisant partie de l'indemnité, et non d'une volonté de punition comme pour les actions pénales.

339 Von Tuhr, p. 7 : « Wir glauben [...], dass diese neue Theorie auf einer Verkennung des Wesens der aquilischen Wertschätzung beruht. »

340 Von Lübtow, *Untersuchungen zur lex Aquilia*, p. 74, considère que le fragment n'a presque rien d'authentique et dénie le fait qu'il reflète l'état du droit classique.

341 *Institutiones*, 4,6,19 et 4,3,9.

§ 12. Le *damnum* dans l'*actio legis aquiliae*

A. Le I^{er} chapitre : *occidere*

1. La lettre du I^{er} chapitre

Le I^{er} chapitre de la *lex Aquilia* prévoit que le propriétaire de l'esclave ou du quadrupède de troupeau tué aura droit à l'indemnisation de la plus haute valeur qu'avait atteint l'objet dans l'année ayant précédé la mort de l'esclave ou de l'animal :

Gaius, D. 9,2,1,2

Lege Aquilia capite primo cavetur ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto.

Une partie de la doctrine³⁴² propose de « corriger » le texte de Gaius en ce qui concerne le premier chapitre³⁴³. L'argument est qu'il faudrait remplacer *dominus* par *erus*, eu égard au terme initial supposé de la *lex Aquilia*. Cette discussion ne nous semble rien apporter de déterminant sous l'angle matériel. Il est à notre sens au contraire plus pertinent de relever que le I^{er} chapitre n'emploie pas le terme *damnum* comme le fait le III^e chapitre. Il utilise, bien plus, une

³⁴² Von Lübtow, *Untersuchungen*, p. 26 ; Winiger, *Damnum iniuria datum*, p. 24.

³⁴³ En se basant sur Ulpianus, D. 9,2,11,6 ; cf. *supra* § 11 G p. 108.

expression rituelle *damnas esto* pour démontrer non seulement l'effet obligatoire de la condamnation pécuniaire qu'impose cette loi³⁴⁴, mais encore et surtout pour marquer le fait qu'il s'agit d'une obligation de nature délictuelle. Il s'ensuit que le 1^{er} chapitre fait référence au paiement d'une somme d'argent, et à la différence de ce que prévoyait encore la législation des XII Tables avec l'expression de *noxiam sarcire*, le règlement ne peut plus s'effectuer en nature. Le montant de l'indemnité se calculera désormais par rapport à la valeur qu'avait la chose pour le propriétaire, ce qui ressort de l'emploi de l'expression *quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino esto*.

Ce chapitre ne pose pas de difficultés particulières en ce qui concerne la détermination des actes qui entraînent l'application des sanctions prévues³⁴⁵ ; car, contrairement à ce que nous montrera notre étude du chapitre III, la notion d'*occidere* dans le cadre de son effet sur l'esclave ou l'animal détruit est claire et ne peut pas prêter à interprétation³⁴⁶. La mort a pour conséquence de mettre fin aux fonctions vitales de la chose ainsi que par conséquent à

344 Nous rejoignons pour notre part entièrement l'analyse récente de Cannata, *Sul testo*, p. 55 : « Questo è il senso della formula legislativa "si qui occiderit (damnum faxit), ero (domino) dare damnas esto" : per il fatto di aver distrutto una cosa altrui, il soggetto in questione è tenuto (damnas esto) a pagare la somma al proprietario della cosa. Da formule come 'CL poenal subito' 'XXV poenae sunt' (tab. 8,4), 'noxiam sarcito' (presumibile per tab. 8, 14) e simili espressioni decemvirali, si distacca il 'dare damnas esto' aquiliano, che riprende la formula impiegata per il legato obbligatorio. Esse viene così ad esprimere che l'autore dell'illecito non è assoggettato ad una pena pecuniaria, ma è gravato dall'obbligazione di pagare una somma di danaro. » La formule *damnas esto* traduit ainsi l'influence encore importante de la législation décemvirale. Mais l'emploi de la formule *damnas esto* dans le cadre du 1^{er} chapitre de la *lex Aquilia* ne vise plus à imposer une peine pécuniaire comme dans le cas d'un arbre coupé ou d'un membre brisé, mais à marquer le fait qu'un lien de nature obligationnelle est créé entre l'auteur du dommage et la victime, lien qui aura pour effet que l'auteur du dommage devra payer la contre-valeur de la chose : « La sua pena consiste dunque non nella somma di danaro, bensì nell'obbligazione di pagarla. Il legislatore aquiliano inventa dunque l'obbligazione da delitto, con l'idea del sorgere di un credito equivalente al valore della cosa distrutta a favore del proprietario di questa. » ; Cannata, *Sul testo*, pp. 35-36 ; la formule *damnas esto* marque ainsi de manière extrêmement moderne la naissance de l'obligation de nature délictuelle qui impose à l'auteur le paiement d'une indemnité qui ne se calcule plus de manière abstraite, mais en fonction de la valeur de l'objet détruit.

345 Pour une casuistique relative aux cas d'*occidere*, voir Iul. D. 9,2,51,pr. ; Ulp. D. 9,2,27,1 ; Ulp. D. 29,5,1,17.

346 Au contraire de la définition des actes qui sont réputés avoir causé la mort. Cette discussion ouvre le champ à de difficiles questions de causalité, d'imputabilité ou de solidarité à l'instar du fragment Iul. D. 9,2,51,pr., mais qui ne concernent pas notre sujet ; voir Nörr, *Causa mortis*, pp. 160 ss ; Schebitz, *Berechnung*, pp. 50 ss.

sa valeur et son utilité³⁴⁷. Elle entraîne à l'évidence un dommage total de la chose qui prive l'esclave ou l'animal tué de toute valeur économique pour son propriétaire. Dès lors, la perte économique est indiscutable en cas de décès de l'animal ou de l'esclave et constitue une sévère atteinte d'ordre patrimoniale qui est appréhendée par la *lex Aquilia*³⁴⁸.

L'intérêt de ce mode de calcul prenant en compte la valeur dans l'année précédente réside en ce qu'il s'éloigne du système des sommes fixes prévues par la législation décenvirale³⁴⁹. Au contraire, le système de la *lex Aquilia* prévoit le paiement d'une somme qui a pour but d'indemniser le propriétaire de l'animal ou de l'esclave de la perte qu'il a subie. Il convient de remarquer que ce système, aussi novateur soit-il, ne prend pas en compte l'intérêt subjectif propre du lésé, mais vise à accorder une indemnisation sur la base de la valeur objective de la chose, soit la valeur la plus élevée dans l'année, pour tout propriétaire de la chose détruite. En effet, comme le remarque pertinemment Kaser, le calcul rétrospectif de la valeur de la chose a forcément pour corollaire que l'intérêt subjectif propre du lésé n'est pas pris en compte, mais plutôt le prix du marché de la chose³⁵⁰. Ce n'est que plus tard, par le biais d'interprétations et d'extensions jurisprudentielles que les juristes dégageront les notions d'intérêt subjectif.

C'est dès lors dans ce cadre que l'on doit se demander quel est le but de ce calcul rétrospectif de 360 jours. Quelle fonction avait-il ?

³⁴⁷ Zimmermann, *Law of obligations*, p. 985.

³⁴⁸ Le droit romain ne connaît pas l'institution de la compensation *lucri cum damno*. Ainsi, la valeur de boucherie d'une vache tuée n'est pas déduite de l'indemnité payée au propriétaire de l'animal. La compensation *lucri cum damno* est une création du droit moderne inspirée par le droit canon ; Zimmermann, *Law of obligations*, p. 827.

³⁴⁹ Honoré, *Linguistic and social context*, p. 147 : « A more promising approach is to view the legislation in its economic context. Its main point is to substitute for the fixed penalties of the earlier law an assessment of damages based on the value of the thing killed or the actual loss suffered through burning, breaking or tearing another's property. »

³⁵⁰ Kaser, *Quanti ea res est*, p. 168 : « Dass in der Tat ursprünglich sowohl bei der Klage *ex cap. I* wie *ex cap. III* nur die zerstörte oder beschädigte Sache selbst nach ihrem gemeinen Wert abzuschätzen war und nicht das Interesse, ist zwar aus den Quellen nicht mehr sicher erweislich, aber unbestritten. »

Nous avons vu qu'une doctrine plus ancienne y voyait un des aspects pénaux³⁵¹ de la *lex Aquilia*. Si l'on ne peut exclure que la volonté de punition de l'auteur ait été dans une certaine mesure présente lors de la rédaction de cette législation, nous émettons plutôt l'hypothèse que ce large délai de calcul visait à assurer au propriétaire de pouvoir récupérer la contre-valeur monétaire de l'esclave ou du quadrupède de troupeau dont il venait d'être privé³⁵², en d'autres termes de percevoir une indemnité suffisante pour pouvoir racheter le même bien.

Ainsi le délai de 360 jours avait pour but de protéger l'auteur contre les fluctuations des prix du marché des animaux et des esclaves, et d'éviter que le propriétaire ne soit contraint d'accepter la contrepartie monétaire de son bien, à une époque où les prix étaient très bas. Dans le même élan, on émettra l'hypothèse que vu les conditions sanitaires et d'hygiène précaires de l'époque, un esclave affecté au travail des champs, ou une bête de somme vouée à des tâches de labour pouvaient être en mauvaise santé au moment de leur décès. L'auteur du dommage aurait pu tenter d'en tirer profit en n'indemnisant le propriétaire qu'à hauteur de la valeur résiduelle de la chose, l'empêchant d'acheter un bien identique et en bon état sur le marché. Par la prise en compte de la plus haute valeur de la chose, la *lex Aquilia* protège le lésé contre de tels arguments.

Deuxièmement, comme le relève Zimmermann³⁵³, l'esclave ou l'animal ne mourait pas toujours immédiatement des suites de ses blessures. Souvent, la mort pouvait survenir quelques jours ou quelques mois après que l'esclave ou l'animal a été grièvement blessé. La prise en compte de la valeur la plus élevée dans l'année visait à garantir une indemnisation effective au propriétaire qui ne devait ainsi pas se contenter de la valeur réduite d'un esclave blessé au moment de sa mort³⁵⁴. De même, elle épargnait au lésé l'obligation d'apporter la preuve stricte de la valeur de la chose sur le marché, et le protégeait

351 Voir § 11. C *supra*.

352 Dans le même sens, Kaser, *Quanti ea res*, p. 168.

353 Zimmermann, *Law of obligations*, p. 962.

354 Hausmaninger, *Schadenersatzrecht*, p. 30.

également contre les fluctuations de prix³⁵⁵. Cette prise en compte servait ainsi à couper court à ce genre d'arguments qui auraient pu être invoqués par l'auteur du dommage. Comme nous allons le voir immédiatement dans la discussion de la jurisprudence, le calcul rétrospectif dans l'année permettait une indemnisation effective du lésé, mais pouvait également conduire à une surindemnisation de la victime, notamment si l'animal ou l'esclave était déjà blessé ou malade au moment où il recevait la blessure fatale.

2. La discussion en jurisprudence

i) *Les problèmes de computation*

Le calcul du *dies a quo* de la période d'une année pose déjà, malgré l'apparente simplicité de la règle, certains problèmes de computation. La jurisprudence a eu à résoudre ce genre de difficultés. Ulpien, dans un célèbre fragment, expose la controverse qui est née entre les visions différentes de Julien et de Celse :

Ulpianus, D. 9,2,21

Ait lex : « Quanti is homo in eo anno plurimi fuisset. » Quae clausula aestimationem habet damni, quod datum est.

(1) *Annus autem retrorsus computatur, ex quo quis occisus est :*

quod si mortifere fuerit vulneratus et postea post longum intervallum mortuus sit, inde annum numerabimus secundum Iulianum, ex quo vulneratus est, licet. Celsus contra scribit.

La loi dit : « La valeur la plus haute que cet homme aura valu dans l'année précédente. » Cette clause a [défini] l'estimation du dommage qui a été infligé.

(1) L'année se calcule rétroactivement, à partir de la date à laquelle il a été tué. Mais si quelqu'un a été mortellement blessé, et qu'il meurt

³⁵⁵ Hausmaninger, *Schadenersatzrecht*, p. 31 ; von Tuhr, p. 3.

après un long intervalle de temps, on doit calculer (la valeur) à partir de la date à laquelle il a été blessé. Celse est d'un autre avis.

Ulpian, de manière liminaire, comble la lacune initiale du premier chapitre de la *lex Aquilia* en disposant clairement que la clause d'estimation contenue a pour but d'estimer le dommage qui a été infligé (*quae clausula aestimationem habet damni, quod datum est*). Il dépasse le cadre de l'ancienne formule de la loi *damnas esto*, en employant le terme de *damnum*, dans son acception économique et juridique. La problématique soulevée par Ulpian a trait à la date à partir de laquelle il convient de se placer pour calculer rétroactivement le délai d'une année. La question était ainsi discutée en ce sens que Julien pensait que la date de la blessure mortelle devait servir de point de départ, alors que pour Celse, c'est la date de la mort de l'esclave qui était déterminante³⁵⁶.

Ulpian discute également la problématique connexe, soit des cas dans lesquels l'esclave enfant tué n'avait pas encore atteint l'âge d'une année :

Ulpianus, D. 9,2,23,7

Si infans sit occisus nondum anniculus, verius est sufficere hanc actionem, ut aestimatio referatur ad id tempus, quo intra annum vixit.

Si un enfant a été tué avant qu'il n'ait encore atteint l'âge d'une année, le plus juste est de dire que l'estimation de cette action se fera en se référant à l'époque de l'année où il vivait.

Selon Ulpian, dans ces cas, il convient de se référer à la valeur de l'esclave au moment où il a été tué, et non à une valeur hypothétique qui présumerait que l'enfant esclave a au moins vécu une année. Son raisonnement permet de déduire la nature du dédommagement prévu par l'action aquilienne, en ce sens qu'il démontre que le calcul rétrospectif dans l'année a pour objet de garantir une indemnisation idoine au propriétaire, et ne comporte pas de but de

³⁵⁶ Nörr, *Causa mortis*, pp. 183 ss ; Schebitz, *Berechnung*, p. 61 ; Winiger, *Damnum iniuria datum*, pp. 139-140.

punition de l'auteur du dommage, puisqu'Ulpien ne recrée pas artificiellement une valeur plus élevée en posant la fiction d'une durée de vie d'une année.

ii) *Le calcul matériel de l'indemnité*

Le célèbre cas d'un peintre démontre que le mode de calcul rétrospectif dans l'année pouvait avoir comme effet de contraindre l'auteur à payer une plus grande indemnité que le montant réel du dommage qu'il avait effectivement causé :

Ulpianus, D. 9,2,23,3

Idem Iulianus scribit aestimationem hominis occisi ad id tempus referri, quo plurimi in eo anno fuit et ideo et si pretioso pictori pollex fuerit praecisus et intra annum, quo praecideretur, fuerit occisus, posse eum Aquilia agere pretioque eo aestimandum, quanti fuit priusquam artem cum pollice amisisset.

De même, Julien écrit que l'estimation d'un esclave tué ne doit porter en arrière que sur la période pendant laquelle celui-ci a valu le plus ; et pour cette raison, si le pouce d'un esclave peintre de grande valeur a été coupé, et que dans l'année où le pouce a été coupé, l'esclave a été tué, son propriétaire pense qu'il peut agir au sens de la loi Aquilia et faire estimer l'esclave à la valeur qui était la sienne avant la survenance de la perte de son pouce.

Le fait que l'opinion de Julien soit énoncée, sans qu'Ulpien ne mentionne qu'il rejoint son avis, laisse à penser que la solution de ce problème n'était pas si limpide, qu'elle devait encore être débattue, et constituer ainsi la source de discussions nourries en doctrine.

Un autre fragment d'Ulpien, qui s'inscrit dans le cadre de la même discussion, permet toutefois de lever tous les doutes sur la réponse à apporter à la question de savoir quelle valeur accorder à un esclave qui aurait déjà perdu une partie de sa valeur au moment de la survenance de la blessure :

Ulpianus, D. 9,2,23,5

Sed et si bonae frugi servus intra annum mutatis moribus occisus sit, pretium id aestimabitur, quanto valeret, priusquam mores mutaret.

Mais si un bon esclave adopte de mauvaises mœurs dans l'année et est tué, le prix devra être estimé en tenant compte de ce qu'il valait avant qu'il n'ait changé de mœurs.

Ce fragment démontre que, pour Ulpien, le calcul de la plus haute valeur de l'esclave ne s'opérait pas le jour de la lésion, mais à la plus haute valeur que celui-ci avait durant l'année, peu importe que celle-ci ait été plus basse au moment de l'atteinte.

La vision ainsi consacrée par le droit classique indemnise le lésé à la plus haute valeur qu'a acquise la chose détruite, en tenant compte d'une valeur fictive que celle-ci n'aurait pas eue sur le marché. Cette règle se retrouve énoncée par Ulpien dans le fragment suivant qui témoigne de la volonté classique de procéder parfois à l'établissement de règles de portée plus générale et dépassant la simple casuistique ponctuelle :

Ulpianus, D. 9,2,23,6

In summa omnia commoda, quae intra annum, quo interfectus est, pretiosorem servum facerent, haec accedere ad aestimationem eius dicendum est.

En général, tout ce qui rendait l'esclave plus précieux, dans l'année précédant celle où il a été tué, doit être rajouté à la valeur de cet esclave.

Une dernière problématique de nature fort complexe est soulevée par les problèmes de causalité outrepassante (*überholende Kausalität*)³⁵⁷, à l'instar des situations dans lesquelles un esclave, qui a déjà été mortellement blessé par un premier agresseur, se retrouve victime d'une seconde agression causée par un auteur différent :

³⁵⁷ Below, *Haftung für lucrum cessans*, pp. 10-11 ; Winiger, *Damnum iniuria datum*, p. 140 ; Hausmaninger, *Schadenersatzrecht*, p. 19.

Iulianus, D. 9,2,51,pr.

[...] Sed lege Aquilia is demum teneri visus est, qui adhibita vi et quasi manu causam mortis prae buisset, tracta videlicet interpretatione vocis a caedendo et a caede. rursus Aquilia lege teneri existimati sunt non solum qui ita vulnerassent, ut confestim vita privarent, sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset aliquem vita excessurum. igitur si quis servo mortiferum vulnus inflixerit eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuendum est utrumque eorum lege Aquilia teneri.

En revanche, doivent être considérés comme ayant tué au sens de la loi aquilienne, non seulement ceux qui ont blessé de manière à priver tout de suite quelqu'un de la vie, mais encore ceux qui, par la blessure qu'ils ont infligée, ont provoqué une mort certaine. Donc si quelqu'un a infligé une blessure mortelle à un esclave et que, dans l'intervalle, une autre personne le blesse de nouveau de manière à ce qu'il meure plus vite que des suites de la première blessure, on peut dire que chacun des deux doit répondre au sens de la loi aquilienne.

Julien poursuit alors son raisonnement, en donnant la motivation suivante :

Iulianus, D. 9,2,51,1

Idque est consequens auctoritati veterum, qui, cum a pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non appareret, cuius ictu perisset, omnes lege Aquilia teneri iudicaverunt.

Ceci est confirmé par l'autorité des anciens juristes qui considéraient que lorsqu'un esclave avait été blessé de cette manière par plusieurs auteurs, sans qu'on puisse déterminer par le coup duquel il avait péri, ils avaient jugé que tous répondaient au sens de la loi aquilienne.

Le fragment insiste alors sur le rapport de solidarité qui existe entre les différents auteurs d'un dommage. Lorsque plusieurs personnes ont contribué à tuer le même esclave, sans que l'on ne puisse déterminer qui a porté le coup fatal, toutes répondent du dommage. Le fragment est surtout intéressant au niveau de la causalité. En effet, un auteur qui n'a que peu participé à la survenance du dommage sera néanmoins tenu à réparation, du fait qu'il a pris part

à l'entreprise commune. Below³⁵⁸ remarque que le fragment ne discute pas de savoir si le premier auteur qui avait blessé l'esclave répond sous l'angle de la plus haute valeur dans les 30 jours au sens du chapitre III, ou si l'on considère qu'il a commis un *occidere* au sens du I^{er} chapitre.

Le fragment tente ainsi de donner une définition plus abstraite de la notion de solidarité. Il ne se penche plus que sur la problématique de savoir qui répond du dommage, sans inscrire la survenance de ce dommage dans un cadre précis. C'est véritablement le § 2 qui est d'importance pour l'étude de la problématique du dommage :

Iulianus, D. 9,2,51,2

Aestimatio autem perempti non eadem in utriusque persona fiet nam qui prior vulneravit, tantum praestabit, quanto in anno proximo homo plurimi fuerit repetitis ex die vulneris trecentum sexaginta quinque diebus, posterior in id tenebitur, quanti homo plurimi venire poterit in anno proximo, quo vita excessit, in quo pretium quoque hereditatis erit. eiusdem ergo servi occisi nomine alius maiorem, alius minorem aestimationem praestabit, nec mirum, cum uterque eorum ex diversa causa et diversis temporibus occidisse hominem intellegatur. quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet longe absurdus constitui neutrum lege Aquilia teneri aut alterum potius, cum neque impunita maleficia esse oporteat nec facile constitui possit, uter potius lege teneatur. multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest : unum interim posuisse contentus ero. cum plures trabem alienam furandi causa sustulerint, quam singuli ferre non possent, furti actione omnes teneri existimantur, quamvis subtili ratione dici possit neminem eorum teneri, quia neminem verum sit eam sustulisse.

Mais, dans le cas proposé ci-dessus, l'estimation de l'esclave tué n'est pas la même pour la personne de chacun des deux auteurs. En effet, la personne qui a blessé l'esclave en premier devra payer la valeur maximum de l'esclave dans l'année précédente, en remontant du jour de la blessure au 365^e jour, le second sera tenu de payer la valeur maximum

358 Below, *Haftung für lucrum cessans*, p. 15.

de l'esclave dans l'année précédant sa mort, dans laquelle sera aussi compris le prix de la succession. En conséquence, par rapport au même esclave tué, l'un fournira une estimation plus grande, l'autre une estimation plus petite, et ce n'est pas étonnant, car chacun des deux doit être considéré comme ayant tué l'esclave en des temps différents et pour une cause différente. Si quelqu'un trouve cette décision absurde, qu'il pense qu'il serait de beaucoup plus absurde de considérer qu'aucun des deux auteurs, ou que seul l'un des deux, soit soumis à l'action aquilienne, du fait qu'aucun méfait ne doit demeurer impuni, et qu'il n'est pas facile de déterminer lequel des deux a plus de raison d'être soumis à l'action de la loi. Mais il est possible de prouver, par de multiples exemples, que le droit civil a accepté pour l'utilité commune de nombreuses solutions qui vont à l'encontre d'un raisonnement polémiste. Je serai content de pouvoir en démontrer un : lorsque plusieurs auteurs soulèvent la poutre d'un tiers, dans l'intention de la voler, alors qu'ils n'auraient pu la porter seuls, on a estimé que tous les auteurs tombaient sous le coup de l'*actio furti* ; quoique l'on pourrait dire, par un raisonnement subtil qu'aucun des auteurs ne devrait être tenu, car en vérité, aucun n'aurait pu soulever la poutre tout seul.

L'auteur qui a tué l'esclave avant qu'il n'ait été institué héritier devra, en vertu du premier chapitre, s'acquitter de la valeur maximum de l'esclave dans l'année précédant la date de la blessure (et non de la mort de l'esclave survenue quelque temps après). Pour le premier auteur le cas est classique, et ne s'éloigne nullement du calcul de la valeur objective de l'esclave, au sens du chapitre premier de la *lex Aquilia*.

Par contre, le second auteur devra s'acquitter de la valeur objective de l'esclave, soit le plus haut prix dans l'année qui a précédé la mort de celui-ci (*quanti homo plurimi venire poterit in anno proximo quo vita excessit*). Mais il devra surtout s'acquitter du supplément correspondant à la valeur de la succession (*in quo pretium quoque hereditatis erit*). Le *quo* fait ici référence au *quanti homo venire poterit* ; le *quanti homo venire poterit* au *quanti ea res* du chapitre premier de la *lex Aquilia*. Le *pretium hereditatis* sera ajouté aussi au

prix de l'esclave³⁵⁹. L'adverbe *quoque* laisse entendre que la valeur de la succession est rattachée objectivement à celle de l'esclave et non au patrimoine du maître de l'esclave. La vision de Julien lie ainsi objectivement la valeur de la succession à celle de l'esclave, ce qui donnerait à penser que n'importe quel propriétaire de l'esclave aurait pu se faire dédommager de la perte de cette succession³⁶⁰ et qu'il s'agit dès lors d'un dommage objectif.

La suite du fragment consiste en une discussion technique de Julien qui vise à justifier la solution consistant à faire payer chacun des auteurs, pour une valeur différente, quand bien même ils ont chacun contribué à la mort du même esclave. Selon le juriste, il serait absurde de ne rendre responsable aucun des auteurs, ou seulement l'un des deux³⁶¹.

La solution proposée par Julien est pragmatique. Il affirme que ne soumettre que l'un des auteurs ou aucun d'entre eux à la rigueur de l'action aquilienne est injuste et artificiel. Comme aucun méfait ne doit demeurer impuni (*neque impunita maleficia esse oporteat*), il sied de condamner le comportement fautif. Dès lors, il devient difficile de n'en condamner qu'un seul et il faut condamner l'un et l'autre à réparer le dommage.

Comme Julien admet que ce raisonnement va peut-être à l'encontre de la « raison de l'homme de la rue », il se justifie encore, à l'instar de ce que pratiquent toujours certaines juridictions suprêmes près de deux millénaires plus tard. Le droit civil a accepté, pour l'utilité commune³⁶², de nombreuses solutions qui vont à l'encontre d'un raisonnement polémiste.

359 Below, *Heredis institutio*, p. 17, et les références citées, pour qui le *pretium hereditatis* est un élément accessoire de la valeur objective de l'esclave : « *Der Kläger [erhält] den entgangenen Gewinn nicht als Schadenersatz, sondern als accessorium des Wertes eines getöteten Sklaven.* »

360 Kaser, *Quanti ea res*, p. 151.

361 Hausmaninger, *Schadenersatzrecht*, p. 19.

362 Winiger, *Damnum iniuria datum*, p. 140 : « *Dans sa longue justification, il [Julien] préfère explicitement, en droit civil, l'utilité commune des jugements à leur rationalité juridique.* »

B. Le III^e chapitre : *damnum facere*

1. La lettre du III^e chapitre

Alors que le I^{er} chapitre de la *lex Aquilia* ne posait pas de problèmes majeurs en ce qui concerne le type de dommages qu'elle sanctionne (*occidere*), le troisième est d'une nature assurément plus complexe, puisqu'il prévoit, par la lettre de son texte, trois états de fait qui peuvent donner lieu à son application :

Ulpianus, D. 9,2,27,5

Tertio autem capite ait eadem lex aquilia : « Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos³⁶³ si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto. »

Il s'agit des cas où la chose a été soit brûlée (*urere*), brisée (*rumpere*) ou rompue (*frangere*). Le texte du III^e chapitre de la *lex Aquilia* est ainsi limité à trois états de fait et ne contient pas de caractère général de la notion de dommage, comme le prévoit l'actuel article 41 CO par exemple.

En effet, la survenance de ces trois états de fait constitue la création d'un dommage pour autrui *si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria*. À la différence du I^{er} chapitre de la *lex Aquilia*, le troisième emploie le terme de *damnum* dans sa signification juridique et économique.

³⁶³ Une importante partie de la doctrine a grandement mis en doute l'expression initiale du III^e chapitre *ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos* qu'elle estime être l'œuvre des compilateurs ou le résultat d'une interpolation typique de la formule si peu latine « praeter occisos » ; Pernice, *Zur Lehre von der Sachbeschädigung*, p. 14 ; Honoré, *Linguistic and social context*, pp. 138-139 ; à notre sens, ces arguments d'ordre purement hypothétique ne sont nullement décisifs.

Comme le résume Gaius³⁶⁴, l'action dommageable doit avoir été causée par une action physique exercée sur les choses protégées par la lettre de la *lex Aquilia*. Gaius place au centre de son raisonnement la notion de *damnum* qu'il considère comme étant l'aune à laquelle se mesure la nécessité d'accorder l'*actio legis aquiliae* ou l'*actio utilis*. Ces actions physiques peuvent prendre, selon la loi, trois formes, qui seront peu à peu étendues par la jurisprudence. C'est cette notion de *damnum* que nous allons tenter de saisir dans l'analyse des états de fait constituant le III^e chapitre.

Notre étude de la loi des XII Tables a permis de démontrer que les termes de *rumpere* (table VIII,2) et de *frangere* (table VIII,4) étaient déjà connus des juristes romains de l'époque archaïque³⁶⁵. En ce qui concerne *urere*, il est démontré que la table VIII,10 prenait en compte le fait d'incendier volontairement le grain ou la maison d'autrui. C'est dès lors sur ces termes que sont venus se greffer les états de fait couverts par la *lex Aquilia* qui visait à réunir en un seul texte de loi l'ensemble des états de fait dommageables pour autrui appréhendés par la législation décenvirale. L'extension créée par la doctrine vers la notion de *corrumpere* rendra inutile une telle liste exemplative, puisque c'est le dommage patrimonial qui sera considéré par la notion de *damnum*, avec pour conséquence d'accorder ou non une indemnité au lésé³⁶⁶.

i) *Urere*

La définition de l'état de fait d'*urere* ressort essentiellement de trois fragments d'Ulpien qui se situent en marge immédiate de la retranscription du texte du III^e chapitre de la *lex Aquilia* :

364 Gaius, *Institutes*, III,219 : « *Et placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit, ideoque alio modo damno dato utiles actiones dantur.* » (Et ainsi, il a été décidé qu'il y aurait matière à action selon cette loi [la *lex aquilia*], si quelqu'un, par une action physique (littéralement une action de son corps) a causé un dommage, alors que pour le dommage causé d'une autre manière, on accorde des actions utiles.)

365 Daube, *Noxa*, p. 42 ; von Lübtow, *Untersuchungen*, pp. 23-25.

366 Cf. *infra* § 13, *La restitution des pertes patrimoniales*.

Ulpianus, D. 9,2,27,6 :

Si quis igitur non occiderit hominem vel pecudem, sed usserit fregerit ruperit, sine dubio ex his verbis legis agendum erit. Proinde si facem servo meo obieceris et eum adusseris, teneberis mihi

Donc, si quelqu'un n'a pas tué un homme ou un quadrupède de troupeau, mais l'a brûlé, brisé ou rompu, il est possible, sans aucun doute, d'agir selon les mots de cette loi [en l'espèce le III^e chapitre]. En conséquence, si tu as jeté une torche contre mon esclave et que tu lui as causé des brûlures, tu répondras envers moi.

Ulpien poursuit la discussion en prenant l'exemple de l'incendie causé à la propriété immobilière, à l'instar de celui causé à une plantation d'arbres ou à une maison de campagne³⁶⁷. L'emploi du verbe *incendire* démontre que la terminologie n'était pas formaliste et que les jurisconsultes ne s'attachaient pas de manière rituelle à n'employer que le seul terme d'*urere*³⁶⁸.

En ce qui concerne les incendies, Ulpien considère également que celui qui aura brûlé la maison de son voisin alors qu'il voulait brûler la maison de son bailleur répondra tant à l'égard de son voisin que de son bailleur de l'action aquilienne³⁶⁹.

ii) *Frangere*

Le concept de *frangere* n'a pas donné lieu à une nombreuse jurisprudence³⁷⁰. Peut-être justement parce que la notion était limitée et ne visait que des ob-

367 Ulpianus, D. 9,2,27,7 : « *Item si arbustum meum vel villam meam incenderis, Aquiliae actione habebis.* » (De même, si tu as brûlé ma plantation d'arbres, ou ma maison de campagne, tu répondras par l'action aquilienne.) Le fragment se retrouve dans la *Collatio*, XII,7,1, *FIRA II*, p. 574, où la liste exemplative est complétée par l'*insula*, à savoir le pâté de maisons.

368 Winiger, *Damnum iniuria datum*, p. 51.

369 Ulpianus, D. 9,2, 27,8 ; *Collatio*, XII,7,3, *FIRA II*, p. 574.

370 Winiger, *Damnum iniuria datum*, p. 51 ; Hausmaninger, *Schadenersatzrecht*, p. 17.

jets fragiles, à l'instar du bris d'une coupe³⁷¹, ou d'une pierre³⁷². Initialement, pourtant, le terme était encore fréquemment³⁷³ associé, comme sous l'angle de la loi des XII Tables, à la fracture des os d'un esclave³⁷⁴, ou d'un cheval³⁷⁵.

Toujours selon Ulpien,³⁷⁶ enfoncer ou fracasser une porte pouvait donner lieu à l'action aquilienne telle que décrite au III^e chapitre. Le fragment est intéressant en ce sens qu'Ulpien emploie les verbes *infringere* et *confringere*, démontrant par là que l'emploi du terme *frangere* était, comme celui d'*urere*, d'une relative souplesse et non interprété de manière totalement stricte.

Le fait que la *fractio* se cantonne aux objets fragiles, et entraîne presque toujours comme conséquence la perte de valeur totale de la chose, explique à notre avis que le terme n'ait pas été plus discuté en jurisprudence.

iii) *Rumpere*

Contrairement à la notion de *frangere*, celle de *rumpere* a laissé la place à une abondante jurisprudence. Nous avons vu qu'elle remontait à la loi des XII Tables, et notamment au *membrum ruptum* qui était déjà sanctionné par la table VIII,2.

371 Ulpianus, D. 9,2,27,29, discute de la responsabilité du tourneur qui brise la coupe qu'il était chargé de sculpter.

372 Ulpianus, D. 9,2,27,33, traite de la responsabilité du transporteur qui brise une partie des pierres qu'il était chargé de transporter.

373 Comme le souligne Winiger, *Damnum iniuria datum*, p. 51, le fait que l'expression *frangere* désigne souvent initialement la fracture d'un os ne prouve absolument pas que toutes les *fractiones* aient initialement protégé les seuls êtres vivants.

374 Alfenus, D. 9,2,52,4, emploie l'expression *servus cecidit et crus fregit* pour dénier l'action aquilienne au maître d'un petit esclave ayant eu les jambes brisées par le joueur d'une partie de ballon qui, cherchant à « jouer le ballon » a, par mégarde, « joué l'esclave » ; sur ce fragment, Wacke, *Unfälle bei Sport*, pp. 16-17 ; Pernice pp. 54-55.

375 Iavolenus, 9,2,57.

376 Ulpianus, D. 9,2,27,31 : « *Si quis aedificii mei fores confregerit vel refrugerit aut si ipsum aedificium diruit, lege Aquilia tenetur.* » (Si quelqu'un a fracassé ou enfoncé ma porte ou détruit ma maison, il répondra de l'action aquilienne.)

Si Ulpien considère que le terme *rumpere* a toujours renfermé dès le début une acception large³⁷⁷, nous sommes plutôt enclins à penser que l'évolution du concept s'est effectuée au fil des siècles. L'extension de la notion semble d'abord avoir été liée aux lésions corporelles comme en atteste encore Ulpien à l'époque classique :

Ulpianus, D. 9,2,27,17

Rupisse eum utique accipiemus, qui vulneraverit, vel virgis vel loris vel pugnibus cecidit, vel telo vel quo alio, ut scinderet alicui corpus, vel tumorem fecerit, sed ita demum, si damnum iniuria datum est : ceterum si nullo servum pretio viliorum deterioreve fecerit, Aquilia cessat iniuriarumque erit agendum dumtaxat : Aquilia enim eas ruptiones, quae damna dant, persequitur. Ergo etsi pretio quidem non sit deterior servus factus, verum sumptus in salutem eius et sanitatem facti sunt, in haec mihi videri damnum datum : atque ideoque lege Aquilia agi posse.

Nous considérons que le terme de « rompre » s'appliquera à celui qui aura blessé, soit avec des verges, des courroies ou ses poings, avec une arme ou n'importe quel autre objet, de manière à couper le corps d'un autre, ou à lui causer une plaie, mais seulement à la condition qu'un dommage ait été infligé de manière illicite. Mais, si l'auteur a rendu l'esclave à un prix inférieur au marché³⁷⁸, la loi Aquilia ne trouve pas application. Le maître devra alors agir par le biais de l'*actio iniuriarum*. En effet, la loi aquilienne ne poursuit que ces blessures (*ruptiones*) qui causent un dommage. En conséquence, du moins, quoique l'esclave ne soit pas devenu meilleur marché en ce qui concerne son prix, en réalité, il convient de prendre en compte les dépenses effectuées (par le maître) pour le conserver et le guérir ; je pense que celles-ci peuvent être considérées comme un dommage infligé, et, pour cette raison, le maître peut agir au sens de la *lex Aquilia*.

³⁷⁷ Ulpianus, D. 9,2,27,13 : « *Inquit lex "ruperit". Rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt "corruperit".* » ; voir la traduction p. 25, note 53.

³⁷⁸ La traduction est difficile. Il est peu aisé de savoir si le *nullo pretio* se rattache à *servus* ou à *vilior deterioreve*. S'il se rattache à *servus*, on considère que l'esclave ne valait rien avant la survenance du *rumpere*. Si on le rattache à *vilior deterioreve*, on considère que le *rumpere* n'a rendu « en aucune valeur, moins cher ou plus mauvais l'esclave blessé ».

La définition d'Ulpien démontre que l'important n'est pas de savoir de quelle manière l'atteinte physique a été causée (acte commis *iniuria* ou sans droit), ni même de se demander quel type d'atteinte (coupure ou plaie) a été causée. L'accent est mis sur la survenance d'un dommage (*sed ita demum, si damnum iniuria datum est*), condition de l'admission de l'acte comme *ruptio*. Le fragment traduit cette évolution qui s'intéresse moins à la manière dont le résultat dommageable survient, mais insiste de manière radicale sur le dommage patrimonial du propriétaire de l'esclave. Il met en évidence la notion de *damnum* qui reflète l'atteinte patrimoniale causée et s'écarte du système rigide de la loi des XII Tables qui s'intéressait plus à la non-conformité de l'acte avec l'ordre juridique et, de manière uniquement marginale, au dommage subi par le propriétaire.

La catégorie *rumpere* sera naturellement aussi employée pour décrire des atteintes causées à des objets inanimés. La jurisprudence témoigne ainsi de cas de vêtements déchirés³⁷⁹, ou de la destruction d'un document³⁸⁰.

L'emploi de l'expression *quasi rumpere* traduit encore cette évolution de la notion. Brutus, cité par Ulpien, considère que l'avortement provoqué sans droit d'une esclave ou d'une jument ouvre l'action aquilienne :

Ulpianus, D. 9,2,27,22

Si mulier pugno vel equa ictu a te percussa eiecerit, Brutus ait Aquilia teneri quasi rupto.

Si une femme [esclave] ou une jument a été frappée par toi, de sorte qu'elle avorte, Brutus³⁸¹ dit que tu réponds de l'action aquilienne comme si tu [l'] avais rompue.

Le fragment étend dans leurs limites les plus extrêmes les notions de *rumpere* et s'attache à nouveau à permettre l'indemnisation d'un dommage qui n'au-

379 Paulus, D. 44,7,34,2, voir traduction p. 119.

380 Ulpianus, D. 47,2,27,3 : « *nam rupisse videtur qui corruptit* » (en effet, celui qui a corrompu le document est considéré comme l'ayant brisé). Le fragment démontre la souplesse de la notion de *rumpere*, qui englobe les cas de *corruptere*.

381 Jurisconsulte du II^e siècle av. J.-C., préteur en 142 ; Kunkel, *Römische Juristen*, p. 12.

rait pu tomber ni dans la catégorie d'*urere* ni dans celle de *frangere*, puisque l'atteinte est causée à la vie en devenir. Brutus, repris par Ulpien, considère que cet état de fait, si voisin de la *ruptio*, mérite une indemnisation, bien que le terme *damnum* ne soit pas employé. Selon nous, cela s'explique par le fait qu'Ulpien fait référence à la chose qui a perdu son fruit et non au patrimoine du propriétaire. Dans le cas de l'avortement causé sans droit, la jurisprudence est toutefois fluctuante. Un fragment ultérieur de Pomponius,³⁸² même s'il se réfère à Quintus Mucius Scaevola, considère sans discussion que l'avortement provoqué par les coups du propriétaire qui voulait chasser un jument de son fonds représente un cas de *rumpere* et non de *quasi rumpere*. Ce fragment montre par là que le terme de *rumpere* avait fini par s'imposer à tout dommage corporel qui ne tombait pas sous le coup des deux autres catégories d'*urere* et de *frangere*³⁸³.

Ce développement de l'expression *rumpere* annonce la création de la catégorie qui englobera tous ces éléments, le *corrumpere*. La souplesse factuelle induite par ces trois catégories, pouvant souvent se substituer l'une à l'autre³⁸⁴, montre que les jurisconsultes romains ne se sentaient pas ou peu liés par les définitions rigoureuses de la loi, mais qu'ils se sont concentrés sur le but de la *lex Aquilia*, à savoir permettre l'indemnisation du propriétaire dont la chose avait été endommagée ou détruite et accorder une indemnisation correspondante au lésé.

2. L'extension au *corrumpere*

La jurisprudence ne s'est pas longtemps satisfaite de la limitation contenue dans le terme *rumpere*. À partir de l'époque classique, grâce à l'ardeur méthodologique et casuistique des jurisconsultes, a émergé le concept de *cor-*

382 Pomponius, D. 9,2,39,pr. : « *Quintus Mucius scribit : equa cum in alieno pasceretur, in cogendo quod praegnas erat eiecit : quaerebatur, dominus eius possetne cum eo qui coegisset lege Aquilia agere, quia equam in iciendo ruperat. [...]* »

383 Sur la question, voir également Nörr, *Causa mortis*, pp. 130-131.

384 Winiger, *Damnum iniuria datum*, p. 52.

*rumpere*³⁸⁵ qui ne figure pas dans le texte original de la *lex Aquilia*. Comme le remarque Cannata³⁸⁶, *corrumpere* sera destiné à devenir en droit classique le terme qui donnera à la loi un aspect plus général, lui permettant d'englober tous les types d'atteintes, qu'elles entraînent une destruction totale de la chose ou une simple perte de valeur.

La notion de *corrumpere* trouvera son développement le plus important dans la définition de Celse, reprise par Ulpian.

Ulpianus, D. 9,2,27,15

Cum eo plane, qui vinum spurcavit vel effudit vel acetum fecit vel alio modo vitiavit, agi posse Aquilia Celsus ait, quia etiam effusum et acetum factum corrupti appellatione continentur.

Celse dit qu'assurément, l'on peut agir selon l'action aquilienne contre celui qui a souillé ou a répandu du vin, l'a transformé en vinaigre ou l'a gâté d'une autre manière, parce que même les notions de « répandre » et de « transformer en vinaigre » sont comprises dans l'appellation de « rompre ».

Cette définition démontre que la notion de *corrumpere* a été créée dans le but de permettre d'appréhender certains types d'états de fait dans lesquels on ne se trouve pas forcément en présence de la destruction d'une chose. Répandre du vin au sol a pour effet que le liquide devient impropre à la consommation, car le propriétaire ne peut plus le consommer, ou le vendre sous quelque forme que ce soit. Par contre, la substance du vin n'est pas forcément atteinte.

Ainsi, la jurisprudence considérera comme constitutif de corruption le fait pour un fonctionnaire (*magistratus municipales*) d'opérer un séquestre (*capere pignus*) en violation de la loi, si cela cause un dommage aux bêtes sé-

385 Selon Ernout/Meillet, p. 581, *corrumpere* a dû d'abord signifier « faire crever » : « Le terme s'est étendu ensuite à tout ce qui est susceptible de se gâter ou de se corrompre, sans que l'idée de "briser, rompre" ait été envisagée. »

386 Cannata, *Sul testo*, p. 48.

questrées (*res tritas corruptasque*)³⁸⁷. Il en va de même en cas de falsification ou d'effacement de documents qui a pour conséquence de causer un préjudice financier à leur propriétaire.³⁸⁸

Le caractère non limitatif des états de fait du III^e chapitre a eu pour résultat que la jurisprudence ne s'est plus sentie liée par les situations trop étroites énoncées par la lettre de la loi. Ulpien, se référant toujours à Celse, le reconnaît expressément et affirme que la création du terme *corrumpere* a modifié la portée matérielle du chapitre III de la *lex Aquilia* :

Ulpianus, D. 9,2,27,16

Et non negat fractum et ustum contineri corrupti appellatione, sed non esse novum, ut lex specialiter quibusdam enumeratis generale subiciat verbum, quo specialia complectatur : quae sententia vera est.

Et [Celsus] ne nie pas que les termes de brisé (*fractus*) et brûlé (*ustus*) sont contenus dans l'appellation de corruption (*corruptio*), mais cela n'est pas nouveau qu'une loi, après avoir énuméré des cas spéciaux, lui substitue un terme général qui saisisse les termes généraux. Cette opinion est juste.

Winiger³⁸⁹ souligne que l'extension vers le *corrumpere* a eu pour effet de donner au chapitre III de la loi aquilienne une portée plus générale qui n'était sûrement pas prévue par le caractère limitatif des trois états de fait initiaux. Cette évolution illustre le travail d'interprétation des juristes qui se sont efforcés de placer le *damnum* au centre de leur raisonnement juridique. Dès lors que la chose endommagée perdait tout ou partie de sa substance économique, la manière dont cette perte était survenue n'était pas déterminante.

³⁸⁷ Ulpianus, D. 9,2,29,7.

³⁸⁸ Ulpianus, D. 10,2,16,5 : « *Denique ait, si unus ex heredibus rationes hereditarias deleverit vel interleverit, teneri quidem lege Aquilia, quasi corruperit : non minus autem etiam familiae erciscundae iudicio.* » (Enfin, [Julien] dit que, si l'un des héritiers a effacé ou falsifié des documents relatifs à la succession, il répondra au sens de la *lex Aquilia* comme s'il les avaient corrompus ; mais il répondra également de l'action successorale.) ; voir également Ulpianus, 4,3,35, pour un autre cas de *corruptio* de testament, qui n'ouvre pas l'*actio legis aquiliae*, mais l'*actio de dolo*.

³⁸⁹ Winiger, *Damnum iniuria datum*, p. 53.

Il convenait également de ne pas permettre à l'auteur d'exciper que son acte ne tombât pas sous le coup des actes énumérés au III^e chapitre, alors que la chose avait été détruite ou endommagée³⁹⁰. Au contraire, l'important était d'assurer au lésé un dédommagement adapté à la perte économique subie. À cet effet, il fallait trouver un terme général qui permette d'englober l'ensemble des atteintes causées à une chose. C'est le mot *corrumpere*, directement issu de *rumpere*, qui trouvait déjà sa justification dans la loi des XII Tables, qui sera le dernier maillon de cette évolution visant à protéger le patrimoine du propriétaire suite à la destruction ou l'endommagement d'une chose, quelque soit la manière dont cette perte de valeur s'est opérée.

3. Les biens protégés par le III^e chapitre

Les difficultés commencent dès qu'il s'agit de se demander quels biens sont couverts par le III^e chapitre de la *lex Aquilia*. La doctrine n'a cessé de mettre en doute, d'attribuer à des erreurs de copistes, ou à des interpolations, l'ensemble de ce texte.

Certains doutent de la véracité des termes « *ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos* » qu'ils considèrent ne pas relever du texte original de la loi aquilienne. Un autre sujet de dispute que nous discuterons ci-après³⁹¹ a trait à la présence du terme *erit* que d'aucuns attribuent à une erreur de plume et que d'autres tentent de maintenir en tant qu'il consacrerait une méthode de calcul innovante. Selon nous, le texte de la loi doit être maintenu, sauf en ce qui concerne le terme *erit* que nous estimons être une erreur de copiste.

Gaius, dans ses *Institutes*, décrit clairement quels biens font l'objet d'une protection en droit classique et y inclut les objets animés et inanimés.

390 Zimmermann, *Law of obligations*, p. 985 : « But the significance of reading "*corrumpere*" into chapter three was to make irrelevant any enquiry into the type of physical result that had occurred. »

391 Voir *infra*, § 12.B.4.

Gaius, *Institutes*, 3,217

*Capite tertio de omni cetero damno cavetur. itaque si quis servum vel eam quadrupedem, quae pecudum numero est, vulneraverit sive eam quadrupedem, quae pecudum numero non est, velut canem, aut feram bestiam, veluti ursum, leonem, vulneraverit vel occiderit, hoc capite actio constituitur. In ceteris quoque animalibus, item in omnibus rebus, quae anima carent, damnum iniuria datum hac parte vindicatur*³⁹².

Selon Gaius, le texte du III^e chapitre couvre tous les autres dommages, soit ceux qui n'ont pas été causés à un esclave ou à un quadrupède de troupeau, à l'instar d'une bête sauvage, d'un chien ou d'un objet non vivant « *item in omnibus rebus, quae anima carent* ». C'est surtout cette inclusion des objets inanimés qui a abondamment nourri le débat doctrinal.

Une thèse originale de Daube, reprise par une partie importante de la doctrine³⁹³, a posé le postulat selon lequel le chapitre III de la *lex Aquilia* visait d'abord la protection des objets animés, les *res se moventes*, autres que ceux mentionnés au premier chapitre. Ce n'est que plus tard, par le jeu de l'interprétation, que son champ de protection s'est trouvé étendu aux objets inanimés.

D'autres, à l'instar de Jolowicz³⁹⁴, partent du postulat contraire, et estiment que le chapitre III ne s'est d'abord appliqué qu'aux choses inanimées, et que ce n'est qu'une extension ultérieure qui a permis qu'on l'appliquât également aux choses animées.

Si ces deux thèses peuvent sembler intéressantes de prime abord, elles ne résistent pas à un examen critique. En effet, premièrement, le texte clair de ce chapitre, nous le rapportent tant Gaius que Ulpien, ne fait nullement mention d'une telle évolution, comme le fait par exemple Gaius lorsqu'il discute de l'interprétation du concept de *rumpere*³⁹⁵. Deuxièmement, la jurisprudence ne

³⁹² Voir la traduction p. 92.

³⁹³ Bernard, *Loi Aquilie*, pp. 456-458 ; Cardascia, *La loi Aquilia*, pp. 59-60 ; Dias, *Obscurities*, p. 204 ; Hausmaninger, *Schadenersatzrecht*, p. 33 ; Iliffe, *Thirty days*, pp. 493-495.

³⁹⁴ Jolowicz, *Original scope*, pp. 221-223.

³⁹⁵ Dans ce sens, MacCormack, *Third chapter of the Lex Aquilia*, pp. 171-172.

fait pas allusion à une évolution de l'interprétation des conditions ; admettre une telle évolution reviendrait à se placer à une époque relativement pauvre en sources. Troisièmement, on ne voit pas en quoi le propriétaire d'un esclave qui s'était vu fracturé ou brisé un os aurait été couvert par la table VIII,2 ou VIII,3 et non plus par la *lex Aquilia*, dont le but est justement de réparer le dommage³⁹⁶.

Il y a plutôt lieu de considérer qu'en plaçant sur le même plan les autres biens du patrimoine, les auteurs de la loi aquilienne aient voulu assurer la protection la plus large possible de ce patrimoine, sans vouloir le limiter à un certain type de propriété. C'est pourquoi tous les types de dommages y ont été englobés³⁹⁷, dès son adoption, qu'il s'agisse des atteintes aux biens vivants, mobiliers, ou immobiliers.

4. Le délai de calcul « *quanti eas res (fu)erit* » ?

Le délai de calcul prévu par le troisième chapitre de la *lex Aquilia* a nourri également une intense polémique. En effet, des éléments certains manquent pour donner une réponse dénuée de toute ambiguïté à cette question, et Zimmermann a assurément raison lorsqu'il affirme que les problèmes posés par le calcul du délai de référence de l'évaluation du dommage dans le cadre de ce texte équivalent *de facto* à résoudre une équation qui comporte trop d'inconnues pour pouvoir être résolue avec certitude³⁹⁸.

Les opinions sont en tout cas unanimes en ce qui concerne le délai de calcul, à savoir l'écoulement d'une période de trente jours. Nul ne le remet en cause,

³⁹⁶ Gerke, *Geschichtliche Entwicklung*, p. 81 : « *Bereits die Zwölf-Tafelgesetze enthielten den Fall der Verletzung eines Sklaven ; daher ist kaum anzunehmen, dass die jüngere Lex Aquilia in ihrer ursprünglichen Fassung keine Klage bei blosser Beschädigung entweder von Sklaven oder ceterae res gewährt haben soll, zumal diese in älterer Zeit bedeutende Vermögensgüter darstellen.* »

³⁹⁷ Gerke, *Geschichtliche Entwicklung*, p. 62.

³⁹⁸ Zimmermann, *Law of obligations*, p. 966 : « *It may have become apparent by now that the third chapter of the lex Aquilia is like an equation with too many variables.* »

si ce n'est que certains auteurs se risquent à soutenir des théories parfois fantaisistes quant à son origine, voire à sa fonction³⁹⁹.

Les véritables difficultés découlent de la manière dont on décide d'appréhender cette période de calcul. Deux opinions peuvent être soutenues, selon que l'on accepte que le terme futur *erit* mentionné par Ulpien dans le premier texte reflète le sens exact du chapitre I de la *lex Aquilia* ou, qu'au contraire, il résulte d'une erreur de plume d'un copiste.

Daube soutient que *erit* exprime le sens premier et authentique de la loi aquilienne⁴⁰⁰ et que la période de calcul se détermine en faisant référence à l'avenir. Selon cet auteur, suivi par une importante partie de la doctrine⁴⁰¹, une blessure est par nature évolutive et il est impossible de savoir immédiatement si elle laissera des séquelles graves à un animal ou à un esclave blessé. C'est pourquoi il convient de ne poser un pronostic qu'après l'écoulement d'un délai de trente jours, afin d'être en mesure de chiffrer le dommage. Selon cette conception, le terme *plurimi* ne faisait pas partie du texte original du troisième chapitre, mais n'a été rajouté que par l'interprétation tardive de la *lex Aquilia*⁴⁰². Pour rendre son raisonnement fonctionnel, Daube suggère que *ea res* ne se réfère pas à la chose détruite⁴⁰³ mais, au contraire, qu'il désigne l'affaire en cause⁴⁰⁴, expliquant par là la présence du temps futur. Cet

399 Ainsi Kelly, *Reflections*, p. 241, sans fournir d'arguments sérieux dans les sources, soutient que la période de calcul de trente jours du III^e chapitre résulte de la période de temps à disposition de l'auteur pour s'acquitter de sa dette, avant de subir les rigueurs de la *manus inectio*.

400 Daube, *Third chapter of the Lex Aquilia*, pp. 257-258 : « Therefore the *lex Aquilia* lays down that damage is to be made good which comes out in the course of thirty days. That is to say : on the one hand, not only that damage which arises immediately is to be restored, but all damage appearing within thirty days. On the other hand, however, it is only this damage appearing within thirty days that the wrongdoer is liable for ; no further results are imputed to him. »

401 Bernard, *Loi Aquilie*, p. 457 ; Cardascia, *La loi Aquilia*, p. 62 ; Hausmaninger, *Schadenersatzrecht*, p. 32.

402 Hausmaninger, *Schadenersatzrecht*, pp. 32-33.

403 Daube, *Third chapter of the Lex Aquilia*, p. 257 : « In the edictal phrase *quanti ea res est* the words *ea res* always mean the case in question. *Quanti ea res* may be translated : the sum this affair comes to. »

404 Dans le même sens, Bernard, *Loi Aquilie*, pp. 454-455 ; Cardascia, *La loi Aquilia*, pp. 57-59.

auteur soutient ainsi que le troisième chapitre de la loi consacre le principe de l'intérêt du propriétaire à la chose, à savoir le principe de l'*interesse*⁴⁰⁵.

Nous suivons plutôt l'opinion émise par Jolowicz⁴⁰⁶ qui remarque que la prise en compte de l'*interesse* et de la plus haute valeur dans les trente jours est incompatible, car accorder à un lésé son *interesse* revient à le mettre dans la position qui aurait été la sienne si le dommage n'était pas survenu. Cette vision est ainsi inconciliable avec la prise en compte objective de la plus haute valeur dans les trente jours précédents, laquelle ne peut résulter d'une comparaison de deux états du patrimoine. Von Tuhr⁴⁰⁷ souligne justement que la chose détruite est évaluée objectivement, et que même dans le cadre de l'*interesse*, ce calcul s'opère à partir de la chose détruite.

Kaser⁴⁰⁸ et Gerke⁴⁰⁹ contestent cette manière de voir les choses. Selon eux, avant d'avoir recours à la méthode technique de l'*interesse*, les juristes ont utilisé celle du calcul objectif de la chose détruite. Ceci se retrouve encore renforcé par le fait que le calcul rétroactif de la plus haute valeur dans les trente jours se conçoit uniquement par rapport au calcul objectif de la valeur de la chose. Nous nous rangeons à cette analyse. En effet, la prise en compte de la plus haute valeur, indépendamment de l'utilité subjective de la chose pour le lésé, démontre que la *lex Aquilia* se basait sur une valeur objective qui était la même pour tout lésé, quelque soit l'utilité subjective de la chose pour le lésé.

Ce raisonnement qui tente de donner un véritable sens au terme *erit* est un argument qu'il convient de rejeter, en raison des sources et pour trois raisons. Premièrement, dans les deux autres occurrences où le texte du III^e chapitre de

405 Daube, *Third chapter of the Lex Aquilia*, p. 258 : « [...] compensation for wounding a slave is likely to become compensation of the *interesse*. » Dans le même sens, Hausmaninger, *Schadenersatzrecht*, p. 33 : « Nach der Formulierung des 3. Kapitels "quanti ea res erit" konnte der Kläger von vornherein Ersatz seines Interesses begehren. »

406 Jolowicz, *Original scope*, p. 225.

407 Von Tuhr, p. 19 : « Dass bei der aquilischen Schätzung der objektive Sachwerth Ausgangspunkt der Entwicklung war, lässt sich in der Art und Weise, wie sich die klassischen Juristen, das Interesse an einer zerstörten Sache zurechtlegen, sehr wohl erkennen. »

408 Kaser, *Quanti ea res*, p. 169.

409 Gerke, *Geschichtliche Entwicklung*, p. 62.

la *lex Aquilia* fait l'objet d'une citation, le texte est mentionné dans sa forme passée *fuit*⁴¹⁰. Deuxièmement, un fragment de Paul discutant de la manière d'appréhender le dommage imaginaire causé par un auteur, qui avoue un acte n'ayant pas blessé l'esclave, emploie le terme *recurramus* marquant clairement qu'il se réfère au passé et non au futur⁴¹¹. Finalement, comme le relève Winiger⁴¹², un texte de Pomponius démontre que la formulation du futur *erit* peut parfois désigner un élément qui se situe dans le passé⁴¹³.

Enfin, d'un point de vue juridique, le raisonnement de Daube ne peut fonctionner. En effet, comme nous l'avons vu, considérer que le terme *ea res* a désigné dès le début l'affaire et non la chose, revient à mettre en avant l'intérêt subjectif du propriétaire, qui a justement été un des acquis marquant l'évolution du mode de calcul de la *lex Aquilia*.

Il y a dès lors lieu de se ranger à l'évidence et d'ainsi considérer que la présence du terme *erit* dans le texte d'Ulpian ne peut que relever d'une réelle erreur de plume des rédacteurs du *Digeste*, ou plus probablement de la part d'un copiste⁴¹⁴.

Toutefois, même si l'on admet que le calcul s'effectue de manière rétrospective, un autre problème surgit. En effet, si la valeur la plus haute dans les trente derniers jours doit servir de référence, est-ce que le moindre petit défaut doit entraîner l'application rigoureuse du III^e chapitre ? Une simple égratignure sur un mur doit-elle avoir pour conséquence que l'auteur doive payer la plus haute valeur de la maison ainsi endommagée ? Dans ce cas, les différences avec le I^{er} chapitre deviendraient minimes⁴¹⁵. En effet, quel sens

410 Gaius, *Institutes*, 3,210 ; Justinien, *Institutiones*, 4, 13.

411 Paulus, D. 9,2,24 : « *Hoc apertius est circa vulneratum hominem : nam si confessus sit vulnerasse nec sit vulneratus, aestimationem cuius vulneris faciemus ? Vel ad quod tempus recurramus.* » (Cela est plus évident dans le cas d'un homme blessé : en effet, si quelqu'un a avoué avoir blessé un homme, mais ne l'a pas blessé, de quelle blessure devons-nous tenir compte ? Ou à quelle période en arrière devons-nous revenir ?)

412 Winiger, *Damnum culpa datum*, p. 163.

413 Pomponius, D. 50,16,123 : « *Verbum "erit" interdum etiam praeteritum nec solum futurum tempus demonstrat.* »

414 Tomulescu, *Les trois chapitres de la Lex Aquilia*, p. 196.

415 De Zulueta, *Institutes*, pp. 211-212.

donner à une règle qui prévoit les mêmes sanctions pour un esclave, qu'il ait été tué ou blessé ?

Ainsi, Kelly⁴¹⁶ prend appui sur le fait que le délai de trente jours prévu par le chapitre III de la législation aquilienne équivaudrait au délai de calcul prévu par la loi des XII Tables en ce qui concerne le délai de paiement de la somme, avant l'exercice de la *manus inectio*, expliquant le délai originare de trente jours. Cette théorie est certes séduisante, mais ne trouve aucun appui dans les textes.

Tomulescu⁴¹⁷ soutient de manière intéressante que le chapitre III de la *lex* ne mentionnait pas le terme *plurimi* dans le but d'accorder au juge la souplesse conceptuelle nécessaire lui permettant de condamner l'auteur à la contrepartie concrète de la perte de valeur économique de la chose détruite ou endommagée.

Pernice⁴¹⁸, repris par von Tuhr⁴¹⁹, soutient que le lésé, en cas de dommage partiel à la chose, soit de simple endommagement, a le droit d'exiger la valeur totale de la chose, mais qu'il a l'obligation de lui remettre la chose endommagée. Pareille interprétation s'inscrit peut-être dans une vision contemporaine du droit, mais n'est attestée par aucune source relative au calcul du dommage dans le cadre de la *lex Aquilia*.

D'autres à l'instar de Jolowicz⁴²⁰, proposent une solution satisfaisante, en précisant que la chose blessée ou endommagée doit avoir perdu sa substance économique pour donner lieu à une indemnisation. Selon cette conception, n'importe quelle entaille qui ne diminuerait pas la valeur de la

416 Kelly, *Reflections*, p. 241.

417 Tomulescu, *Les trois chapitres de la Lex Aquilia*, p. 396 : « Nous croyons plutôt qu'on ne doit pas présumer le mot "plurimi" comme figurant dans le texte [du III^e chapitre de la *Lex Aquilia*], ce qui amènerait la condamnation du coupable à la plus haute valeur de l'esclave et de l'animal ; nous croyons plutôt que le juge pouvait ne pas donner une peine uniforme pour des infractions de gravité inégale. »

418 Pernice, *Zur Lehre von der Sachbeschädigung*, p. 240.

419 Von Tuhr, p. 11.

420 Jolowicz, *Original scope*, pp. 225-226.

chose ne pourrait pas donner lieu à indemnisation. Le fragment discutant de la destruction des saules matures pourrait nous amener dans ce sens⁴²¹.

C'est toutefois l'hypothèse récente émise par Winiger⁴²² qui emporte notre conviction. Cet auteur prend appui sur le *ea res* pour soutenir que le démonstratif désigne la blessure précise qui a été infligée, et que seule celle-ci doit être prise en compte dans le calcul du dommage. Cette manière de voir, qui insiste sur le dommage effectivement causé à la chose, s'inscrit dans la tradition de la table VIII,2 réprimant le *membrum ruptum* en ce sens que le demandeur montre au juge son membre qui a été rompu et demande un dédommagement de ce chef.

⁴²¹ Ulpianus, D. 9,2,27,27, discuté *infra* au § 13 C.

⁴²² Winiger, *Damnum iniuria datum*, p. 148 : « Il nous paraît que le terme *ea* de l'expression *ea res* a une signification démonstrative et se réfère directement au *quod usserit fregerit ruperit*. Il désigne très précisément et seulement ce qui a été brûlé, rompu, etc. Il ne renvoie pas à l'ensemble de l'objet en question, mais à ce qui en a été endommagé. »

§ 13. La finalité de la *lex Aquilia* : la restitution des pertes patrimoniales

A. La double fonction du terme *damnum*

La discussion d'ordre technique du chapitre précédent ne doit pas nous éloigner de l'essentiel de notre propos qui consiste à nous intéresser au but poursuivi par la *Lex Aquilia*, à savoir sa véritable fonction économique, par le biais de la protection qu'elle accorde au patrimoine. Cette loi, et la manière dont les juristes vont l'appliquer, auront pour effet matériel de mettre au centre du raisonnement juridique la notion de dommage, un dommage qui doit se mesurer de manière économique, mais également garantir au propriétaire l'intégrité de la chose qui a été endommagée ou détruite.

Dans son III^e chapitre, elle se concentre sur le terme de *damnum*. En effet, nous avons déjà relevé que seul ce texte emploie le mot *damnum*⁴²³, en mettant cette notion avant la liste exemplative des cas de *urere*, *frangere* et de *rumpere* (*si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit inuria*). L'explication en est que les conséquences des états de fait soumis à cette partie de la *lex Aquilia* entraînent des corollaires physiques variables sur la chose, contrairement à la destruction de la chose qui est forcément totale dans le cadre de son I^{er} chapitre. Le III^e chapitre permet ainsi une prise en compte modulable des atteintes causées au patrimoine, qu'elle ait lieu sous la forme

⁴²³ Pernice, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen*, p. 96.

d'une diminution de valeur de la chose ou d'une perte totale de la valeur de celle-ci.

Le terme de *damnum*⁴²⁴ renferme deux significations⁴²⁵. La première désigne l'endommagement qui servira de base à l'action pouvant prendre la forme d'*urere*, *frangere*, *rumpere* et plus tard de *corrumpere*, désignant en fait l'atteinte physique à la chose. Sous cette dénomination on pense à l'atteinte physique de la chose, au dommage au sens juridique du terme. Ce n'est que s'il y a un *damnum* reconnu que l'on peut passer à la deuxième étape du raisonnement juridique, à savoir la discussion de l'indemnité que les jurisconsultes romains appellent l'*aestimatio*.

La seconde signification du *damnum* désigne le montant qui est demandé en tant que réparation, autrement dit l'indemnité ou *aestimatio*, ce que nous appellerions en termes modernes les dommages et intérêts. Cette double fonction du mot *damnum*, si l'on se donne la peine de la relever, démontre que si l'endommagement ou la destruction de la chose est nécessaire pour permettre la mise en œuvre de la *lex Aquilia*, il faut encore que ce dommage ait été causé au préjudice du patrimoine du lésé et que ce patrimoine ait subi une diminution de sa valeur.

Le III^e chapitre de la loi aquilienne ne réprime en effet pas le dommage causé à la chose en tant que telle, mais le dommage causé au patrimoine du propriétaire de celle-ci⁴²⁶. L'emploi de l'expression *damnum alteri facere* traduit cette conception dans la mesure où elle souligne que ce n'est pas la chose

424 Pernice, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen*, p. 94 : « [...] Ein doppelte Damnum bei der Aquilia aus einander gehalten werden muss : das damnum, was die Grundlage der Klage bildet und das, dessen Ersatz mit derselben gefordert wird. »

425 Cette idée est formulée différemment par Winiger, *Damnum iniuria datum*, p. 38, mais rejoint à notre sens la même idée : « Dans la LA [Lex Aquilia], la notion de dommage ne revêt pas seulement plusieurs formes de commissions, mais englobe aussi différentes significations quant à l'effet des actes d'endommagement. Tantôt elle désigne la détérioration matérielle de l'objet, tantôt le dommage économique du propriétaire et, la plupart du temps, indifféremment l'un ou l'autre. »

426 Pernice, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen*, p. 96 : « Das Damnum erleidet also auch nach der Auffassung unseres Gesetzes nicht die beschädigte Sache, sondern der Eigenthümer. » ; Daube, *Noxa*, p. 41.

endommagée qui est protégée, mais, au contraire, le propriétaire, de l'atteinte qu'il subit à son patrimoine ou à sa propriété.

Ce patrimoine ne doit toutefois pas, nous le verrons, être uniquement compris dans un sens subjectif, mais également objectif, comme le démontreront les cas que nous discuterons en rapport avec la coupe illicite d'arbres, ou les blessures d'un esclave qui ne déprécient pas sa valeur.

B. L'exigence de la perte patrimoniale ou de l'atteinte à la substance de la chose

Le patrimoine est essentiellement l'objet de la protection de la loi aquilienne et non l'intangibilité de la chose⁴²⁷ en tant que telle. Ceci résulte du fait que les atteintes physiques à la chose, au sens du III^e chapitre de la *lex Aquilia* mais n'entraînant pas de dommage patrimonial, ne donnent pas lieu à une indemnisation du propriétaire.

En l'absence d'atteinte à son patrimoine, le propriétaire ne peut demander de dommages et intérêts. Ce cas est clairement illustré par le fragment suivant relatif à la coupe opérée sans droit des branches d'un saule mature :

Ulpianus, D. 9,2,27,27

Si salicium maturum ita ne stirpes laederes, tuleris, cessare Aquiliam.

Si tu as coupé un saule mature, sans porter atteinte au tronc (à la souche), la loi Aquilia ne trouve plus application.

À l'époque romaine, les propriétés étaient bornées de saules que le propriétaire devait entretenir régulièrement en les élaguant, à l'instar d'une haie de thuyas bordant une villa contemporaine. Ainsi, le fait de couper les branches

⁴²⁷ Par intangibilité de la chose, nous entendons une atteinte qui ne cause pas de diminution patrimoniale au propriétaire, à l'exception de la perte de substance de celle-ci qui, elle, fait l'objet d'une réglementation particulière.

d'un saule, alors que celui-ci devait être coupé (*salicium maturum*), remplit les conditions de l'état de fait de *rumpere*.

Quand bien même cette situation serait remplie et que le III^e chapitre de la loi aquilienne devrait être mis en œuvre selon sa lettre, Ulpien explique qu'il ne trouve plus application.

Son argument fait montre d'une grande subtilité parce qu'il distingue le tronc du saule (*stirpes*) de ses branches. Si la coupe a pour effet de porter atteinte au tronc, et ainsi de mettre en danger la substance économique⁴²⁸ du saule, l'application du chapitre III de la *lex* entre en considération. En effet, un arbre dont on a coupé le tronc ou endommagé les racines risque de mourir et de disparaître du patrimoine de son propriétaire. Ce faisant, l'action aquilienne lui permettra d'exiger d'être indemnisé de cette perte en réclamant la plus haute valeur de son bien dans le mois ayant précédé l'atteinte.

Si au contraire, l'auteur ne fait que porter atteinte aux branches d'un arbre qui ne porte pas de fruits, et que de surcroît celles-ci devaient de toute manière être coupées, le propriétaire ne subit aucune atteinte à l'intégrité de sa chose. De plus, il ne souffre d'aucun dommage économique⁴²⁹, dans la mesure où les branches du saule ne possèdent pas la qualité de fruit, et repousseront naturellement lors de la saison suivante. C'est pourquoi Ulpien estime, à raison, que l'exigence du *damnum* n'est pas réalisée et que ce propriétaire ne peut prétendre à aucune indemnité, du moment que son arbre reste intact.

Il convient, à ce stade de l'analyse, de considérer que le *damnum* exige une atteinte à la substance de la chose, et qu'une atteinte périphérique ne conduisant pas à une diminution de patrimoine ne peut donner lieu à indemnisation.

428 Von Lübtow, *Untersuchungen*, p. 132 : « Die Tatbestände des dritten Kapitels urere, frangere, rumpere (corrumpere) erfordern eine Einwirkung auf die Substanz der Sache, eine Beseitigung des Masses an Unversehrtheit, das sie zur Seit aufweist. »

429 Ce fragment est à rapprocher d'Ulpien D. 43,24,18 : « Si immaturam siluam caeduum ceci-dit quis, interidcto quod via ut clam tenetur : si maturam similiter caeduum neque damno dominus affectus est, nihil praestabit. » Si quelqu'un coupe une forêt non encore destinée à être coupée, il répondra par l'*actio quod via ut clam* ; s'il coupe de la même manière un bois destiné à être coupé, alors qu'il est mature et que le propriétaire ne se trouve affecté d'aucun dommage, il ne devra rien ; Pernice, *Zur Lehre von der Sachbeschädigungen*, p. 98.

Ulpien poursuit la discussion, et change l'état de fait, en posant qu'il ne s'agit plus de branches coupées, mais de fruits, à l'instar d'un olivier, d'une vigne ou d'une récolte. De la sorte, Ulpien traite de la coupe illicite d'un objet, qui contrairement à la branche d'un saule, possède une valeur économique pour le propriétaire.

Ulpianus, D. 9,2,27,25

Si olivam immaturam decerpserit vel segetem desecuerit immaturam vel vineas crudas, Aquilia tenebitur quod si iam maturas, cessat Aquilia : nulla enim iniuria est, cum tibi etiam impensas donaverit, quae in collectionem huiusmodi fructuum impenduntur : sed si collecta haec interceperit, furti tenetur. Octavenus⁴³⁰ in uvis adicit, nisi, inquit, in terram uvas proiecit, ut effunderentur.

Si quelqu'un a cueilli des olives sur un olivier immature ou a cueilli des raisins qui n'étaient pas encore mûrs ou des vignes vertes, il répondra sous l'angle de la *lex Aquilia* ; par contre, si elles étaient déjà mûres, la loi ne trouvera pas application : en effet, il n'y a aucun acte commis sans droit, puisqu'il t'aura fait cadeau des dépenses qui sont liées à la récolte de ce genre de fruits : mais, l'auteur répondra de l'*actio furti*, si, après avoir cueilli les fruits, il les soustrait, sauf si, ajoute Octavenus, dans le cas relatif aux raisins, il a jeté les raisins par terre, afin qu'ils pourrissent.

La définition permet d'établir une distinction entre les cas relevant de l'*actio legis aquiliae*, de l'*actio furti*, ainsi que des cas qui ne donnent lieu à aucune réparation patrimoniale. Le fragment discute également de l'application du III^e chapitre de la loi aquilienne. Ulpien procède ainsi avec méthode en différenciant soigneusement quatre états de fait qui sont mentionnés dans le fragment et que nous allons discuter.

Dans le premier cas, si l'auteur emporte les fruits, il se rend coupable de vol. Ceci ne prête pas véritablement à discussion, et la victime pourra exiger le

⁴³⁰ Jurisconsulte ayant vécu dans la période charnière entre le II^e et le I^{er} siècle av. J.-C., Kunkel, *Römische Juristen*, pp. 150-151.

remboursement au quadruple par l'*actio furti* de la valeur des fruits dérobés. L'action aquilienne ne trouve pas application, car les fruits ont été volés et non détruits au sens de son chapitre III.

Dans la deuxième hypothèse, si l'auteur abandonne la récolte à terre, dans le but de laisser pourrir les fruits, il commet un cas de *corruptio* qui entraîne la mise en œuvre de la législation aquilienne. En effet, les fruits étant laissés au sol, ils vont se détruire et perdre leur substance pour le propriétaire.

Dans la troisième situation, lorsque l'auteur cueille les fruits avant leur arrivée à maturité, il répondra de son acte au sens de l'action aquilienne, les fruits n'ayant aucune valeur, voire qu'une valeur réduite, car ils ne sont pas mûrs. Le propriétaire subit de ce fait une destruction de ses fruits.

La quatrième situation est la plus intéressante, en ce qui concerne la notion de *damnum*, pour les cas où l'auteur se borne à effectuer la collecte des fruits. Ce faisant, selon Ulpien, il a rendu service au propriétaire, et lui a même permis d'économiser des frais (*nulla enim iniuria est, cum tibi etiam impensas donaverit*). Toutefois, contrairement au cas de la coupe des branches du saule que nous avons préalablement discuté, Ulpien n'emploie pas le mot de *damnum*, mais se réfère à la notion d'*iniuria*⁴³¹. Cet emploi du terme *iniuria* au lieu de *damnum* ne semble point, pour notre part, venir d'une erreur dogmatique, mais bien du fait qu'Ulpien opère une distinction entre dommage et illicéité. Techniquement parlant, la coupe des fruits matures est un dommage au sens du chapitre III de la *lex Aquilia*, car il s'agit d'un cas de *ruptio*. Toutefois, ce *damnum* n'est pas fait de manière illicite, dans la mesure où l'auteur a aidé le propriétaire des fruits en lui épargnant les frais de la cueillette (*cum tibi etiam impensas donaverit, quae in collectionem huiusmodi fructuum impenduntur*). Ulpien démontre par là que le concept de *damnum* ne revêt pas en droit romain une acception de nature nécessairement économique.

431 Von Lübtow, *Untersuchungen*, p. 133, suppose qu'il s'agit d'une interpolation en n'imaginant pas possible qu'Ulpien ait remplacé *damnum* par *iniuria*.

Un fragment du même Ulpien discute de la situation juridique connexe, mais différente, à savoir celle dans laquelle l'acte illicite ne cause pas une diminution de valeur de la chose, mais au contraire l'augmente.

Lorsque la survenance de l'atteinte a pour effet de rendre la chose atteinte plus précieuse, le propriétaire ne peut pas agir au sens de la *lex Aquilia*. En effet, le propriétaire ne subit pas de *damnum*, puisqu'aucune atteinte n'est portée à son patrimoine. Ainsi, selon Vivien qui est repris par Ulpien⁴³², le propriétaire d'un enfant esclave dont la valeur augmente du fait de sa castration⁴³³, ne peut pas agir sous l'angle de la loi aquilienne, mais uniquement sous celle de l'*actio iniuriarum*.

Cette conséquence provient naturellement et probablement de ce que cette législation place la protection du patrimoine dans son champ d'application. Seules les actions pénales pures qui visent à punir l'auteur et non à recouvrer la valeur de la chose peuvent alors entrer en action à l'instar de l'*actio iniuriarum*. On peut toutefois légitimement se demander pourquoi Ulpien n'accorde pas l'action aquilienne au propriétaire, au motif qu'il souhaiterait continuer de disposer d'un esclave mâle et non-eunuque. Il s'agit à notre sens du fait que, contrairement aux frais de traitement d'un esclave⁴³⁴, ou à la substance d'un arbre, le propriétaire ne possède pas d'intérêt (*interesse*) à obtenir une somme allant au-delà de la valeur vénale de la chose (sa plus haute valeur dans le mois précédant l'endommagement). On peut aussi considérer qu'un esclave ayant été castré ne pouvant retrouver sa virilité, et que toute remise de la chose dans son état antérieur en ayant recours à l'intérêt à l'intégrité de la chose étant impossible, le propriétaire doit se contenter de son esclave à la valeur plus élevée. Rien ne l'empêchera dès lors de le vendre, et de s'acheter un esclave intact avec la somme obtenue par la vente de l'esclave castré.

432 Ulpianus, D. 9,2,27,28 : « *Et si puerum qui castraverit et pretiosorem fecerit, Vivianus scribit cessare Aquiliam, sed iniuriarum erit agendum aut ex edicto aedilium aut in quadruplum.* »

433 Nous avons cherché en vain à savoir en quoi un esclave castré était de plus grande valeur qu'un esclave qui ne l'était pas. Il s'agit vraisemblablement du fait que l'esclave castré constituait soit un jouet sexuel fort prisé (il ne risquait pas de créer de grossesse imprévue ?). Le fragment démontre ici de manière nette que le droit romain opérait assurément une distinction radicale entre le droit privé et la morale.

434 Ulpianus, D. 9,2,27,17, discuté *infra*, p. 160.

C. La protection du patrimoine « *damnum dare* »

Certains fragments vont même jusqu'à reconnaître une protection du patrimoine, indépendamment de toute atteinte physique à la chose, en cas de perte de possession par exemple. Le propriétaire de la chose peut se voir accorder tant une *actio legis Aquiliae* qu'une *actio in factum* :

Pomponius, D. 8,2,18

Si fistulae, per quas aquam ducas, aedibus meis applicatae damnum mihi dent, in factum actio mihi competit : sed et damni infecti stipulari a te potero.

Si tu fais passer de l'eau par des tuyaux appliqués contre ma maison et qu'ils me causent un dommage, je dispose d'une action *in factum* : je pourrai te demander une *stipulatio* en application de la *causa damni infecti*.

La désignation de la victime économique du dommage, sous la forme *mihi damnum dare*, démontre que c'est le patrimoine de cette dernière qui est considéré tant juridiquement qu'économiquement, plutôt que la chose en elle-même⁴³⁵. En effet Pomponius ne discute pas du dommage causé au mur de la maison de *ego*, mais passe directement à la conséquence que l'inondation des murs aura sur son patrimoine. La même vision, qui place directement le *damnum* au centre du raisonnement, se retrouve dans le fragment d'Ulpien relatif à la *lex Aquilia* cette fois-ci⁴³⁶.

Ulpianus, D. 9,2,27,21

Si quis de manu mihi nummos excusserit, Sabinus existimat damni iniuriae esse actionem, si ita perierint, ne ad aliquem pervenirent, puta si

435 Daube, *Noxa*, p. 41 : « I cannot find a single earlier passage dealing with this Lex in which *damnum* actually signifies the damage done to the thing itself : it always signifies the damage caused, by destroying or impairing a thing, to its owner. »

436 Ulpianus, D. 9,2,29,2 : « *Si navis tua inpacta in meam scapham damnum mihi dedit* » (Si ton navire en entrant en collision avec ma barque, m'a causé un dommage.)

in flumen vel in mare vel in cloacam ceciderunt quod si ad aliquem pervenerunt, ope consilio furtum factum agendum, quod et antiquis placuit. idem etiam in factum dari posse actionem ait.

Si quelqu'un me frappe la main et fait en sorte que des pièces d'argent en tombent, Sabinus estime que cet état de fait constitue une action pour dommage donné de manière illicite, si cet argent est perdu et que personne ne s'en empare, par exemple si les pièces tombent dans un fleuve, en mer, ou dans un égout. Par contre, si les pièces sont parvenues à quelqu'un, comme les Anciens l'avaient déjà décidé, il convient d'agir par l'*actio furti*, parce que l'on a prêté assistance au voleur. De même, il est également possible d'agir par le biais de l'*actio in factum*.

En effet, lorsque l'acte de l'auteur a uniquement pour conséquence de causer la perte physique des pièces, sans qu'un acolyte s'en empare, le propriétaire des pièces pourra agir selon l'*actio damni iniuriae*, car la perte des pièces se répercutera sur le patrimoine du propriétaire. Par contre, la structure de la pièce, quant à elle, n'est pas affectée par le fait qu'elle ne soit plus entre les mains de son propriétaire.

Deux autres fragments mentionnent, en suivant le même raisonnement, que le délestage de marchandises en mer afin d'éviter que le bateau ne coule⁴³⁷ dans un but autre que de sauver les siennes, ou le jet d'une coupe en argent à la mer⁴³⁸ pour causer un dommage à son propriétaire, entraîne que son auteur réponde du dommage ainsi causé par une *actio in factum* :

Ulpianus, D.19,5,14,2

Sed et si calicem argenteum quis alienum in profundum abiecerit damni dandi causa, non lucri faciendi, Pomponius libro septimo decimo ad Sabinum scripsit neque furti neque damni iniuriae actionem esse, in factum tamen agendum.

⁴³⁷ Sur le rejet des objets en mer dans un but de sauvetage de marchandises lors de tempêtes, voir Gaurier, *Le droit maritime romain*, pp. 97 ss.

⁴³⁸ Ulpianus, D. 19,5,4.

Mais si quelqu'un a jeté une coupe en argent appartenant à autrui dans la mer afin de lui infliger un dommage, Pomponius, au livre dix-septième de son *Sabinus*, a écrit qu'il ne répondra ni par le biais de l'*actio iniuria datum* ni par l'*actio furti*, mais qu'il devra agir par celui d'une *actio in factum*.

La protection du patrimoine sera encore sensiblement augmentée par la protection accordée au propriétaire d'un esclave qui sera tenu de dépenser de l'argent pour le soigner. Dans le cas d'espèce, les frais de sauvegarde de la chose seront mis à la charge de l'auteur de l'acte, même lorsque l'esclave n'aura fait l'objet d'aucune diminution de valeur :

Ulpianus, D. 9,2,27,17⁴³⁹

Rupisse eum utique accipiemus, qui vulneraverit, vel virgis vel loris vel pugnis cecidit, vel telo vel quo alio, ut scinderet alicui corpus, vel tumorem fecerit, sed ita demum, si damnum iniuria datum est : ceterum si nullo servum pretio viliores deterioresve fecerit, Aquilia cessat iniuriarumque erit agendum dumtaxat : Aquilia enim eas ruptiones, quae damna dant, persequitur. Ergo etsi pretio quidem non sit deterior servus factus, verum sumptus in salutem eius et sanitatem facti sunt, in haec mihi videri damnum datum : atque ideoque lege Aquilia agi posse.

En effet, le propriétaire doit se voir accorder ses impenses nécessaires pour sauvegarder la chose, à l'instar des frais de guérison et de traitement, frais de conservation, qui ne sont assurément nullement des frais relatifs qui peuvent entrer dans le calcul effectif de la plus haute valeur de la chose dans l'année précédente. Ce fragment démontre également que le droit romain permet au propriétaire de maintenir son droit à la chose, sous la forme de l'intégrité de celle-ci.

Dans le cas présent, l'atteinte n'a pas réduit la valeur de l'esclave (*etsi pretio quidem non sit deterior*). Cette constatation démontre que, pour Ulpien,

439 Voir traduction, p. 137.

il n'est pas nécessaire qu'une atteinte cause un préjudice consistant nécessairement en une diminution de patrimoine, mais que le maître peut se voir accorder son intérêt à maintenir son esclave en vie, en d'autres termes son intérêt à l'intégrité de la chose endommagée.

La même règle est confirmée par un autre fragment.

Paulus, D. 9,2,45,1

Lege Aquilia agi potest et sanato vulnerato servo.

Il peut agir selon la loi aquilienne même pour un esclave blessé ayant été guéri.

C'est la notion de *damnum* qui joue cette fonction de reflet de la perte patrimoniale. Ce n'est qu'à la condition que celle-ci se réalise que le demandeur peut fonder son action et exiger une indemnité (*aestimatio*) de la part de l'auteur. Ces développements annoncent également la prise en compte du dommage de nature purement patrimoniale qui se produira, lorsque la destruction de la chose entraîne d'autres conséquences de nature financière s'étendant au-delà de la simple perte de valeur de la chose détruite, à l'instar d'un intérêt qui dépasse la valeur vénale de la chose.

C'est à la définition de cet intérêt du lésé que nous allons nous atteler dans le chapitre suivant.

§ 14. La prise en compte de l'intérêt du lésé à la non-survenance du dommage

A. Problématique

Nous avons vu que le mode de calcul contenu dans la lettre des chapitres premier et troisième de la *lex Aquilia* consacre une manière objective de calculer l'estimation du dommage. En cas de mort d'homme ou de bétail, il s'agit de la plus haute valeur de la chose tuée dans l'année précédant la mort, en cas d'endommagement, de la plus haute valeur de la chose dans le mois précédant l'endommagement.

Ces valeurs sont fixes et ne dépendent nullement de celle de la chose endommagée ou détruite dans le patrimoine concret du lésé. En d'autres termes, cette estimation subjective de l'indemnité ne fait nullement partie des considérations formelles contenues dans la loi. La lettre du texte de la *lex Aquilia* ne le permet en effet pas.

Les jurisconsultes romains ont vite dépassé cette limitation, démontrant par là la richesse ainsi que la souplesse conceptuelle de leur droit. Dès le premier siècle après J.-C.⁴⁴⁰, les jurisconsultes Labeo puis Iavolenus prendront en compte l'intérêt subjectif du maître à ce que son animal ne soit pas tué *quanti*

⁴⁴⁰ Labeo (milieu du I^{er} siècle de notre ère) et Iavolenus (commandant de la III^e légion d'Auguste en Afrique en 83 de notre ère) avaient les premiers théorisé cet intérêt. Pour la datation, Kunkel, *Die römischen Juristen*, N. 53, pp. 32-34 et N. 23, pp. 138-140.

*actoris interest non esse occisum*⁴⁴¹. Cette extension de la prise en compte de l'intérêt du maître à ce que le dommage ne se produise pas ouvre la voie à une très importante casuistique, ainsi qu'un développement fondamental de la science juridique romaine.

Ce concept d'*id quod interest non esse occisum* est présent également en matière contractuelle et a abondamment été analysé dans de brillantes études⁴⁴². Vu le sujet de notre thèse, nous n'entrerons pas dans les considérations de nature contractuelle. Nous nous concentrerons sur les fragments traitant de la notion d'*interesse* dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle, en analysant de manière extensive ceux qui s'y rapportent et traitent de la problématique. Par ce biais, nous essayerons de définir cette si importante notion d'intérêt qui va transformer celle de dommage.

L'expression d'intérêt occupe également un rôle central en droit moderne de la responsabilité civile, comme notre analyse du droit suisse nous le prouvera⁴⁴³. Elle y est souvent considérée comme équivalente à la notion de dommage, mais sans être son égale. Il faut en effet se méfier de rapprocher intérêt et dommage de manière trop hâtive, si l'on ne veut pas tomber dans un contre-sens dogmatique que les juristes romains n'ont jamais commis⁴⁴⁴.

Au préalable, nous discuterons de la notion connexe d'*utilitas*⁴⁴⁵, car elle prend également en compte un intérêt subjectif du maître allant au-delà de la simple valeur vénale de la chose, et est une composante essentielle de l'intérêt du maître, qui se doit d'être utile.

441 Iavolenus, D. 9,2,37,1.

442 Keuk, *Vermögensschaden und Interesse*; Medicus, *Id quod interest*; Honsell, *Id quod interest*.

443 Cf. *infra* § 21, p. 253.

444 Dans le même sens pour le droit suisse, Lüchinger, *Schadenersatz im Vertragsrecht*, N. 33 ss, pp. 15 ss.

445 Cette notion d'*utilitas* est très proche de celle de « *sachliches Interesse* » défendue par le Tribunal fédéral dans l'ATF 129 III 331 discutée dans le § 19 E de la présente étude.

B. Le concept d'*utilitas* et de *causae corpori coherentes*

Le concept d'*utilitas* est indéfini en lui-même, mais sous-tend la notion d'intérêt à la non-survenance du dommage⁴⁴⁶. Il vise à protéger les intérêts utiles du maître et du propriétaire de la chose. Cette utilité est aussi associée à son intérêt subjectif, lorsque la chose détruite faisait partie d'un ensemble.

Le fragment fondamental qui définit l'utilité dans l'action aquilienne est celui du jurisconsulte Paul :

Paulus, D. 9,2,22,pr.

Proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium.

Par conséquent, si tu as tué un esclave que je m'étais engagé à livrer [dans un contrat] avec une clause pénale, il conviendra de prendre en compte l'utilité de la chose dans le procès.

Le fragment met en avant l'intérêt du vendeur qui ne pourra pas livrer l'esclave qu'il s'est engagé à fournir. En effet, si l'évaluation du dommage au sens du premier chapitre de la *lex Aquilia* lui garantit d'être indemnisé à la plus haute valeur de l'esclave pendant l'année précédant l'atteinte, le montant de la clause pénale ne fait pas partie de cette estimation.

Avec cette interprétation littérale du texte, le propriétaire ne voit pas protégé son intérêt à ce que cette clause pénale soit prise en compte dans son évaluation. C'est, dès lors, la jurisprudence qui va aller au-delà du texte de la loi pour le garantir.

Paul est conscient de cette limitation du texte de la loi aquilienne et insiste sur le fait que cet intérêt du maître doit être matérialisé dans la mesure où il est utile. Ce faisant, le montant de la clause pénale devra être pris en considération dans le cadre de l'estimation du dommage, et venir s'ajouter en sup-

⁴⁴⁶ Kaser, *Quanti ea res*, p. 173.

plément de la valeur objective de l'esclave calculée selon le mode décrit au premier chapitre de la *lex Aquilia*. Paul démontre toutefois que cet intérêt doit prendre la forme d'une véritable utilité subjective pour le maître et que n'importe quel intérêt n'est ainsi pas protégé⁴⁴⁷.

Le fragment ne mentionne pas, il est vrai, le concept d' « *id quod interest non esse ...* », il emploie à la place celui d'*utilitas*, ce qui démontre que seul cet intérêt utile au maître doit se voir protégé par l'ordre juridique et non n'importe quel intérêt virtuel ou purement subjectif⁴⁴⁸.

La valeur objective de l'esclave n'est donc pas seule déterminante, mais bien plus sa valeur concrète dans la situation de fait pour le maître qui a vu son esclave être tué⁴⁴⁹. Toutefois, comme l'expose également Paul⁴⁵⁰, l'utilité ne doit pas se concrétiser pour une seule personne, mais relever d'une utilité commune, soit étant objectivée (*communiter fungi*) et non d'un intérêt particulier (*utilitas singulorum*).

L'utilité devient ainsi un élément conceptuel central de la notion d'intérêt, une sorte de garde-fou. Nous verrons dans notre analyse du droit suisse que le Tribunal fédéral, de même que l'avant-projet suisse de réforme, posent encore comme principe fondamental, qu'un intérêt non utile au maître, soit un intérêt virtuel de pur confort, ne peut donner lieu à dédommagement⁴⁵¹.

C'est dans ce cadre que Paul, toujours, prend en compte l'utilité subjective pour le propriétaire de la destruction d'une chose faisant partie d'un ensemble.

447 Kaser, *Quanti ea res*, p. 171.

448 Schebitz, pp. 283-285.

449 Kaser, *Quanti ea res*, p. 172.

450 Voir le fragment D. 9,2,33, discuté sous l'angle de la non-indemnisation du préjudice d'affection, mais qui concerne également l'utilité commune : « *Sextus quoque pedius ait pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi.* »

451 Cf. ATF 115 II 474.

Paulus, D. 9,2,22,1

*Item causae corpori cohaerentes aestimantur, si quis ex comoedis aut symphoniacis aut gemellis aut quadriga aut ex pari mularum unum vel unam occiderit : non solum enim perempti corporis aestimatio facienda est, sed et eius ratio haberi debet, quo cetera corpora depretiata sunt*⁴⁵².

L'estimation doit prendre en compte les circonstances et qualités qui sont liées à l'esclave ou à l'animal. Si quelqu'un a tué le membre masculin ou féminin d'une troupe d'acteurs, d'un orchestre symphonique composé d'un couple de jumeaux, ou d'un quadriga, il ne faudra pas seulement estimer la valeur réelle de l'homme ou de l'esclave tué, mais il faudra encore tenir compte de combien les choses désormais dépareillées ont perdu de leur valeur.

Le fragment discute de la manière dont il convient d'estimer le dommage, lorsque l'un des éléments faisant partie d'un groupe a été détruit, et que ceux restants perdent de leur utilité suite à la disparition de l'un d'entre eux. Ainsi, si un attelage de quatre chevaux a été dressé à courir ensemble et que l'un est tué, la valeur des trois autres se trouve dépréciée. Paul expose que cette perte de valeur des trois objets restants doit être prise en considération dans l'estimation du dommage. Selon ce jurisconsulte, il convient d'évaluer de combien la valeur des objets restants a été dépréciée suite à la survenance du dommage sur l'un des objets, et non pas seulement sur la valeur de l'objet endommagé⁴⁵³. En effet, un attelage de chevaux de course habitués à fonctionner ensemble sera moins performant si un nouvel animal doit remplacer celui qu'il a fallu abattre.

Il faut prendre en considération dans l'estimation du dommage la plus haute valeur du cheval tué au sens du premier chapitre de la *lex Aquilia* (*perempti corporis aestimatio facienda est*), mais également de combien les chevaux restants ont été dépréciés (*quo cetera corpora depretiata sunt*). L'emploi de

⁴⁵² Il s'agit d'un cas d'école qui est repris par Gaius dans les *Institutes*, 3,212,pr., par Justinien dans les *Institutiones*, 4,3,10. Même Roberto, en droit suisse, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, N. 675, p. 196, en mentionne un similaire, sans toutefois révéler les origines romaines de la discussion.

⁴⁵³ Von Tuhr, p. 10.

l'adverbe *non solum* (non seulement) démontre que l'indemnisation de la perte de valeur des choses restantes vient se greffer en surplus de l'indemnisation de la chose détruite. Dans ce cas, l'indemnité comprend et la valeur objective de la chose, et sa valeur subjective.

Il importe de bien garder à l'esprit que ce fragment est la suite immédiate de celui du *princeps* discutant de l'*utilitas* pour le vendeur obligé de s'acquitter du montant d'une clause pénale, car mis en demeure de livrer son esclave⁴⁵⁴. C'est dans ce contexte que s'inscrit la discussion de cette *utilitas* pour le maître, et qu'une analogie conceptuelle est opérée avec le cas du maître ayant perdu une chose faisant partie d'un groupe d'objets. En effet, la perte d'un élément appartenant à un ensemble est certes subjective, car elle se calcule par rapport à la perte individuelle du propriétaire. Cet intérêt subjectif est toutefois objectivé, en ce sens que la valeur en est objective et fait partie de l'*utilitas commune*.

C'est pourquoi il sied d'estimer l'objet détruit non uniquement pour lui seul, mais également dans son rapport intrinsèque avec les autres objets ayant un lien fonctionnel fondamental avec lui⁴⁵⁵.

C. L'évolution vers la prise en compte de l'intérêt du maître à la non-survenance du dommage (*quanti mea interest non esse occisum, non esse corruptum*)

1. Valeurs objectives et subjectives de la chose détruite

Différentes théories⁴⁵⁶ ont été formulées pour expliquer de quelle manière l'on est passé d'un calcul objectif de la valeur de la chose détruite à un calcul subjectif prenant en considération l'intérêt subjectif du maître à la non-

454 Hausmaninger, *Schadenersatzrecht*, p. 31.

455 Domat, *Pandectes*, p. 449.

456 Beseler SZ 47, 65, pense que l'on a continué à appliquer la valeur objective, tout en y incluant la valeur subjective qu'elle aurait pour tout propriétaire ; pour Kaser, *Quanti ea res*, pp. 170 ss, il convient de plus voir cet *interesse* directement de manière subjective.

survenance du dommage. Ces théories reposent sur de nombreuses conjectures et hypothèses, ainsi que sur des textes prétendument interpolés et modifiés par la compilation justinienne. Ces conjectures ne nous permettent pas de comprendre davantage le fondement de cette notion, et ne nous semblent rien apporter pour mieux saisir le fonctionnement matériel de la notion d'intérêt.

À notre sens, les textes existants dans le livre 9.2 du *Digeste* traitant de la *lex Aquilia* sont suffisants pour comprendre que cet intérêt comble une lacune improprement dite des formulations *tantum aes dare domino damnas esto et quanti ea res* de la loi aquilienne. En effet, la seule valeur objective de la chose ne suffit pas dans tous les cas pour permettre au lésé d'être indemnisé de son préjudice. Il en va de même dans ceux où la chose détruite possédait une utilité intrinsèque et objective dont le lésé se retrouve privé⁴⁵⁷. À des conditions très strictes, les juristes romains développeront, dans le cadre de cette législation, la possibilité de prendre en considération cet intérêt subjectif du maître dans différentes situations dans lesquelles l'indemnisation objective n'est pas suffisante. Il en va ainsi notamment des cas de destruction de documents, de mort d'un esclave appelé à hériter, ou d'objets auxquels sont attachées des propriétés juridiques particulières.

La problématique générale se conçoit aisément dans le présent fragment discutant de la remise noxale d'un quadrupède ayant causé un dommage.

Iavolenus, D. 9,2,37,1

Si quadrupes, cuius nomine actio esset cum domino, quod pauperiem fecisset, ab alio occisa est et cum eo lege aquilia agitur, aestimatio non ad corpus quadrupedis, sed ad causam eius (in quo de pauperie actio est) referri debet et tanti dammandus est is qui occidit iudicio legis aquiliae, quanti actoris interest noxae potius deditione defungi quam litis aestimatione.

⁴⁵⁷ Voir le fragment Paul, D. 9,2,30, discuté *supra* qui protège l'intérêt du créancier gagiste d'agir selon la *lex Aquilia*.

Si un quadrupède, contre le maître duquel une action a été intentée parce qu'il a commis un *pauperies*, est tué par un tiers, et qu'une action est intentée contre celui qui a tué l'animal, l'estimation ne portera pas sur la valeur du corps du quadrupède, mais on devra se référer à cette cause (où il est question de l'action *de pauperie*) et il faudra accorder autant de dommages dans le jugement se référant à l'action aquilienne, qu'il était dans l'intérêt du demandeur d'abandonner par la *nox* la bête, plutôt que de devoir s'acquitter de la valeur litigieuse (*litis aestimatio*).

Le fragment de Iavolenus discute de la notion d'*interesse* dans le cadre de la *lex Aquilia*. Il pose le principe selon lequel il convient de différencier la valeur objective de la bête tuée, de la valeur subjective que celle-ci avait concrètement pour le maître.

En effet, les règles des actions noxales⁴⁵⁸ permettaient au maître de se débarrasser de toutes ses obligations découlant du *pauperies*, à la condition qu'il livre la bête responsable du dommage à la victime de celle-ci. En l'espèce, suite à la mort de la bête, par le fait illicite d'un tiers, il ne peut plus échapper par le biais de la noxalité au paiement de l'indemnité réclamée par celui qui a subi le dommage causé par le délit de *pauperies*. Ce faisant, la plus haute valeur de la bête pendant l'année ne couvre pas nécessairement le montant de l'indemnité supérieure que le lésé devra acquitter dans le cas présent. Il y a ici une discrédance entre la valeur objective de l'objet (la plus haute valeur dans l'année précédente) et la valeur subjective de la chose pour le lésé (la valeur contenue dans la chose, à savoir la possibilité de la noxalité en lieu et place de l'acquiescement complet de la somme servant à désintéresser la victime).

Iavolenus propose ainsi d'estimer le montant de la valeur litigieuse dans le cadre de l'action intentée sur la base de la *lex Aquilia* contre celui qui a tué la bête, soit celle de la valeur subjective de la bête pour le maître. Cette valeur subjective prend la forme du *quanti actoris interest noxae potius deditioe*,

⁴⁵⁸ Voir *supra* § 7, p. 56.

forme qui vise à englober l'intérêt au sens du terme technique du maître de continuer à disposer de la bête en question.

Cette détermination du dommage ne se fait pas toutefois de manière totalement libre et détachée des règles contenues dans le premier chapitre de la loi aquilienne. Iavolenus fait expressément référence à la formulation de ce texte (*tanti damnandus est is qui occidit iudicio legis aquiliae*), mais la complète par la prise en compte de l'intérêt du maître à remettre la bête plutôt qu'à payer la somme complète exigée par la victime de l'acte de *pauperies* (*quanti actoris interest noxae potius deditione defungi quam litis aestimatione*). Cet intérêt du maître n'est pas virtuel, mais consiste bien en un aspect tangible, à savoir la possibilité d'éviter une perte de nature patrimoniale⁴⁵⁹.

Le fragment démontre ainsi que dès le premier siècle après J.-C., la *lex Aquilia* s'était affranchie d'un calcul purement objectif de la valeur litigieuse pour prendre en considération l'intérêt subjectif que pouvait revêtir pour un maître de disposer dans son patrimoine d'un objet qui lui était particulièrement utile, comme dans le cas présent d'un quadrupède. Ce faisant, la valeur de l'estimation de l'animal dépasse la valeur théorique prévue au premier chapitre de la *lex Aquilia*.

Un fragment probablement interpolé⁴⁶⁰ discute de la manière dont il convient de réconcilier la prise en compte du calcul de l'*interesse* avec le mode de calcul énoncé dans le premier chapitre de la *lex Aquilia*.

Paulus, D. 9,2,55

Stichum aut Pamphilum promisi Titio, cum Stichus esset decem milium, Pamphilus viginti : stipulator Stichum ante moram occidit : quaesitum est de actione legis aquiliae. respondi : cum viliozem occidisse proponitur, in hunc tractatum nihilum differt ab extraneo creditor. quanti igitur fiet

⁴⁵⁹ On remarquera que la notion de différence de patrimoine n'est pas discutée ni théorisée expressément par Iavolenus. Elle est toutefois implicitement présente dans la mesure où il fait une comparaison entre la valeur de la bête et l'estimation du litige dont le propriétaire de l'animal tué devra s'acquitter.

⁴⁶⁰ Kaser, *Quanti ea res*, p. 172.

aestimatio, utrum decem milium, quanti fuit occisus, an quanti est, quem necesse habeo dare, id est quanti mea interest ? et quid dicemus, si et Pamphilus decesserit sine mora ? iam pretium Stichi minuetur, quoniam liberatus est promissor ? et sufficet fuisse pluris cum occideretur vel intra annum. hac quidem ratione etiam si post mortem Pamphili intra annum occidatur, pluris videbitur fuisse.

J'ai [ego] promis à Titius [stipulateur] Pamphilus ou Stichus, alors que Stichus valait dix mille, et Pamphilus vingt mille : le stipulateur tue Stichus avant que je ne sois en demeure. Se pose alors la question de l'application de la *lex Aquilia*. J'ai répondu : du moment qu'il (le stipulateur) a tué l'esclave de moindre valeur, rien ne le différencie d'un créancier extérieur.

Comment donc doit-on faire l'estimation, soit dix mille, la valeur de Stichus au moment où celui-ci a été tué, ou bien la valeur de l'esclave que je suis obligé de donner, soit mon intérêt ? Et que disons-nous si Pamphilus est mort [par cas fortuit], avant que je ne sois en demeure ?

Désormais le prix de Stichus a diminué, puisque le promettant (Titius) est libéré ? Il suffit que l'esclave tué ait été de plus grande valeur, soit au moment où il a été tué ou dans l'année en cours. Par cette même raison, même s'il (Stichus) a été tué après la mort de Pamphilus dans l'année qui suit, il sera censé avoir valu plus.

Ce fragment de Paul permet de saisir les subtilités du calcul rétroactif de la *lex Aquilia*, lorsque celui-ci entre en concurrence avec le principe de l'intérêt du maître à la non-survenance du dommage. Le fragment possède cela de particulier, comme le souligne Kaser, que le principe de l'intérêt n'est plus discuté en tant que tel, mais qu'il est déjà admis à l'ère classique⁴⁶¹. Ce faisant, le fragment discute en quoi ce calcul subjectif de l'intérêt peut entrer en conflit avec le calcul objectif de la chose.

En effet, comment faut-il calculer la valeur de l'esclave tué ? Certes, il vaut moins que l'esclave encore en vie, mais sa perte a pour conséquence que le *promissor* est contraint de livrer son esclave valant le plus d'argent. Dès

⁴⁶¹ Kaser, *Quanti ea res*, p. 172.

lors, le concept d'*interesse* vient à la rescousse de *ego*, en lui permettant de réclamer de l'auteur la différence de valeur perdue entre le montant de l'esclave à livrer, et la valeur de l'esclave qu'il aurait livré, si celui-ci n'avait pas été tué. Cette différence se manifeste sous la forme d'une augmentation de la valeur de l'estimation de la chose détruite (*quanti igitur fiet aestimatio, utrum decem milium, quanti fuit occisus, an quanti est, quem necesse habeo dare, id est quanti mea interest*)⁴⁶². Cette partie du fragment ne répond toutefois pas formellement à la question de la prise en compte de l'intérêt, mais est implicite si l'on se réfère à la seconde partie du fragment.

Paul complique en effet encore la situation en posant l'hypothèse selon laquelle l'esclave de plus grande valeur meurt par cas fortuit, avant même que le *promissor* ne soit en demeure, entraînant dès lors sa libération pour impossibilité subséquente non fautive. Comment calculer ainsi la valeur de l'esclave tué ? Doit-on encore prendre en compte l'intérêt du maître qui n'existe plus formellement, puisqu'il est libéré du devoir de livrer son esclave le plus cher ou, au contraire, cet intérêt doit-il se réconcilier avec la prise en compte de la plus haute valeur pendant l'année précédente ?

Le calcul rétrospectif du premier chapitre de la *lex Aquilia* permet à Paul de répondre à cette question. Si l'esclave de moindre valeur a été tué au même moment ou dans l'année qui suit la mort de l'esclave de plus grande valeur, c'est cette dernière comprenant l'intérêt du maître à ce que l'esclave ne soit pas tué qui est désormais déterminante. Ce faisant, Paul englobe l'intérêt du maître à la non-survenance du dommage dans le calcul objectif de la valeur au sens du premier chapitre de la loi aquilienne.

La prise en compte de l'intérêt du maître à ce que son esclave ne soit pas tué nous est confirmée par un fragment attribué à Ulpien qui consacre implicitement la vision de Paul.

⁴⁶² Von Tuhr, p. 10 : « *Das Interesse wird als eine Werterhöhung der Sache aufgefasst und häufig als ein besonderer hinzutretender Bestandtheil der Aestimation dem objektiven Sachwert wie eine Art von Accession zur Seite gestellt.* »

Ulpianus, D. 9,2,21, pr. et 2 Ait lex :

Pr. « Quanti is homo in eo anno plurimi fuisset. » Quae clausula aestimationem habet damni, quod datum est.

2. Sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit cum occideretur, an potius quanti interfuit nostra non esse occisum ? Et hoc iure utimur, ut eius quod interest fiat aestimatio.

Pr. La loi dit : « La valeur la plus haute que cet homme aura valu dans l'année précédente. » Cette clause a (défini) l'estimation du dommage qui a été infligé.

2. Mais devons-nous estimer seulement la valeur du corps de celui qui a été tué, ou plutôt quel était notre intérêt à ce qu'il ne fût pas tué ? Et selon notre usage du droit, l'estimation doit se baser sur son intérêt.

Ce groupe de deux fragments permet ainsi également à Ulpien de réconcilier le chapitre premier de la *lex Aquilia* avec le concept d'*interesse*. En effet, il part de la lettre du texte pour tenter de définir à partir de quand il convient de calculer la valeur d'un esclave qui a été grièvement blessé, et qui ne meurt qu'après un très long délai subséquent (probablement plus d'une année).

Ulpien expose qu'il faut se ranger à l'avis de Julien qui se base sur la date de la blessure, et non à celui de Celse qui se base sur la date de la mort.

Il dépasse toutefois le cadre littéral de la *lex Aquilia* pour placer la discussion sous l'angle de l'*interesse*. Quelle valeur maximale prendre en considération : la valeur objective de l'esclave (*corpus eius*) ou l'intérêt du maître à ce que l'esclave ne soit pas tué (*quanti interfui nostra non esse occisum* ?) ? Ulpien opère ainsi une comparaison implicite entre deux états de fait, à savoir la valeur objective de la chose et sa valeur subjective pour le propriétaire, autrement dit son intérêt à ce que la chose ne soit pas détruite. C'est cet intérêt à ce que la chose ne soit pas détruite qui doit être pris en considération selon Ulpien. Cet intérêt entre ainsi dans l'évaluation de l'esclave au sens du premier chapitre de la *lex Aquilia*.

Le fragment suivant discute de la problématique de l'esclave qui a commis des fraudes dans la comptabilité de son maître avec l'aide de complices⁴⁶³. L'on se place alors dans la perspective où cet esclave est tué, empêchant par là le maître de découvrir la réelle identité des complices et de tenter de recouvrer son bien⁴⁶⁴.

Ulpianus, D. 9,2,23,4

Sed et si servus, qui magnas fraudes in meis rationibus commiserat, fuerit occisus, de quo quaestionem habere destinaveram, ut fraudum participes eruerentur, rectissime Labeo scribit tanti aestimandum, quanti mea intererat fraudes servi per eum commissas detegi, non quanti noxa eius servi valeat.

Mais si un esclave, qui avait commis de grandes fraudes dans la gestion de mes affaires, et dont je m'étais résolu à le soumettre à la question, est tué avant que je n'aie pu découvrir ses complices, Labeo écrit à juste titre que cet esclave doit être estimé à la valeur de mon intérêt à ce que les fraudes qu'il a commises soient découvertes, mais non à combien s'élevait la valeur noxale de cet esclave.

Ulpien répond que la réelle valeur de l'esclave ne correspond pas à sa valeur noxale au sens du premier chapitre de la *lex Aquilia*, mais à l'intérêt qu'avait la victime du dommage à ce que les fraudes soient découvertes (*quanti mea intereat fraudes servi per eum commissas detegi*). Le maître pouvait certainement, en découvrant les complices de son esclave, tenter de récupérer les sommes qui lui avaient été soustraites.

La formule de *l'interesse* ne se calcule à nouveau pas de manière totalement abstraite, mais concrètement en prenant en compte l'intérêt du maître à ce que son esclave ne soit pas tué et qu'il puisse rechercher par la torture les complices de celui-ci.

⁴⁶³ Pothier, *Pandectes*, p. 449.

⁴⁶⁴ Hausmaninger, *Schadenersatzrecht der lex Aquilia*, p. 31.

Comme le soulignent deux auteurs⁴⁶⁵, le fragment ne discute malheureusement pas directement de la question de savoir s'il convient de déduire de l'intérêt de la victime le fait que la chose ne possédait plus de valeur économique en elle-même. En effet, un esclave soumis à la torture devait, selon toute vraisemblance et au terme de celle-ci, avoir subi une perte de valeur⁴⁶⁶.

Par une interprétation extensive du fragment, on peut toutefois supposer qu'en droit romain, « *l'intérêt de désaffection*⁴⁶⁷ » du propriétaire pour la chose n'est pas déduit de sa valeur⁴⁶⁸.

Ce faisant, le propriétaire qui agissait sous l'angle de la *lex Aquilia* avait l'assurance, en cas de destruction de la chose, d'en obtenir au moins sa plus haute valeur dans le mois, ou dans l'année précédente, même si la chose ne possédait plus de valeur subjective pour lui-même.

2. L'intérêt du maître dans les cas de mort d'esclaves institués héritiers

Instituer un esclave comme héritier est une question récurrente en droit romain. En effet, il arrivait que des maîtres désignent leurs esclaves comme héritiers à leur mort et leur rendent la liberté en remerciement de leurs services.

465 Von Tuhr, p. 13 ; Kaser, *Quanti ea res*, p. 177.

466 Ulpianus, D. 48,5,28,1, exige de celui qui veut soumettre à la torture un esclave ne lui appartenant pas et ayant commis un adultère avec sa femme, de faire évaluer la valeur de celui-ci de manière indépendante, afin d'en préserver la valeur pour son propriétaire.

467 Von Tuhr, p. 13 : « *Hier steht einem positiven Interesse gegenüber, welches man "disaffektionsinteresse" nennen könnte. In solchen Fällen kann man vielleicht vom nationalökonomischen Standpunkt aus die Sachen, von denen es feststeht, dass sie der Eigenthümer in unwirtschaftlicher Weise aufgeben wird, schon jetzt von seinem Vermögen abrechnen. In sein juristisches Vermögen gehören sie immer noch, und zwar zu ihrem vollen Sachwert, bis derselbe thatsächlich vernichtet ist, denn es bleibt möglich, dass der Vermögensherr seine Willenbestimmung ändert, oder die, welche an seine Stelle treten : Die Erben oder Konkursgläubiger. Darum ist bei Verletzung der Sache der ungeminderte Werth zu vergüten.* »

468 Kaser, *Quanti ea res*, p. 177 : « *Ist das Interesse des Eigentümers deshalb geringer als der Sachwert, weil er die Absicht hatte, die Sache eratzlos aus der Hand zu geben, so mindert das die Aestimation gleichwohl nicht.* »

C'est autour de cette constellation de faits en apparence sans rapport avec notre sujet que le débat se cristallise dans le cadre de la *lex Aquilia* : à savoir la question d'esclaves ayant été institués héritiers et tués de manière illicite au sens de son premier chapitre .

Ulpien ouvre la discussion par une succession de fragments qui permettent d'approfondir la notion⁴⁶⁹. Le débat porte sur la question de savoir si le propriétaire d'un esclave ayant été tué sans droit peut demander, en plus de la valeur objective de celui-ci, sa valeur subjective. Ulpien discute les opinions de Neratius et de Julien et donne ensuite sa propre interprétation.

Ulpianus, D. 9,2,23

pr. Inde Neratius scribit, si servus heres institutus occisus sit, etiam hereditatis aestimationem venire.

pr. Ainsi, Neratius écrit que si un esclave ayant été institué héritier a été tué, l'estimation de la valeur de la succession doit aussi être prise en compte.

Ce premier fragment ne pose pas de réels problèmes dans la mesure où l'esclave a été déjà institué héritier (*si servus heres institutus occisus sit*) et a été appelé à hériter. On se trouve en présence d'un intérêt certain du propriétaire de l'esclave tué, et celui-ci peut exiger de l'auteur le paiement de la valeur de cette succession dans le calcul de l'indemnité⁴⁷⁰.

Le fragment suivant se distingue de cette hypothèse de fait, dans la mesure où ce n'est pas le maître de l'esclave qui est le demandeur, mais son héritier légitime ou substitué. Le fragment est difficile à interpréter, mais il pose l'hypothèse selon laquelle un esclave a été affranchi et institué héritier de son maître. Cet esclave est tué sans droit, alors qu'il est appelé à être libre et hé-

469 Ce fragment est extrêmement difficile à interpréter et peut se comprendre de plusieurs manières. Il est probablement interpolé ou corrompu comme le suggère Below, *Haftung für lucrum cessans*, pp. 25-26 et les références citées.

470 Below, *Haftung für lucrum cessans*, p. 8.

ritier. Se pose alors la question de savoir si les héritiers de l'esclave peuvent exiger la valeur de la succession en sus de la valeur objective de cet esclave.

1. Iulianus ait, si servus liber et heres esse iussus occisus fuerit, neque substitutum neque legitimum actione legis Aquiliae hereditatis aestimationem consecuturum, quae servo competere non potuit : quae sententia vera est. Pretii igitur solummodo fieri aestimationem, quia hoc interesse solum substituti videretur : ego autem puto nec pretii fieri aestimationem, quia, si heres esset, et liber esset.

1. Julien a dit que si un esclave a été tué alors qu'il a été affranchi et institué héritier, il n'est pas possible pour l'héritier légitime, ni pour l'héritier institué, d'intenter l'action basée sur la *lex Aquilia* car l'esclave [tué] n'avait pas encore été appelé à hériter. Cette opinion est juste. Donc l'estimation ne doit porter que sur le prix (de l'esclave) parce que ceci est l'intérêt de l'héritier. Mais, quant à moi, je pense qu'il ne faut même pas prendre en compte le prix de l'esclave, car s'il avait été héritier, il aurait été libre.

Le fragment met au centre du raisonnement la notion de l'intérêt de l'héritier. Selon Julien, que reprend Ulpien, le propriétaire de cet esclave ne possède aucun intérêt à obtenir la succession, car cet intérêt est purement virtuel, du moment que l'esclave lui-même n'aurait pas encore nécessairement touché la valeur de la succession (*quae servo competere non potuit*). La valeur de l'esclave doit dès lors se calculer objectivement, sur la valeur de son prix de marché (*Pretii igitur solummodo fieri aestimationem, quia hoc interesse solum substituti videretur*). Un intérêt non certain n'est ainsi pas protégé dans la vision que Julien et Ulpien développent de la *lex Aquilia*.

Ulpien va toutefois plus loin que Julien en refusant même de payer aux héritiers de l'esclave tué sa valeur. En effet, selon lui, cet esclave serait devenu libre s'il avait été appelé à hériter, ce qui aurait eu pour conséquence que les héritiers n'auraient pas pu prétendre hériter de la valeur d'une personne libre, impropre à toute évaluation de nature patrimoniale.

Le fragment suivant discute de la situation dans laquelle un propriétaire d'esclaves n'a pas pu remplir une condition posée par le testateur, à savoir l'affranchissement de l'un d'eux, car cet esclave a été tué sans droit :

2. *Idem Iulianus scribit, si institutus fuero sub condicione « si Stichum manumisero » et Stichus sit occisus post mortem testatoris, in aestimationem etiam hereditatis pretium me consecuturum : propter occisionem enim defecit condicio : quod si vivo testatore occisus sit, hereditatis aestimationem cessare, quia retrorsum quanti plurimi fuit inspicitur.*

2. De même Iulianus a écrit que si j'avais été institué héritier, sous la condition que j'affranchisse Stichus, et que Stichus soit tué après la mort du testateur, j'aurais et le prix de l'esclave, et l'estimation de la succession, car en effet, une condition me manquera du fait que Stichus ait été tué. Par contre, si Stichus a été tué du vivant du testateur, on ne prendra plus en compte la valeur de la succession, car on ne considère que rétroactivement la valeur maximale.

Ulpien reprend la discussion des vues de Julien et les approuve. Le fragment distingue ainsi deux hypothèses que nous allons exposer.

Selon la première hypothèse, la mort de l'esclave est survenue après le décès du testateur, mais avant que le propriétaire de l'esclave n'ait eu le temps d'affranchir ce dernier⁴⁷¹. Dès lors, le propriétaire de l'esclave tué ne pourra plus, sans sa faute, remplir la condition suspensive posée par le testateur. Il se justifie de lui octroyer, dans le calcul de l'indemnité, son intérêt à ce que la succession lui soit dévolue, comme tel aurait été le cas s'il avait affranchi l'esclave (*in aestimationem etiam hereditatis pretium me consecuturum*), de même que la valeur du corps de l'esclave. En effet, la conjonction *etiam* (de plus) complète la notion de prix de l'esclave. Cette interprétation démontre que la valeur objective de l'esclave et l'intérêt sont tous les deux des postes du calcul du dommage.

471 Below, *Haftung für lucrum cessans*, pp. 19-20.

Dans la seconde hypothèse, au contraire, l'esclave est tué avant la mort du testateur. Du moment que le premier chapitre de la *lex Aquilia* ne prend en compte que rétroactivement la valeur de l'esclave dans l'année écoulée, celui-ci n'a jamais valu le supplément relatif à l'expectative successorale⁴⁷². Dès lors, le propriétaire de l'esclave ne peut prétendre au paiement d'une quelconque indemnité à ce titre, et devra se contenter de la valeur objective de son esclave à l'exclusion de tout autre intérêt.

3. L'intéresse du propriétaire d'un document détruit

La question des destructions de documents tels que quittances et testaments préoccupe également les jurisconsultes dans la mesure où la destruction de titres pouvant prouver l'existence de droits patrimoniaux pour leur propriétaire peut causer un dommage supérieur à la valeur vénale du document lui-même⁴⁷³ :

Ulpianus D. 9,2,41

pr. Si quis testamentum deleverit, an damni iniuriae actio competat, videamus. Et Marcellus libro quinto digestorum dubitans negat competere. Quemadmodum enim, inquit, aestimatio inibitur? Ego apud eum notavi in testatore quidem hoc esse verum, quia quod interest eius aestimari non potest, verum tamen in herede vel legatariis diversum, quibus testamenta paene chirographa sunt. Ibidem Marcellus scribit chirographo deleto competere legis Aquiliae actionem. Sed et si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit vel pluribus praesentibus legerit, utilius est in factum et iniuriarum agi, si iniuriae faciendae causa secreta iudiciorum publicavit.

pr. Si quelqu'un a détruit un testament, nous devons nous poser la question de savoir si une action en réparation du dommage causé de manière illicite est ouverte. Marcellus, au livre cinquième de son Digeste,

⁴⁷² Ce fragment va dans le même sens que Paulus, D. 9,2,55, qui prenait en considération la valeur de l'esclave de plus haute valeur, car il avait valu une fois dans le passé, même pendant un bref instant, une valeur supérieure.

⁴⁷³ Sur ces questions voir Thomas, *Furtum of documents*, pp. 429 ss.

refuse, non sans doutes, d'admettre une telle action, car dit-il, comment convient-il de procéder à l'estimation ?

Quant à moi, j'ai remarqué, en effet, comme lui, que cette proposition était vraie pour le testateur, car, en effet, son intérêt ne peut être estimé. En revanche, en ce qui concerne l'héritier ou le légataire, cela est différent, car les testaments sont des titres chirographaires. Marcellus a écrit au même endroit qu'une action basée sur la *Lex Aquilia* est ouverte contre celui qui a détruit un titre chirographaire.

Mais si quelqu'un a détruit des tables de testament déposées chez lui ou révèle leur contenu à de nombreuses personnes présentes, il y a lieu d'accorder l'*actio in factum*. Et il conviendra d'agir selon l'*actio iniuriarum*, si c'est dans le but de faire injure qu'il a divulgué des dispositions judiciaires secrètes⁴⁷⁴.

Le fragment d'Ulpien permet de cerner avec précision la manière d'évaluer la notion d'*interesse* en cas de destruction d'un document servant de pièce liquide, à savoir un testament. Ulpien reprend la question posée par le juriconsulte Marcellus, à savoir comment calculer l'intérêt du testateur dont le testament a été détruit. Il énonce qu'il est d'accord avec Marcellus, pensant comme lui qu'il n'est pas possible d'estimer un tel intérêt (*quia quod interest eius aestimari non potest*). Un intérêt virtuel qui n'est pas ancré dans la réalité n'existe pas, car on ne peut le chiffrer⁴⁷⁵. Ce préjudice n'est ainsi pas indemnisable. En effet, Ulpien reprend l'avis de Marcellus en ne voyant pas quel intérêt accorder au testateur dont le testament a été détruit ou rendu public. Dès lors, l'action de la *Lex Aquilia* ne doit pas lui être ouverte. Un intérêt qui ne se traduit pas par un dommage pouvant avoir des répercussions économiques ne donne lieu à aucune réparation sous l'angle de cette loi. L'*actio*

⁴⁷⁴ La dernière proposition du fragment ne concerne pas directement notre étude mais plutôt une question de qualité de l'action dans la responsabilité de celui qui rend public un testament qui avait été déposé chez lui. Dans ce cas, une *actio in factum* sera lancée contre lui, si cela a été fait par négligence, mais une action *iniuriarum* sera accordée par le préteur si les dispositions ont été publiées dans le but de léser les intérêts personnels du testateur.

⁴⁷⁵ Cette vision est très proche de celle défendue par le Tribunal fédéral dans l'ATF 126 III 388 qui avait considéré que la perte de l'usage des pièces d'une maison est la source possible d'un dommage, mais qu'en tant que telle elle ne peut être estimée et constituer un dommage.

iniurarum pourra par contre permettre de prendre en considération la défense de l'honneur du testateur dont la vie privée aura été exposée sur la place publique.

Toutefois, Ulpien change l'état de fait en exposant avec Marcellus que si le testateur n'a pas d'intérêt, le légataire ou l'héritier en possède un, du moment que le testament est un titre chirographaire (*Ibidem Marcellus scribit chirographo deleto competere legis Aquiliae actionem*). En effet, celui qui possédait le testament détruit doit se voir accorder l'action aquilienne.

Ulpianus, 47,2,27

Apocha quoque si fuerit subrepta, aequè dicendum est furti actionem in id quod interest locum habere : sed nihil mihi videtur interesse, si sint et aliae probationes solutae pecuniae.

De même si une quittance a été dérobée, il faut dire également que l'action du vol a lieu à hauteur de l'intérêt [du maître], mais il me semble qu'il n'y en a pas s'il y a d'autres manières de prouver que l'argent a été payé.

Cette même question est abordée dans un fragment de Paul qui expose qu'apporter la preuve de cet intérêt est une des questions les plus importantes à trancher dans le cadre de l'application de la *lex Aquilia*, voire la question majeure de la responsabilité aquilienne.

Paulus, D. 47,2,32,1

De lege aquilia maior quaestio est, quemadmodum possit probari, quanti eius intersit : nam si potest alias probare, non patitur damnum. quid ergo, si forte pecuniam sub condicione credit et interim testium ei copia est, testimonio quorum probationem habeat, qui possunt mori pendente condicione ? aut puta me petisse creditum et, quia testes et signatores, qui rem meminissent, praesentes non haberem, victum rem amisisse : nunc vero, cum furti agam, eorum memoria et praesentia ad fidem creditae pecuniae uti possum.

En rapport avec la *lex Aquilia*, la question la plus importante consiste à se demander comment il est possible de prouver quel était son intérêt, par exemple, s'il est possible de prouver par d'autres moyens qu'il (le maître) n'a pas subi de dommages.

Qu'en est-il, en conséquence, s'il a prêté de l'argent sous une condition, fait qui peut être prouvé par des témoins qui pourraient être morts, lors de la réalisation de la condition ? Et par exemple, supposons que je soutienne avoir prêté de l'argent, et que je ne puisse obtenir la présence des témoins et des signataires qui auraient pu se souvenir de l'affaire. Maintenant, en vérité, lorsque j'agirai par l'*actio furti*, je pourrai utiliser la mémoire et la présence de ces témoins, pour prouver l'existence du prêt.

Le fragment de Paul se situe au livre 47 du *Digeste* traitant de l'*actio furti*. Dans le fragment *princeps* du chapitre 32 qui traite de l'intérêt du maître pour le document dérobé, Paul mentionne que la détermination de l'intérêt du lésé est la question majeure de l'action aquilienne (*De lege aquilia maior quaestio est, quemadmodum possit probari, quanti eius intersit*). En effet, si la victime du dommage peut prouver d'une autre manière l'existence de son droit indépendamment de la présentation du titre, il ne subit pas de dommage au sens juridique (*nam si potest alias probare, non patitur damnum*).

Paul poursuit la discussion sous l'angle de la *lex Aquilia*. Le juriconsulte utilise l'hypothèse du créancier dont une reconnaissance de dette a été détruite. Cette destruction, couplée à l'impossibilité d'amener des témoins lors du procès relatif à l'existence du prêt, a pour effet son déboutement et une importante perte patrimoniale.

Dans le cas d'espèce, la valeur du document est négligeable, et ne donnerait lieu qu'à une indemnisation dérisoire selon la lettre du III^e chapitre de la loi aquilienne, à savoir sa plus haute valeur dans le mois précédant la destruction. La victime pourra exiger de celui qui a détruit le document le paiement de son intérêt, soit le paiement de la contre-valeur du prêt dont il n'a pu exiger le remboursement (*cum furti agam, [...] creditae pecuniae uti possum*).

§ 15. Les extensions de la lex Aquilia aux pertes patrimoniales suite aux incapacités de travail des hommes libres

A. Généralités et problématique

Alors que nous avons analysé le dommage aquilien en détail, il convient de s'interroger sur la finalité de cette action en droit romain. La meilleure manière de le faire est de se poser la question des extensions et limites apportées par les jurisconsultes au développement de l'action aquilienne. Les juristes contemporains et surtout anglo-saxons ont peur d'ouvrir trop grand les vannes du droit de la responsabilité civile, « *the floodgates of liability argument* ». Le droit romain y a également été sensible, comme nous le verrons dans cette partie.

Notre analyse nous permettra de démontrer que si les jurisconsultes romains ont développé le champ d'application de la loi aquilienne, ils lui ont aussi donné d'importantes limites, notamment pour les dommages futurs qui ne sont indemnisés qu'à condition de comporter un important degré de certitude tendant à la vraisemblance. Le préjudice d'affection n'est par contre absolument pas pris en compte en droit romain.

B. L'indemnisation du dommage corporel causé aux hommes libres

Nous avons préalablement exposé que la loi aquilienne ne s'appliquait pas aux hommes libres, mais aux seules choses, dans la mesure où un homme libre ne pouvait être l'objet d'aucune évaluation patrimoniale⁴⁷⁶, à l'instar d'un être humain qui n'était pas considéré comme propriétaire de ses propres membres⁴⁷⁷.

Cet état des choses est surprenant si l'on se souvient que la loi des XII Tables réprimait le fait de briser un membre (*membrum ruptum*)⁴⁷⁸ ou un os (*os fractum*)⁴⁷⁹. Même l'Ancien Testament contient des règles prévoyant que la perte de gain de celui qui a été injustement blessé doit être indemnisée⁴⁸⁰. Il convient de relever que la loi des XII Tables ne contient ainsi pas de règles prévoyant la perte de gain.

Si cette règle interdisant l'évaluation de la valeur d'un homme libre est demeurée inchangée en droit romain comme en droit suisse moderne⁴⁸¹, certains fragments démontrent que les juriconsultes romains ont étendu la *lex Aquilia* en permettant la prise en compte du dommage causé à un homme libre, souvent un fils de famille, notamment sous la forme de ses frais de guérison et de travail perdu⁴⁸².

476 Wittmann, *Die Körperverletzung an freien im klassischen römischen Recht*.

477 Dans le même sens, sur ce principe, voir Gaius, D. 9,3,7, *in fine* : « *liberum corpus nullam recipit aestimationem* » (le corps d'un homme libre ne donne lieu à aucune estimation); pour plus de détails, Feenstra, *Homicide*, p. 145; Hausmaninger, *Schadenersatzrecht*, p. 35.

478 Voir *supra* § 4, p. 23.

479 Voir *supra* § 5, p. 38.

480 Exode 21, 18:19 : « *Et quand des hommes se querelleront, que l'un frappera l'autre d'une pierre ou du poing et que celui-ci, sans mourir, tombera alité, s'il peut se lever et aller au-dehors avec sa canne celui qui aura frappé sera acquitté. Il devra seulement lui payer son chômage et le faire soigner jusqu'à sa guérison.* »

481 En effet, comme nous le verrons, cf. *infra* § 22, p. 256, c'est la perte de gain ou de soutien conséquence de l'atteinte à la santé qui est indemnisée et non l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle en tant que telle. Une atteinte qui ne cause pas de dommage économique ne peut en principe pas l'être.

482 La véracité ainsi que l'authenticité de ces fragments sont disputées en doctrine, mais fidèle à notre méthode de travail, nous nous attachons à en analyser la portée textuelle, sans viser à redécouvrir une prétendue pureté originelle du droit romain.

Gaius, D. 9,1,3

Ex hac lege iam non dubitatur etiam liberarum personarum nomine agi posse, forte si patrem familias aut filium familias vulneraverit quadrupes : scilicet ut non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus aestimationem non recipiat, sed impensarum in curationem factarum et operarum amissarum quasque amissurus quis esset inutilis factus.

On ne doute pas, qu'au sens de cette loi, il soit également possible d'agir au nom de personnes libres, comme si par exemple, un quadrupède a blessé un fils de famille ou un père de famille : bien évidemment il ne faut pas déformer le postulat selon lequel le corps d'un homme libre ne peut faire l'objet d'une évaluation ; il en va toutefois différemment des impenses faites dans les soins apportés pour la guérison, des journées de travail qui ont été perdues, ainsi que celles qui seront perdues [dans le futur], si l'on devient incapable de travailler.

Le fragment discute de la possibilité pour la victime d'un *pauperies*, soit d'une blessure causée par un animal quadrupède de troupeau, de faire valoir le dommage résultant pour elle de ses blessures et de sa perte de gain possible.

Il présente deux notions distinctes, mais qui permettent de bien comprendre la portée normative de cette extension prétorienne.

Premièrement, il reconnaît qu'il est possible d'agir au nom d'autrui, soit pour le compte de personnes libres⁴⁸³. Est mentionné, comme exemple, le père ou le fils de famille. La sentence de Gaius prouve qu'en droit romain classique, la valeur économique du travail d'un homme libre était prise en considération dans le cadre de la détermination du dommage. L'exemple du *pater familias* est à ce sujet révélateur. Ce n'est pas le seul fils de famille soumis à la *patria potestas* de son père, dont la force de travail pouvait être indemnisée sous l'angle de l'action *de pauperie*, mais bien également, le *pater familias* lui-même, citoyen romain à part entière.

⁴⁸³ Hausmaninger, *Schadenersatzrecht der lex Aquilia*, p. 35.

Deuxièmement, le fragment démontre qu'une différence était effectuée entre la valeur du corps qui ne donnait lieu à aucune indemnisation (*cum liberum corpus aestimationem non recipiat*) et la valeur économique du travail de l'homme libre qui elle, donnait lieu à indemnisation.

La valeur de ce travail se calculait en prenant en compte les soins nécessaires au rétablissement de la victime (*impensarum in curationem factarum*), la perte de travail subie (*operarum amissarum*), de même que celle du travail futur (*amissurus qui esset inutilis factus*).

Le fragment témoigne de la richesse conceptuelle atteinte à l'époque gaienne. En effet, une distinction, comme en droit moderne, est opérée entre les frais de traitement, le dommage passé, et le dommage à venir. Certes, le système est rudimentaire, mais il convient d'admirer la finesse de la distinction technique.

En ce qui concerne le calcul du dommage, aucun élément ne donne les clefs pour l'effectuer. On peut supposer que l'on calculait objectivement la valeur de la journée de travail perdue en la comparant au revenu de la journée moyenne de travail de la victime. Le III^e chapitre de la *lex Aquilia* n'explique en effet pas en quoi la plus haute valeur dans le mois précédant l'atteinte (*quanti e res fuit*) peut être réconciliée avec les frais de traitement ainsi que la perte de gain.

Ulpianus, D. 9,2,5,3

3. Si magister in disciplina vulneraverit servum vel occiderit, an Aquilia teneatur, quasi damnum iniuria dederit? Et Iulianus scribit Aquilia teneri eum, qui eluscaverat discipulum in disciplina: multo magis igitur in occiso idem erit dicendum. Proponitur autem apud eum species talis: sutor, inquit, puero discenti ingenuo filio familias, parum bene facienti quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. Dicit igitur Iulianus iniuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae iniuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causa: an ex locato, dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti: sed lege Aquilia posse agi non dubito.

3. Si un maître blesse ou tue un esclave qu'il instruit en le corrigeant, y a-t-il lieu de lui appliquer la loi aquilienne, comme s'il avait causé à l'esclave un dommage de manière illicite ? Julien pense qu'il y aurait lieu à cette action s'il avait rendu borgne l'esclave en le corrigeant, à plus forte raison s'il l'a tué. Julien propose à ce sujet ce cas : un cordonnier, enseignant son métier à un jeune homme libre et fils de famille qui ne faisait pas bien ce qu'il avait montré, frappa l'enfant à la tête avec un soulier et lui creva un œil. Julien dit qu'il n'y a pas lieu dans ce cas d'appliquer l'*actio iniuriarum*, parce que le maître n'a point eu intention de faire injure à son apprenti, mais seulement de le corriger et de l'instruire. Dira-t-on qu'on le fera condamner à réparer ce tort par l'action qui naît du contrat d'apprentissage conclu avec lui pour l'instruction de ce jeune homme, parce que celui qui s'oblige à enseigner un métier à un autre ne peut exercer qu'une correction légère. Pour ma part, je ne doute pas que l'action aquilienne soit ouverte dans ce cas.

Le fragment discute de la responsabilité du maître qui frappe physiquement son apprenti, un fils de famille (*filius familias*), et qui dans l'excès d'usage de son droit de correction, lui crève un œil.

Selon Ulpien, qui reprend les propos de Julien, l'action aquilienne doit être accordée au père de famille⁴⁸⁴. En effet, le maître d'apprentissage a dépassé les limites de son droit de correction, et doit indemniser le père pour les pertes qu'il subira des suites de l'énucléation de son fils.

Ulpianus, D. 9,2,7,pr.

Qua actione patrem consecuturum ait, quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus, et impendia, quae pro eius curatione fecerit.

Il (Julien) dit que le père, par cette action, pourra obtenir ce qu'il aura (perçu) de moins des œuvres de son fils en raison de son œil blessé (crevé), ainsi que les dépenses qu'il aura faites pour le soigner.

⁴⁸⁴ Feenstra, *Application de la loi Aquilia en cas d'homicide*, pp. 148 ss.

Le fragment est situé à la suite immédiate du D. 9,2,6, qui posait le principe de la responsabilité du maître d'apprentissage ayant énucléé un fils de famille dont il était chargé de l'instruction.

Il permet de mesurer de manière certaine la façon dont Ulpien, reprenant les thèses de Julien, considérait qu'il fallait calculer le dommage subi par un fils de famille libre. À l'état embryonnaire, le fragment comporte les règles de calcul modernes du dommage causé à une personne physique.

Le père est la personne qui a le droit d'agir au nom de son fils. Deux indemnités peuvent être perçues.

Premièrement, les frais de traitement du fils doivent être indemnisés (*impensia, quae pro eius curatione fecerit*)⁴⁸⁵. Économiquement, ces frais ne visent pas à rembourser une perte de gain, mais à maintenir en vie le garçon. On pourrait presque être tenté de soutenir que certains frais ne sont pas commandés par la volonté de maintenir le fils en tant que « valeur économique », mais plus dictés par celle de permettre à la victime de recevoir des soins appropriés. En effet, si l'on excepte les risques d'infection, un œil crevé ne demande pas les mêmes soins que ne l'aurait requis le fait d'être écrasé sous un char.

Deuxièmement, la perte de la force de travail du fils (la perte de soutien en droit moderne) occasionnée par le fait que son invalidité partielle ne lui permet plus de travailler avec la même efficacité qu'auparavant (*quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus*), doit être indemnisée. L'emploi du participe futur *habiturus* est à remarquer, car il démontre que le dommage se calcule en allant vers le futur, et qu'il désigne une perte à venir, non encore survenue dans le patrimoine du père⁴⁸⁶.

485 Dans le même sens, Feenstra, *Application de la loi Aquilia en cas d'homicide*, pp. 149-150.

486 Feenstra, *Application de la loi Aquilia en cas d'homicide*, pp. 149-150.

Cette prise en compte de ce dommage causé à une personne, même si elle reste fragmentaire, est avant tout dictée par l'appauvrissement du père, bien plus que par d'éventuelles considérations d'affection.

Ulpianus, D. 19,2,13,4

Item Iulianus libro octagesimo sexto Digestorum scripsit, si sutor puero parum bene facienti forma calcei tam vehementer cervicem percusserit, ut ei oculus effunderetur, ex locato esse actionem patri eius : quamvis enim magistris levis castigatio concessa sit, tamen hunc modum non tenuisse : sed et de aquilia supra diximus. iniuriarum autem actionem competere iulianus negat, quia non iniuriae faciendae causa hoc fecerit, sed praecipendi.

Julien écrit encore au livre 86 du *Digeste* : Si un cordonnier, peu content de son apprenti, le frappe violemment à la tête et lui crève un œil, le père aura contre lui l'*action locati*. Car, quoique les maîtres doivent avoir le droit d'infliger une correction modérée, celui-ci a passé les bornes. On a même dit plus haut qu'il y avait contre lui lieu à l'action aquilienne. Julien pense qu'il n'y aurait pas lieu en ce cas à l'*actio iniuriarum*, parce que c'est dans l'intention d'instruire son apprenti, et non de lui faire injure qu'il s'est porté à cet excès.

Ce fragment est situé au livre 19,2 du *Digeste* qui traite de la *locatio conductio*.

Il discute de la responsabilité du maître d'apprentissage, un cordonnier, qui usant de son droit de correction frappe son élève (un fils libre de famille) avec une chaussure, et lui crève un œil.

La question débattue consiste en la détermination de la possibilité pour le père d'intenter l'action aquilienne contre le maître d'apprentissage responsable de l'énucléation de son fils⁴⁸⁷.

Ulpien fait siens les propos de Julien en reconnaissant que le maître a dépassé les bornes de son droit modéré de correction, ce qui est constituée une

⁴⁸⁷ Sur cette question, Wittmann, pp. 90 ss.

faute. Selon ce fragment, le maître engage sa responsabilité aquilienne en faisant référence à D.19,2,13, disposition concernant la responsabilité d'un cocher qui provoque la mort d'un des esclaves qu'il était censé transporter.

Ulpien reprend enfin les propos de Julien qui affirment que l'*actio iniurarum* ne peut trouver application ici, du moment que le maître a agi de manière non à vouloir porter injure au père du jeune garçon, mais dans le but d'enseigner son métier à son fils.

Le fragment permet de considérer que le fils de famille, un non-esclave mais demeurant malgré tout *alieni iuris*, puisqu'il est soumis à la *patria potestas* de son père, peut, s'il est victime d'un dommage, obtenir des dommages et intérêts des suites de ses blessures, par l'action intentée par son père. Si l'on se réfère aux canons de la *lex Aquilia*, cet état de fait ne pourrait tomber que sous le coup du III^e chapitre, le fils n'étant que blessé et non tué.

Le fragment prouve ainsi que cette législation en droit post-classique pouvait offrir une protection aux hommes libres. Il est toutefois muet sur la manière dont il convient de calculer le dommage concrètement.

C. La non-indemnisation du préjudice d'affection

Alors que l'on pense que le préjudice d'affection est une notion moderne qui n'a été discutée qu'à l'orée du XIX^e siècle, il est surprenant de constater que cette question aujourd'hui essentielle a déjà été traitée en droit romain classique⁴⁸⁸. Le jurisconsulte Paul refuse d'indemniser un intérêt de pure affection, comme le prouve le présent fragment :

Paulus, D. 9,2,33, pr.

Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret. sextus quoque pedius ait pretia rerum non ex

488 Raber, *Zum pretium affectionis*, pp. 197-198.

*affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi : itaque eum, qui filium naturalem possidet, non eo locupletiore esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redempturus fuit, nec illum, qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset. in lege enim aquilia damnum consequimur : et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur*⁴⁸⁹.

Si mon esclave est tué, je pense qu'aucune valeur d'affection ne doit être prise en considération, comme dans le cas par exemple où ton fils naturel est tué ; tu serais prêt à l'acheter à un prix élevé alors que sa valeur est celle admise par tous. Sextus Pedius dit aussi que le prix des choses n'est déterminé ni par leur valeur affective ni par l'utilité qu'elles peuvent avoir pour une seule personne, mais par leur utilité partagée (par tous). C'est pourquoi celui qui possède son fils naturel comme esclave n'est pas plus riche de ce fait, parce que si une autre personne le possédait, il serait disposé à le racheter pour une somme importante ; de même on ne peut considérer que celui qui possède le fils d'un autre a (dans son patrimoine) la valeur qu'il obtiendrait s'il le vendait à son père. En effet, dans la *lex Aquilia*, nous n'obtenons que la réparation du dommage, et nous disons qu'a été perdu ce que nous aurions pu obtenir ou ce que nous sommes forcés de dépenser.

Le fragment procède à une discussion extrêmement subtile quant à la manière de calculer la valeur d'un esclave tué. Pour ce faire, Paul reprend l'idée de Sextus Pedius qui a recours à la fiction suivante : un esclave tué de manière illicite était le fils naturel du maître qui le possédait. On comprend aisément qu'un père puisse éprouver une affection forte pour son fils⁴⁹⁰.

Selon Paul, la valeur des choses se calcule objectivement, sans tenir compte de la valeur subjective d'affection ou d'utilité qu'a la chose pour une personne en particulier (*pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed com-*

489 Paul reprend la même idée dans D. 35,2,63,pr., première phrase : « *Pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur. Nec enim qui filium naturalem possidet tanto locupletior est, quod eum, si alius possideret, plurimo redempturus fuisset. Sed nec ille, qui filium alienum possidet, tantum habet, quanti eum patri vendere potest, nec expectandum est, dum vendat, sed in praesentia, non qua filius alicuius, sed qua homo aestimatur.* »

490 Raber, *Zum pretium affectionis*, p. 203.

munitur fungi). Ainsi, n'est pas plus riche le père qui possède comme esclave son fils naturel, de même que n'est pas de ce fait plus riche celui qui possède comme esclave le fils d'un tiers, à qui il aurait pu le vendre plus cher⁴⁹¹. On relèvera toutefois que, dans le cadre du quadrige (Paulus, D. 9,2,22,1), un certain degré de valeur subjective est pris en compte, du moins partiellement.

La difficulté d'interprétation du fragment provient de sa conclusion (*in lege enim Aquilia damnum consequimur et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur*) qui est en rapport avec les hypothèses émises comme l'atteste la présence de la conjonction *enim*.

Un juriste, imprégné du bagage juridique moderne, aura tendance à y voir les définitions de la perte éprouvée « ce que nous sommes forcés de dépenser » (*erogare cogimur*) et du gain manqué « ce que nous aurions pu obtenir » (*quod consequi potuimus*)⁴⁹². Ce propos général surprend, mais peut laisser entrevoir qu'à l'époque classique le dommage se comprenait déjà comme ayant une acception large intégrant le *lucrum cessans* et le *damnum emergens*⁴⁹³.

Il nous semble qu'il faut comprendre comme énonçant la règle que seules doivent être indemnisées les pertes dans l'action aquilienne qui ont une conséquence économique tangible pour le débiteur, et non des pertes éventuelles qui ne pourraient se justifier que par des éléments externes, comme la valeur d'affection ou l'utilité particulière.

En ce qui concerne la perte éprouvée, le maître qui perd son esclave aura droit à l'indemnisation de la plus haute valeur de cet esclave dans l'année précédente, en application du premier chapitre de la *lex Aquilia*. Cette valeur prendra en compte tous les éléments d'évaluation nécessaires à déterminer le prix d'un esclave disposant des mêmes qualités. Par contre, la valeur d'affection ne sera pas un critère dont la prise en compte sera fondamentale.

491 Pothier, *Pandectes*, p. 451.

492 Pichonnaz, *Fondements romains du droit privé*, N. 2516-2519, pp. 543-544.

493 Below, *Haftung für lucrum cessans*, p. 33, se pose la même question et conclut qu'il doit probablement s'agir de l'œuvre d'un compilateur.

De même, dans le cadre du gain manqué, on devra délimiter le manque à gagner du maître suite à la perte de l'esclave (à l'exclusion de la valeur d'affection). Le propriétaire du fils esclave d'autrui aura le droit d'exiger, outre le remplacement de l'esclave de même qualité, la prise en compte du travail que son esclave n'a pu effectuer. Par exemple, pour le cas du cordonnier ayant trop sévèrement réprimandé son apprenti, il s'agira des pertes de gains futures que l'apprenti aurait pu réaliser.

La *lex Aquilia* comporte ainsi par le développement tardif de la jurisprudence une importante évolution qui vise à prendre en compte, au-delà des frais médicaux d'une personne libre, la perte de gain prévisible causée par la lésion dont a été victime l'apprenti.

D. La réticence à indemniser les dommages « purement économiques »

Le droit romain se montrera également réticent à indemniser un dommage purement économique de nature hypothétique, limitant par là l'extension du dommage patrimonial⁴⁹⁴.

Ulpianus, D. 9,2,29,3

3. Item Labeo scribit, si, cum vi ventorum navis impulsam esset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. Idemque Labeo et Proculus et circa retia piscatorum, in quae navis piscatorum inciderat, aestimarunt. Plane si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum. Sed ubi damni iniuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur. Idemque et in venatoribus et in aucupibus probandum.

3. Le même Labeo écrit que si un bateau est poussé par la force du vent sur les cordages qui en retiennent un autre à l'ancre, et que les matelots n'ayant point d'autre moyen de débarrasser leur vaisseau coupent les cordages de l'autre, il n'y a contre eux aucune action. Labéon et Pro-

⁴⁹⁴ Below, *Haftung für lucrum cessans*, pp. 33-36 ; Rodger, *Labeo, Proculus and the ones that got away*, p. 411.

culus sont du même avis dans le cas d'un navire qui se trouverait bloqué dans des filets de pêcheurs. Il n'y a point de doute que l'action ait lieu si cet accident était arrivé par la faute des matelots. Mais si les pêcheurs sont en droit d'intenter l'action de la loi Aquilia contre des matelots par la faute desquels un vaisseau a rompu leurs filets, on ne prend pas en considération les poissons qui n'ont pas été pris à cause de cet événement parce qu'on ignore si le coup de filet aurait été bon. Il en faut dire de même lorsqu'il s'agit de filets tendus par des chasseurs pour prendre des animaux ou des oiseaux.

Ulpien poursuit la discussion en reprenant à nouveau les propos de Labeo, mais ajoute une hypothèse de fait. Un bateau est poussé par la force du vent. Ce navire finit par détruire les filets d'un pêcheur. Labeo, rejoint en cela par Ulpien, considère qu'aucune action n'est ouverte pour le propriétaire des bateaux et des filets, si les marins n'avaient pas d'autre solution pour se dégager. L'hypothèse subséquente qui retient la faute des marins, mais qui ne concerne pas la première partie du fragment, laisse supposer que ceux-ci se sont emmêlés dans les cordages en commettant une faute.

La deuxième moitié du fragment discute de la réalimentation du même dommage, mais survenu cette fois par la faute des matelots (*plane si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum*). Ulpien considère qu'il ne fait aucun doute que l'action aquilienne sera ouverte contre ces auteurs. Le fragment se concentre ensuite sur une question décisive, à savoir si le poisson non encore capturé dans les filets peut faire l'objet d'une indemnisation au titre du gain manqué.

Le fragment dénie la possibilité d'indemniser cet état de fait (*sed ubi damni iniuria agitur [...] non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur*) parce qu'il n'est pas certain que le maître aurait capturé ces poissons si ses filets n'avaient pas été endommagés.

La problématique est évidemment celle du dommage futur, mais aussi de la probabilité d'attraper du poisson consécutivement⁴⁹⁵ à l'acte illicite, et qui

495 Cette question pose naturellement la problématique de la causalité, sujet qui ne fait toutefois pas l'objet de notre étude.

ne consiste pas en une atteinte à un bien corporel ou matériel, mais dans la capacité de gain futur du lésé. En l'espèce, il s'agit de la perte de gain du pêcheur, qui ne pourra certainement pas vendre de poissons, suite à la destruction de son outil de production, à savoir son filet.

Le fragment est difficile à interpréter, en ce sens qu'il n'est pas aisé de savoir quel élément conduit à l'absence d'indemnisation. Est-ce une position de principe niant toute réparation d'un dommage hypothétique⁴⁹⁶, ou au contraire, n'est-ce qu'un simple jugement sur la base du cas d'espèce, dans lequel le pêcheur ne disposerait pas de suffisamment d'éléments de preuve pour étayer ses allégations.

La présence du futur antérieur « *incertum fuit* » « il aura été certain » nous fait pencher pour l'hypothèse de la position de principe.

L'hypothèse de la pétition de principe est encore étayée par le fait qu'une analogie est faite avec la chasse et les abeilles de l'apiculteur, sans que le fragment ne vise à réserver une place au dommage futur qui pourra éventuellement être prouvé.

Ce fragment démontre les limites du concept de dommage étendu de la *lex Aquila*. Le droit post-classique n'indemnise que le préjudice économique à la condition expresse qu'il soit certain. Ainsi, la perte d'un fruit certain, comme une récolte future dont dispose le propriétaire d'un champ (D. 9,2,27,21), du petit à naître d'une jument enceinte (D. 9,2, 39), donnerait lieu à indemnisation, mais pas le fruit hypothétique d'un pêcheur privé de ses filets.

Le critère de la certitude du dommage semble ainsi être le critère déterminant⁴⁹⁷. En adoptant cette approche, Ulpien reconnaît à la victime, dans le cas d'espèce, son dommage matériel (les filets détruits), mais pas son préjudice économique (les poissons qui n'ont pas encore été capturés).

⁴⁹⁶ Sur ce débat, Schebitz, *Berechnung*, pp. 196-197.

⁴⁹⁷ Below, *Haftung für lucrum cessans*, p. 37.

§ 16. Résumé conclusif de la seconde partie

Comme l'a montré notre analyse historique des origines de la *lex Aquilia*, l'introduction de cette disposition s'est faite dans le but de permettre à celui dont l'objet avait été détruit sans droit (*iniuria*), de disposer d'un moyen juridique pour exiger du responsable de cette atteinte qu'il soit contraint de la prendre en charge sous la forme d'un dédommagement de nature pécuniaire. La législation décenvirale comportait bien quelques règles éparses qui pouvaient permettre dans certains cas au propriétaire d'exiger une quelconque réparation, mais aucune disposition de nature générale qui aurait eu pour effet d'indemniser la perte patrimoniale induite par la destruction d'un objet. Au contraire de la victime d'un vol qui disposait de la *rei vindicatio*, voire de la *condictio* lorsque le voleur ne pouvait plus restituer la chose, le propriétaire d'un objet détruit se retrouvait dépourvu de toute protection contre le responsable de cet état de fait. La formulation de la *lex Aquilia*, par l'emploi de l'expression *damnas esto*, comble cette lacune et crée un lien de nature juridique ainsi qu'une véritable obligation au sens technique du terme à la charge de l'auteur, qui se voit ainsi obligé d'indemniser le lésé. L'auteur se retrouve désormais lié au lésé, et ne peut dès lors se délier de sa responsabilité, qu'en acquittant une somme d'argent représentant la contre-valeur de la chose endommagée ou détruite.

En introduisant une règle générale qui avait pour effet de protéger le propriétaire contre les atteintes les plus fréquentes, la *lex Aquilia* introduit un nouveau paramètre dans l'ordre juridique qui marque à notre sens les débuts de la prise en compte des intérêts de nature subjective de l'individu propriétaire.

La législation décenvirale avait pour but premier de protéger les fondements traditionnels de la société agraire romaine, que ce soit l'intégrité corporelle des individus libres, les récoltes, la demeure de la famille, ou l'honneur dudit chef de famille. La *lex Aquilia* dépasse ce cadre, en insistant non plus sur le respect des valeurs d'ordre quasi sacré, mais sur l'intérêt économique du propriétaire qui devient le véritable fondement de l'action aquilienne.

Cet intérêt économique se matérialise par la prise en compte de la plus haute valeur de la chose dans l'année (I^{er} chapitre), ou dans le mois (III^e chapitre) ayant précédé la survenance du dommage. Cette prise en compte consacre un mode de calcul objectif de la valeur de la chose, qui a pour finalité de protéger les intérêts patrimoniaux du lésé.

La *lex Aquilia* introduit ainsi une véritable dérogation d'ordre matériel au mode de calcul prévu par la loi des XII Tables qui consistait, comme nous l'avons vu, en des montants laissés probablement à la libre appréciation des parties (*pactio*), comme en cas de *membrum ruptum*, ou au contraire en un système de peines fixes comme avec les *poenae*.

Contrairement à l'expression décenvirale de *noxiam sarcire*, la réparation prévue par la *lex Aquilia* se base sur la chose endommagée, et trouve sa contre-valeur dans une somme d'argent. Ce calcul sur la valeur de la chose se fait en tenant compte de la plus haute valeur dans l'année précédente pour le meurtre d'un quadrupède de troupeau ou d'un esclave (*quanti id in eo anno plurimi fuit*), et de la valeur maximale de la chose dans les trente jours qui ont suivi sa destruction ou son endommagement (*quanti ea res erit in diebus triginta proximis*).

D'abord limité aux états de fait connus par la législation de la loi des XII Tables, *urere*, *frangere*, *rumpere*, le développement jurisprudentiel de ce dernier terme vers le *corrumpere*, prendra en compte les endommagements ou destructions causés aux choses, et conférera au III^e chapitre de la *lex Aquilia* une généralité qui permettra l'appréhension de toute atteinte patrimoniale quelle que soit la manière dont elle se sera répercutée sur l'objet patrimonial. Cette perte patrimoniale se matérialisera sous la notion de *damnum*, notion

héritée de la législation des XII Tables et qui désignait le montant que l'auteur devait payer à sa victime pour échapper à l'exercice du droit de vengeance de celle-ci (*damnum decidere*).

C'est effectivement dans cette prise en compte de l'atteinte patrimoniale par l'émergence de la notion juridique de *damnum*, notion qui prendra sa signification juridique autonome, que la *lex Aquilia* marquera une véritable dérogation par rapport au système précédemment en place. Encore imprégnée de quelques considérations d'ordre pénal lors de son adoption, elle s'en affranchira progressivement sous l'influence de la casuistique des juriconsultes.

La *lex Aquilia* visera à dédommager le propriétaire de l'objet non des atteintes à sa chose, mais du contrecoup subi par son patrimoine qui se retrouve diminué par la perte de valeur partielle ou totale du bien atteint. L'influence sur le patrimoine de la détérioration de la chose sera l'aune à laquelle se mesurera la nécessité d'indemniser le lésé. Les seules atteintes qui auront pour effet de diminuer la valeur de la chose donneront lieu au paiement d'une indemnité destinée à compenser la perte de valeur qui a été engendrée. Cette interprétation de la *lex Aquilia* aura pour conséquence de faire du patrimoine le véritable objet de protection de cette action, mais toujours par le biais d'une atteinte causée à une chose. Seules les atteintes qui lui seront causées seront appréhendées par l'*actio legis aquiliae*, si l'on fait exception de la valeur du travail de l'homme libre qui fera l'objet d'une protection partielle et tardive.

L'interprétation faite par les juriconsultes de la législation aquilienne ira toutefois plus loin que la simple prise en compte de la valeur de la chose détruite. Elle introduira l'intérêt subjectif du propriétaire comme mesure de valeur de la chose et non plus le seul « tarif » fixé par la détermination de la plus haute valeur de la chose. Cette extension trouvera sa source dans le développement des doctrines de l'*interesse* ou de l'*utilitas* qui permettront d'indemniser le propriétaire pour l'intérêt qu'il possède à la chose, cela dans les cas où l'intérêt du propriétaire au maintien de sa chose dépasse sa valeur vénale.

La notion de l'intérêt à la non-survenance du dommage est fondamentale en droit romain post-classique. Nous avons vu dans le cadre du présent chapitre

que le montant de l'indemnité accordée pour dédommager la victime pouvait aller au-delà de la valeur objective de la chose et même largement dépasser la valeur réelle de la chose, par exemple en cas de document détruit.

La valeur objective de la chose sert de point de départ, de valeur minimale. Au-delà, il convient de prendre en compte la valeur subjective de la chose pour son propriétaire. Cet intérêt n'est pris en considération par le droit romain qu'à la condition qu'il soit utile au maître et constitutif d'un intérêt certes subjectif, mais possédant une valeur marchande commune (*pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi*).

Comme le relève von Tuhr, l'intérêt dans le cadre de l'interprétation de la *lex Aquilia* est toujours en relation avec la destruction ou la perte d'une chose. Cet intérêt vient en supplément de la valeur objective de la chose pour laquelle l'intérêt objectif du propriétaire n'est pas considéré.

Le droit romain, s'il connaît de manière implicite la distinction entre gain manqué et perte éprouvée, ne l'a jamais théorisée comme telle sous cette appellation explicite. Les expressions de *damnum emergens* et de *lucrum cessans* sont des créations de la science pandectiste germanique du XIX^e siècle⁴⁹⁸. Le droit romain contient toutefois chez Paul⁴⁹⁹ la formule qui résume les deux intérêts : « *Dans la lex Aquilia, nous n'obtenons que la réparation du dommage et nous disons qu'a été perdu, ce que nous aurions pu obtenir ou ce que nous sommes forcés de dépenser.* »

Cette extension très importante de l'intérêt du lésé au-delà du texte même de la *lex Aquilia* ouvre un autre débat, celui des limites à apporter à la notion de dommage d'ordre patrimonial, afin d'éviter une extension trop grande de la notion qui ne serait plus maîtrisable et difficile à contenir.

Le droit romain fait en l'occurrence figure de fermeté en ne prenant en compte ni l'intérêt d'affection, ni la moindre douleur morale. Seuls des intérêts patri-

498 Voir *infra* § 18, p. 213.

499 Paul, D. 9,2,33,pr.

moniaux, à l'exception notable de l'intérêt du lésé à l'intégrité de la chose détruite sont pris en compte⁵⁰⁰. Le droit romain n'offre pas de fantaisie, mais propose un modèle stable et prévisible qui s'affranchit de toutes valeurs morales et intérêts qui ne trouvent pas de véritable assise dans une valeur commune objective.

Nous analyserons dans la troisième partie la manière dont ces fondements romains ont été repris par la jurisprudence suisse, ce qui explique peut-être la réticence de notre instance suprême à accepter la prise en compte de nouveaux types de dommages.

⁵⁰⁰ Ulpianus, D. 9,2,27,17 : « *Ergo etsi pretio quidem non sit deterior servus factus, verum sumptus in salutem eius et sanitatem facti sunt, in haec mihi videri damnum datum.* » En conséquence, du moins, quoique l'esclave ne soit pas devenu meilleur marché en ce qui concerne son prix, en réalité, il convient de prendre en compte les dépenses effectuées par le maître pour le conserver et le guérir ; je pense que celles-ci peuvent être considérées comme un dommage infligé.

Troisième partie : Le droit suisse

**Le dommage aquilien en droit suisse, entre
différence patrimoniale, intérêt à la
non-survenance et normativité**

À titre d'exemple, perdre un enfant, cela donne droit à une indemnité pour tort moral d'un maximum de 50'000 francs. C'est dérisoire. Pour une personne devenue totalement invalide à la suite d'une erreur médicale, les sommes peuvent certes aller au-delà du million [...]. Mais si les victimes saisissent les tribunaux, c'est d'abord en raison d'une blessure de leur dignité d'homme et de femme [...]

Interview de Maître Mauro Poggia [avocat genevois] dans le journal *Construire* du 18 août 2008, pp. 28-29.

§ 17. Généralités et problématique

Le dommage juridiquement reconnu réside dans la diminution involontaire de la fortune nette. Il peut consister en une réduction de l'actif, en une augmentation du passif ou dans un gain manqué; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine et le montant que celui-ci aurait atteint si l'événement dommageable ne s'était pas produit⁵⁰¹.

C'est par cette formule sibylline, presque mathématique, que le Tribunal fédéral tranche la question de la définition de la notion du dommage extracontractuel en droit privé suisse. La proposition se veut claire, scientifique, absente de valeurs morales⁵⁰², et ainsi à même de régler l'ensemble des cas de dommage examinés⁵⁰³. Elle est également utilisée pour le calcul du dommage contractuel⁵⁰⁴.

Véritable pierre angulaire du système, la théorie de la différence imprègne l'ensemble de la jurisprudence du Tribunal fédéral dans les causes rendues en matière de droit de la responsabilité civile. Il n'est pas un arrêt sur une pro-

501 Par exemple ATF 126 II 388 consid. 11, jurisprudence constante.

502 Honsell, *Kritik des Interessenbegriffs*, p. 72.

503 Oftinger quant à lui reprend la même idée : « *Aus der Umschreibung des Schadens als einer Vermögens Verminderung lässt sich entnehmen, dass die Feststellung des Schadens das Ergebnis einer Vergleichung zweier Stände des Vermögens ist. Der Schaden ist infolgedessen dahin zu definieren, dass er gleich der Differenz ist zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens des Geschädigten und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.* »

504 Gauch/Schluep/Tercier, *Partie générale du droit des obligations*, N. 1586, p. 70 ; Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, p. 472 ; Becker, *Berner Kommentar ad art. 97 CO*, N. 26, p. 467 ; Cuendet, *La faute contractuelle*, N. 54, pp. 32-33.

blématique nouvelle où notre instance suprême ne commence par la mentionner⁵⁰⁵. C'est par son application que le Tribunal fédéral a récemment considéré que la naissance d'un enfant non désiré constituait un dommage⁵⁰⁶, ou qu'il a rejeté la théorie de la perte d'une chance⁵⁰⁷. C'est en dérogation avec elle qu'il a consacré le dommage normatif ménager⁵⁰⁸, ou qu'il a jugé que le lésé avait un droit subjectif au maintien de son patrimoine, même dans les cas où il ne subissait pas de diminution effective de celui-ci⁵⁰⁹. C'est aussi en référence à ce concept que le Tribunal fédéral a rejeté les nouvelles théories du dommage que sont la *commercialisation*⁵¹⁰ et la *frustration*⁵¹¹.

Si la plus haute autorité judiciaire maintient avec rigueur cette théorie, la doctrine lui est beaucoup moins favorable⁵¹². La majorité de celle-ci critique abondamment cette figure qu'elle accuse au mieux d'être artificielle⁵¹³, souvent d'être trop restrictive, car ne prenant en compte que les atteintes de nature économique et patrimoniale⁵¹⁴, voire d'être également totalement inadaptée aux besoins du monde moderne⁵¹⁵. Au contraire, une thèse récente considère la théorie de la différence comme une méthode toujours satisfaisante malgré les critiques très dogmatiques de la doctrine⁵¹⁶.

505 Voir, dans la section suivante, l'analyse des arrêts récents en matière de responsabilité civile qui, tous, se basent sur la théorie de la différence.

506 ATF 132 III 359.

507 ATF 133 III 462.

508 Chappuis, B., *Le moment du dommage*, N. 107, pp. 48-49 : « C'est qu'en réalité, la dénomination de dommage normatif, loin de renfermer un concept unique d'un dommage aux contours clairement tracés, regroupe bien plutôt toutes les exceptions faites à la théorie de la différence, le cas le plus significatif dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, étant celui du dommage ménager. »

509 ATF 129 III 331.

510 ATF 126 III 388, 393.

511 ATF 115 II 474.

512 Brehm, BK ad art. 41 CO, N. 70, p. 37 ; Lüchinger, *Schadenersatz*, N. 63 ss, pp. 25 ss ; Roberto, *Schadensrecht*, pp. 113 ss ; Kissling, *Dogmatische Begründung des Haushaltschadens*, pp. 44 ss.

513 Lüchinger, *Schadenersatz*, p. 32 ; Gauch, *Grenzüberschreitungen*, p. 299 ; Honsell, *Kritik des Interessenbegriffs*, p. 72 ; Werro, *Responsabilité civile*, N. 43-44, p. 19.

514 Roberto, *Schadensrecht*, pp. 113 ss.

515 Dupont, *Dommage écologique*, N. 467 ss, pp. 141 ss ; Schwenzler, *Obligationenrecht*, N. 14.11 et 14.12, pp. 79-80.

516 Chappuis, B., *Le moment du dommage*, N. 69-77, pp. 29-34.

Le but de la présente partie consacrée au droit suisse sera de remonter aux racines de cette théorie, et de démontrer que, si elle n'est nullement imposée, ni par le texte de l'ancien Code fédéral des obligations de 1881 ni par celui, actuel, de 1911⁵¹⁷, elle ne s'est pas moins imposée comme l'alpha et l'oméga de toute conception du dommage en droit suisse.

Dans le cadre de cette deuxième partie, nous tenterons de mettre en lumière et de faire ressortir la manière dont la théorie de la différence est appréhendée et appliquée. Nous montrerons comment cette méthode de calcul, au départ une parmi d'autres, deviendra par la suite la seule acceptable aux yeux du Tribunal fédéral. Elle replacera ainsi à l'arrière-plan conceptuel les notions d'intérêt du lésé à la non-survenance du dommage, ou le droit à l'intégrité de la chose du lésé.

Après une analyse détaillée de la jurisprudence récente sur la notion de dommage, nous analyserons les différents types de dommages existants et tenterons de les définir. Nous les comparerons également avec la jurisprudence en matière contractuelle.

Nous proposerons ensuite une discussion sur les nouveaux types de dommages, en partant des critiques émises sur la théorie de la différence pour arriver aux dommages de frustration et de commercialisation, ainsi qu'au dommage écologique et non patrimonial.

⁵¹⁷ Lüchinger, *Schadenersatz*, N. 39, pp. 17-18.

§ 18. Les origines historiques de la théorie de la différence et sa réception et concrétisation en droit suisse

A. Les origines doctrinales de la théorie de la différence

1. Des jurisconsultes romains à Georg-Friedrich Puchta

La doctrine, dans sa quasi-totalité, expose que le Tribunal fédéral suit la théorie de la différence comme point de départ à tout calcul du dommage en droit suisse⁵¹⁸. Si elle cite abondamment les décisions jurisprudentielles des cinquante dernières années, rares sont les auteurs qui remontent au XIX^e siècle et cherchent à comprendre comment le Tribunal fédéral a pu être amené à graver cette notion dans le marbre du droit prétorien au point de lui conférer ce statut presque sacré.

Cette absence de perspective nous semble préjudiciable à une saine compréhension du débat juridique actuel⁵¹⁹, car le recul historique permet de saisir de quelle manière et pour quelle raison une solution donnée s'est imposée.

518 Werro, *Commentaire romand ad art. 41 CO* ; Gauch, *Grenzüberschreitungen*, pp. 295-296 ; Engel, *Traité*, p. 472 ; Deschenaux/Tercier, N. 3, pp. 45-46 ; Honsell, N. 11, p. 76 ; Oftinger/Stark, *Haftpflichtrecht*, N. 1-10, pp. 70-72.

519 Ce fait provient principalement de ce que seuls les arrêts du Tribunal fédéral rédigés après l'année 1954 sont accessibles sous forme électronique dans les bases de données juridiques ou sur Internet. Les arrêts antérieurs n'existent que sous forme papier et sont en conséquence moins lus, tant par les greffiers de Cour que par les praticiens et professeurs. Leur importance en tant que sources du droit s'en trouve passablement réduite.

Par ailleurs, grâce à l'approche choisie, nous pouvons établir un lien avec le droit romain qui a dégagé une notion du dommage se caractérisant par l'axiome de la diminution du patrimoine. Axiome qui, nous le verrons, a été repris par le droit suisse dans les contours qu'en a sculptés le Tribunal fédéral.

Dans la partie consacrée à la définition romaine du dommage, nous avons utilisé cette expression du grammairien Varron pour qui le dommage représentait une diminution de patrimoine :

Varron, *De Lingua latina*, Liber V, 176 (116-27 av. J.-C.)

Damnum a demptione, cum minus re factum quam quanti constat. Lucrum ab luendo, si amplius quam ut exsolveret, quanti esset receptum.

Le terme *damnum* vient du mot diminution (*demptio*), lorsque l'on a « fait moins d'affaires » que ce que cela a coûté. Le mot gain vient de *luere* qui veut dire « libérer, délivrer », si l'on a dégagé *exsolvere* plus que ce que l'on a payé [pour la chose].

Varron se propose dans sa définition de travailler sur l'hypothèse de la vente d'un objet et de s'intéresser à son impact économique. Il insiste sur le fait qu'il s'agit d'opérer une comparaison entre les coûts dégagés par l'opération commerciale envisagée avec ce qu'elle a rapporté. Si le résultat de cette comparaison est négatif, on a affaire à une diminution de patrimoine (*damnum*) que l'on fait équivaloir à une perte. Au contraire, si le résultat est positif, il s'agit d'un gain (*lucrum*) car l'on a perçu et dégagé plus que le prix de la chose vendue. On voit ainsi que, pour Varron déjà, l'idée de comparaison de l'état du patrimoine avant et après la vente est décisive pour se poser la question du gain ou de la perte. Selon lui, le *damnum* est une diminution de patrimoine, sous la forme d'une affaire qui n'a pas été profitable. Elle s'inscrit également dans une logique comparative entre gain et perte.

De même, nous avons analysé ce fragment du jurisconsulte Paul qui faisait équivaloir le dommage *damnum* à une forme de diminution de patrimoine. Nous avons démontré que le droit romain classique de la *lex Aqu-*

lia voyait le dommage dans son acception économique en se dégageant de toute considération de nature punitive. Même si la théorie de la différence n'est pas préconisée directement en droit romain mais est conceptuellement sous-jacente, on remarque que Paul, dans le fragment cité ci-après, reprend le même raisonnement que celui de Varron en considérant que le dommage est une forme de diminution du patrimoine.

Paulus, D. 39,2,3,47

Damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt.

Les termes de *damnum*, de *damnatio* découlent du mot *ademptio* (fait d'enlever) qui est une forme de quasi-diminution du patrimoine.

Paul ne se contente pas de faire équivaloir dommage et patrimoine. S'il re-travaille le noyau conceptuel de Varron en utilisant les termes de *damnum* (dommage) et de *ademptio* (fait d'enlever), il ne fait pas nécessairement équivaloir dommage et diminution de patrimoine. Paul énonce que la diminution de patrimoine est une forme de dommage, mais non la seule. D'après lui, le dommage ne représente pas uniquement une diminution de patrimoine.

Pour sa part, le jurisconsulte Hugues Doneau (1527-1591) reprend l'idée de Paul mais la développe avec la subtilité qui caractérise ce grand humaniste :

Damnum, inquit Paulus, ab ademptione, idest a demendo, & quasi deminutione patrimonii dictum est. Ut sit ipsum videlicet ademptio deminutione patrimonii. Recte hoc ita dicitur, cum originem verbi quaerimus. Cum rem, addere debemus, cum qui deminuit de alieno nullius lucri nostri causa. Nam si quid hic sit lucri nostri causa, delictum in alias species proprias cadit, sitque aut furtum, aut rapina, aut extorsio, & concussio, & si quae sunt aliae species, quibus aliena subtrahuntur, de quibus postea suo ordine. Damnum omne infertur dupliciter. Aut enim infertur allato interitu vel corruptione rei, ut cum quid alieni interimitur, uritur, frangitur, rumpitur. Aut ipsum salvis & integris rebus contingit ita, ut cum

*res per se integrae maneant, pereant tamen domino nihilominus; ut, si animal compenditum solverit, ut fugeret*⁵²⁰.

La notion de dommage vient, dit [le jurisconsulte] Paul, du fait d'enlever, c'est-à-dire de diminuer, et donc d'une quasi-diminution de patrimoine. Ainsi, celui-ci [le dommage] est bien entendu un enlèvement et une diminution du patrimoine. De manière plus juste, on devrait en dire ainsi si nous nous intéressons à l'origine des mots. Nous devons ajouter, lorsque la chose qui a été diminuée n'a causé aucun gain à l'autre partie [qui a endommagé la chose]. En effet, si l'autre partie s'est enrichie par un gain, le délit tombe dans une autre catégorie, il s'agit soit de vol, de rapine, d'extorsion ou de concussion et pour tous les autres cas du même genre. Ce type de dommages se calcule au double. En effet, [le dommage] s'entend de toute destruction ou corruption de la chose, lorsque par exemple quelqu'un a tué, brûlé, brisé ou rompu quelque chose appartenant à autrui ou lorsque la chose se maintient dans son intégrité et en bonne santé, mais il n'en reste rien pour le maître, comme lorsqu'il [l'auteur] a délivré un animal attaché, lui permettant ainsi de fuir.

Ainsi, selon Doneau, le critère déterminant de la définition de dommage demeure, comme pour Paul, dans le fait qu'il se manifeste sous la forme d'une diminution de patrimoine pour le propriétaire de la chose. Pour lui, le dommage aquilien est nécessairement patrimonial. Ce que Doneau ajoute toutefois, c'est que cette diminution de patrimoine ne doit pas se traduire par un gain pour l'auteur. Dans un tel cas, l'on sort du champ du droit de la responsabilité civile au sens de la *lex Aquilia*, pour entrer dans le domaine d'autres états de fait, à l'instar du vol ou de la concussion. L'idée de Doneau est très intéressante et novatrice. Le Tribunal fédéral raisonnera d'une manière similaire dans l'arrêt Schnyder relatif à la remise de gain en cas d'atteinte par voie de presse en opposant responsabilité civile et enrichissement illégitime⁵²¹.

520 Doneau, *Opera omnia*, IV, Cap. XXVI, p. 4.

521 ATF 133 III 153 consid. 3.5, voir *infra* § 19, p. 255.

Deux auteurs de l'école pandectiste allemande ont repris le concept romain de l'intérêt à la non-survenance du dommage⁵²², et l'ont combiné avec l'idée de la différence de patrimoine subie par le lésé. Il est fondamental à ce stade de l'analyse de se souvenir qu'il s'agit de définir l'intérêt du lésé à la non-survenance du dommage, mais non de cimenter une définition stricte et mathématique de la notion de dommage.

Le jurisconsulte allemand Puchta discute le premier de la pertinence du concept de la notion d'intérêt à la non-survenance du dommage, et le fonde sur la réalité de la différence de patrimoine subie par la victime. C'est le premier auteur, à notre connaissance, qui parle expressément de différence de patrimoine. La doctrine suisse semble méconnaître la réalité historique⁵²³ en affirmant que Mommsen a formulé le premier la théorie de la différence dans son ouvrage *Zur Lehre von dem Interesse* en 1855. C'est en fait Puchta qui l'énonce en 1824.

*Interesse als Gegenstand einer Forderung ist die Differenz zwischen dem gegenwärtigen, nach einem beschädigenden Ereignis bestehenden Vermögen und dem Betrag desselben, wie er ohne jenes Ereignis sein würde, und es schliesst die Minderung des Vermögens sowohl um einen gegenwärtigen Bestandtheil (damnum, positiver Schaden, s. g. damnum emergens), als um einen künftigen ein (lucrum, lucrum cessans, negativer Schaden, entgangener Gewinn)*⁵²⁴.

Plus loin, le même auteur continue sur la manière dont il convient de chiffrer concrètement cet intérêt (*aestimation*). Cette estimation correspond dans les

522 Comme le souligne de manière fort perspicace Lüchinger, *Schadenersatz*, N. 57, p. 24, Mommsen ne fait pas équivaloir l'intérêt au dommage. Pour Mommsen, l'intérêt et le dommage sont deux concepts différents ; voir à ce sujet le fait qu'il donne le titre de *Zur Lehre von dem Interesse* à son ouvrage et non *Zur Lehre vom Schadenersatz* ; cf. Mommsen, *Interesse*, pp. 7 ss.

523 Il est à déplorer que l'entier de la doctrine suisse cite Mommsen comme père de la théorie de la différence, ce qui démontre que l'analyse historique du droit privé suisse est négligée par les auteurs ; par exemple, Chappuis, B., *Le moment du dommage*, N. 70-71, pp. 30-31 ; Kissling, *Dogmatische Begründung des Haushaltschadens*, pp. 48-49 ; Gauch/Schluemp/Emmeneger/Schmid, vol. 2 ; N. 2849, p. 138.

524 Puchta, *Lehrbuch der Pandekten*, § 225, p. 346.

faits à ce que nous appellerions en français juridique moderne les dommages et intérêts. On voit ainsi que, pour Puchta, il s'agit dans un premier temps de définir l'intérêt du lésé à ne pas voir son patrimoine diminué, et dans un deuxième temps, de calculer matériellement le montant de l'indemnité.

*Die Aestimation des Interesse geschieht nach folgenden Grundsätzen :
1) Nur Vermögensinteresse kann Gegenstand einer Forderung sein. 2)
Nur der Nachtheil kommt in Anschlag, welcher durch das beschädigen-
de Ereignis (unmittelbar oder mittelbar) wirklich hervorgebracht worden
ist. 3) Der durch individuelle Umstände und Verhältnisse vermittelte Ver-
lust wird der Regel nach nur bei dem positiven Schaden berücksichtigt,
wo sich denn auch der Kausalzusammenhang sicher ermitteln lässt,
nicht hinsichtlich des entgangenen Gewinns, bei welchem nur der gemei-
ne, durch die Sache und ihre allgemeine Bestimmung selbst gegebene
(utilitas circa rem ipsam) in Anschlag kommt [...]*⁵²⁵.

Cette vision de Puchta est décisive. Il analyse bien plus finement que Mommsen cet intérêt patrimonial. Il limite la créance en dommages et intérêts à l'intérêt patrimonial subi en lien de causalité directe ou indirecte avec l'acte dommageable. Puchta observe également une importante distinction entre le dommage positif (*damnum emergens*) et le dommage négatif (*lucrum cessans*).

C'est Puchta et la science pandectiste allemande qui systématisent le droit privé romain. Ils créent les deux notions souvent opposées de *damnum emergens* et *lucrum cessans*, concepts existants à l'état latent en droit romain, mais qui n'ont jamais été résumés de la sorte et mis en avant-plan de la discussion dogmatique. L'apparente opposition entre les deux concepts de *dommage positif* et de *dommage négatif* est plutôt de nature formelle, et vise à donner à la notion technique de dommage son champ d'application le plus large possible.

⁵²⁵ Puchta, *Lehrbuch der Pandekten*, § 225, pp. 346-347.

Selon Puchta, les circonstances personnelles propres du demandeur ne sont à prendre en considération que pour le *damnum emergens* qui est plus facile à calculer, car il ne relève pas d'un calcul hypothétique, une perte pouvant se mesurer objectivement. Pour le *lucrum cessans*, très hypothétique, il convient de ne prendre en considération que l'utilité de la chose pour elle-même (*utilitas circa rem ipsam*) et de ne pas étendre l'indemnisation au-delà du raisonnable.

Mommsen dans sa célèbre œuvre *Zur Lehre von dem Interesse* reprend les propos de Puchta et développe une théorie similaire à la sienne :

*Der Ausdruck : id quod interest weist auf eine Vergleichung hin, und eine solche liegt dem Begriff des Interesse zu Grunde. Unter dem Interesse in seiner technischen Bedeutung verstehen wir nämlich die Differenz zwischen dem Betrage, welchen dieses Vermögen einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkt ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde*⁵²⁶.

Pour Mommsen, l'intérêt équivaut à la comparaison de l'état du patrimoine du lésé à deux moments distincts. Il s'agit du montant du patrimoine après la survenance du dommage et le montant qu'aurait atteint ce patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit. Ce raisonnement fait entrer en ligne de compte deux instants temporels, et se base sur un calcul de nature hypothétique. En effet, le montant du patrimoine qu'aurait atteint celui-ci sans l'événement dommageable relève de la conjecture. En pratique, s'il s'agit d'un dommage complexe, on devra souvent avoir recours à l'avis d'un expert pour le déterminer.

⁵²⁶ Mommsen, *Interesse*, p. 3. (L'expression : *id quod interest* renvoie à une comparaison et celle-ci a pour base la notion d'intérêt. Sous la notion d'intérêt dans son sens technique, nous comprenons en effet la différence entre le montant que vaudrait le patrimoine d'une personne identique au lésé et la valeur qu'aurait ce patrimoine sans la survenance d'un certain événement dommageable, ce dans l'intervalle de temps considéré.)

Le terreau de la théorie de la différence sera exploité par le juriste von Tuhr qui développera la sienne propre en 1924.

2. La conception de von Tuhr, base du raisonnement du Tribunal fédéral

Une lecture attentive du jurisconsulte von Tuhr⁵²⁷ nous permettra de comprendre que ce sont les vues doctrinales de cet auteur qui ont le plus influencé le Tribunal fédéral dans sa manière d'envisager la notion de dommage en droit des obligations. Tous les éléments concrets de la définition actuelle du Tribunal fédéral sont contenus dans celle proposée par ce juriste⁵²⁸. D'ailleurs il le citera presque mot pour mot dans son ATF 71 II 86 du 29 mai 1945 qui formulera pour la première fois le dommage comme étant équivalent à une diminution de patrimoine⁵²⁹.

Selon von Tuhr, le dommage consiste nécessairement en une diminution de patrimoine, « *Schaden ist Verminderung des Vermögens* »⁵³⁰. À son avis, toujours, ce dommage se manifeste sous la forme d'une différence entre le patrimoine actuel du lésé et celui qu'il aurait eu si le dommage ne s'était pas produit⁵³¹. Cette définition s'inscrit ainsi dans la filiation conceptuelle de celle de Puchta et de Mommsen.

527 Andreas von Tuhr, 1864-1925, est né à St-Pétersbourg et mort à Zurich. En plus d'être le très grand juriste qui a rédigé le fameux *Obligationenrecht* encore cité dans sa 3^e éd. de 1979 par le Tribunal fédéral, c'est un distingué romaniste dont la contribution sur le dommage aquilien *Schadensersatz nach der Lex Aquilia* a abondamment été mentionné dans la partie de droit romain de notre thèse. Source www.catalogus-professorum-halensis.de/thurandreasvon.html (site de l'Université de Halle où von Tuhr a été professeur, dernière consultation le 4 février 2009).

528 Chappuis, B., *Le moment du dommage*, N. 70, p. 30, relève à raison que ni von Tuhr ni le Tribunal fédéral ne se sont jamais référés à Mommsen.

529 Voir N. 4 *infra* dans ce même chapitre.

530 Von Tuhr, *Obligationenrecht 1924*, p. 68.

531 « *Der Schaden besteht in der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögen des Geschädigten und dem Bestand, den sein Vermögen hätte, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Daher bezeichnet man des Schaden oft als das Vermögensinteresse oder kurzweg als das Interesse des Geschädigten* », von Tuhr, *Obligationenrecht 1924*, p. 69.

Ce qui est fondamental pour von Tuhr, c'est que le dommage doit nécessairement représenter une diminution de patrimoine. Seuls les préjudices de nature économique sont englobés dans la définition qu'il en donne. Cela est vrai pour l'atteinte au patrimoine qui se manifeste tant par la perte éprouvée que sous la forme d'un gain manqué. Cette différence de patrimoine est alors également constitutive d'un dommage indemnisable au sens juridique du terme.

L'autre élément essentiel est que von Tuhr opère une analogie entre dommage et intérêt. Pour ce juriste, le dommage est un intérêt patrimonial ou, dit plus simplement, l'intérêt du lésé : « *Daher bezeichnet man des Schaden oft als das Vermögensinteresse oder kurzweg als das Interesse des geschädigten.* » Ce rapprochement est un raccourci conceptuel entre les notions de dommage et d'intérêt. Tant pour les jurisconsultes romains que pour Puchta et Mommsen, le dommage n'a jamais été l'équivalent de l'intérêt du lésé. C'est von Tuhr qui, par sa définition, va introduire en droit suisse le fait que le dommage équivaut à l'intérêt nécessairement patrimonial du lésé. Faire équivaloir dommage et intérêt imprègnera la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui jusqu'à ce jour, ne distingue pas véritablement les deux concepts.

3. Teneur de l'Ancien Code fédéral des obligations de 1881

Les travaux préparatoires et les rapports publiés des commissions d'experts ayant œuvré à la rédaction du Code fédéral des obligations de 1881 (ci-après aCO) ne contiennent à notre connaissance presque aucune information relative au droit de la responsabilité civile et à la compensation des actes illicites, et encore moins à la question de la manière de calculer et d'établir le dommage⁵³². D'ailleurs, le projet initial de Code fédéral des obligations n'a été que très peu modifié devant les Chambres fédérales⁵³³, démontrant par

532 Voir *Beschlüsse der Commissions für Berathung des Gesetz-Entwurfes eines Schweizerischen Obligationenrechts*, Berne, 1877, pp. 12-15.

533 Von Wyss, *Haftpflichtfrage 1879*, p. 74 : « *Da vorauszusehen ist, dass speziell in unserer Frage die Bestimmungen des Entwurfes ohne erhebliche Veränderung zur Annahme gelan-*

là qu'il n'y a eu que peu de débats substantiels sur ce point au Parlement. C'est dès lors vers le Message qu'il faut se tourner pour obtenir les quelques renseignements disponibles sur la notion de dommage dans le droit de la responsabilité civile.

Le Message du Conseil fédéral⁵³⁴ ne s'attarde malheureusement pas non plus sur la nature et la définition du dommage énoncée à l'article 50 aCO. De manière fort concise, il mentionne toutefois que le juge doit disposer du plus libre pouvoir d'examen du dommage possible. Il est intéressant de relever que le législateur n'a pas précisé l'ampleur de celui-ci, et laisse le juge décider de savoir si le dommage direct seul doit être indemnisé, ou s'il convient d'étendre cette notion au dommage indirect.

C'est au juge qu'il appartiendra par conséquent de décider la question fort subtile de savoir s'il y a lieu de tenir compte du dommage direct seulement ou bien aussi du dommage indirect, du dommage positif seulement ou bien aussi de la perte d'un gain [...]»⁵³⁵.

Cette notion ouverte du dommage offre ainsi au juge une importante marge d'interprétation qu'il ne manquera pas de concrétiser dans la jurisprudence relative au Code fédéral des obligations⁵³⁶. Force est de constater que le Conseil fédéral a volontairement laissé la question ouverte dans son Message, craignant peut-être de susciter des oppositions si cette définition avait dû se montrer trop large.

Ainsi, comme relevé, le Code des obligations du 14 juin 1881⁵³⁷ ne contenait déjà quant à lui aucune définition positive de la notion de dommage. Le terme

gen werden, so mögen dieselben hier noch kurz erwähnt sein. Gleich dem gesamten Inhalte des Entwurfes zeigen sie das Bestreben, die in der deutschen und romanischen Schweiz geltenden Rechtsanschauungen so weit möglich zu versöhnen und mit den vom modernen Verkehrsleben postulierten positiven Satzungen zu kombinieren. »

534 Message du Conseil fédéral à la Haute Assemblée fédérale concernant le projet d'une loi fédérale sur les obligations et le droit commercial, FF 32 (1880), pp. 147 ss.

535 Message du 14 juin 1881, p. 1150.

536 Burckhardt, *Revision*, pp. 473-475.

537 Code fédéral des obligations du 14 juin 1881 FF 33 (1881), pp. 6 ss.

de dommage était mentionné dans l'article 50 aCO comme l'une des conditions nécessaires au bien-fondé d'une action pour acte illicite sans que la loi se risquât même à se prononcer sur sa réelle nature dogmatique :

Quiconque cause sans droit un dommage à autrui, soit à dessein, soit par négligence ou par imprudence, est tenu de le réparer.

On remarque que le texte de la loi ne mentionne nullement la forme que doit revêtir le dommage causé. Le terme est utilisé seul, sans la moindre précision quant à savoir si ce dommage se limite au dommage patrimonial ou s'il englobe également celui causé à des intérêts de nature idéale ou patrimoniale. La théorie de la différence n'est nullement spécifiée comme manière de le calculer. Il n'est pas non plus précisé que le lésé ne doit pas se retrouver enrichi des suites de l'indemnisation de son dommage.

Cette ouverture de la notion de dommage dans le Code fédéral des obligations semble prouver que ce n'est pas le législateur qui voulait une définition limitative du dommage, mais que ce sera bien la jurisprudence du Tribunal fédéral qui en sculptera de si restrictifs contours. Au contraire, le texte de l'article 50 aCO ne restreint pas le dommage comme le faisait celui de la *lex Aquilia* ou le fera plus tard le § 823 du BGB allemand (Bürgerliches Gesetzbuch du 1^{er} janvier 1900). La notion large de dommage est dans la filiation conceptuelle de l'article 1382 du Code civil français de 1804 qui emploie le terme, sans tenter de le définir⁵³⁸. Elle résulte d'un compromis entre les traditions juridiques des cantons germaniques et des cantons romands francophones⁵³⁹, qui connaissaient dans leurs législations la clause générale de l'ancien article 1382 du Code civil français. Le BGB allemand (§ 823 al. 1) se distancierait du modèle français et suisse, en listant de manière exemplative les différents types de dommages susceptibles d'être indemnisés⁵⁴⁰, ouvrant

538 « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige, celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.* »

539 À ce sujet, voir Martin, *Le code civil dans le canton de Genève, son influence dans le reste de la Suisse romande*, pp. 882 ss.

540 § 823 al. 1 BGB : « (1) *Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt,*

une vision plus restrictive de cette notion que celle qui est connue en France et en Suisse.

L'article 51 aCO contenait toutefois une règle équivalente aux articles 43 et 44 du Code des obligations actuel et qui encadrait la manière dont le juge se devait de déterminer le dommage :

Le juge détermine, d'après les circonstances et d'après la gravité de la faute, la nature et l'importance de l'indemnité.

S'il y a également une faute imputable à la partie lésée, le juge peut réduire proportionnellement les dommages et intérêts ou même n'en point allouer du tout.

Si le deuxième alinéa de l'article 51 de l'ancien Code fédéral des obligations ne nous intéresse pas directement car il a trait à l'importance de la faute concomitante sur le montant de l'indemnité, le premier alinéa discute très précisément de notre problématique. En effet, il énonce que la *nature* et l'*importance* de l'indemnité sont du ressort de l'appréciation du juge. Ce faisant, la loi laisse supposer que l'indemnité compensant le dommage peut se faire valoir tant en nature que sous une forme monétaire ou de nature patrimoniale. Rien n'impose dès lors, selon la lettre de la loi, une indemnisation patrimoniale sous la forme de la théorie de la différence que le lésé aurait pu atteindre des suites de l'événement dommageable.

Les articles 52, 53 et 54 aCO⁵⁴¹ contiennent quant à eux des règles relatives au remboursement des frais en cas de lésions corporelles, et de mort

ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. » L'emploi du terme « *sonstiges Recht* » qui laisse entrevoir que d'autres droits peuvent venir compléter la liste, est source de difficiles questions d'appréciation.

541 Art. 52. En cas de mort d'homme, les dommages et intérêts comprennent les frais faits, notamment ceux d'inhumation. Si la mort n'est pas survenue immédiatement, ils comprennent en particulier les dépenses de traitement, ainsi que le préjudice causé par l'incapacité de travail. Lorsque, par suite de la mort, d'autres personnes sont privées de leur soutien, il y a également lieu de les indemniser de cette perte.

Art. 53. En cas de lésion corporelle, la personne lésée a droit au remboursement des frais et aux dommages et intérêts résultant d'une incapacité de travail totale ou partielle. Si elle

d'homme. Ils sont très proches des actuels articles 45 et 46 du CO, mais ne donnent pas de véritables renseignements quant à la forme que doit endosser le dommage. La liberté du juge reste également importante sur ce point.

Ainsi, dans le texte de l'ancien Code fédéral des obligations, rien ne force le juge à poser le postulat selon lequel le dommage doit forcément être de nature patrimoniale. Sa liberté en la matière est totale.

C'est dès lors la jurisprudence du Tribunal fédéral qui a modelé les différentes facettes de la notion de dommage en insistant particulièrement sur l'importance de la diminution de patrimoine. Comme nous le verrons dans les arrêts discutés ci-après, elle se montrera d'une rare constance en définissant le dommage comme devant nécessairement revêtir une forme de nature patrimoniale, et en excluant dans ses évolutions futures, surtout après 1954, tout dommage idéal ou de nature non économique comme non indemnisable.

4. Teneur du Code fédéral des obligations de 1911

L'article 41 al. 1 du Code fédéral des obligations de 1911 (CO) ne contient pas, tout comme l'ancien Code fédéral de 1811, de définition générale du dommage. La loi reste totalement muette sur la question :

Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer.

a été mutilée ou défigurée d'une manière qui compromette son avenir, le juge peut aussi lui allouer une indemnité pour ce préjudice.

Art. 54. En cas de lésion corporelle ou de mort d'homme, le juge peut, en tenant compte des circonstances particulières, notamment s'il y a eu dol ou faute grave, allouer une somme équitable à la victime ou à sa famille, indépendamment de la réparation du dommage constaté.

L'article 42 al. 1 CO contient des règles générales sur la fixation du dommage qui expliquent que le juge se doit de prendre en considération le cours ordinaire des choses dans la fixation de celui-ci :

Lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée.

L'article 43 al. 1 CO contient une règle qui rejoint l'ancien article 51 al. 1 aCO en postulant que le juge reste libre de moduler le montant de l'indemnité en fonction du degré de faute de l'auteur. Cette conception souple est propre au droit suisse et s'écarte ainsi du « *alles oder nichts Prinzip* » allemand :

Le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute.

Ainsi, selon la lettre du Code des obligations actuel, le mode et l'étendue de la réparation sont laissés à l'appréciation du juge⁵⁴². Le dommage correspond à la perte subie par le lésé. L'indemnisation, ou montant qui viendra compenser cette perte, s'élèvera au maximum du montant réel du dommage⁵⁴³ en raison du principe selon lequel le lésé ne peut se retrouver enrichi des suites du dommage.

L'article 43 al. 1 CO ne mentionne plus la « nature » de l'indemnité mais laisse le juge libre sur la manière de calculer ce « mode » de réparation. C'est dès lors bien la jurisprudence du Tribunal fédéral qui impose que le dommage revête un caractère de nature patrimoniale.

Le texte de cet article n'impose ainsi aucune manière de concevoir le dommage. Au contraire, le juge dispose d'un pouvoir très important d'interpréta-

⁵⁴² Sur la flexibilité du système suisse, voir Winiger, *La gravité de la faute du responsable*, pp. 15-27.

⁵⁴³ Pour plus de détails sur la question, voir *infra* § 20, p. 281.

tion en relation avec cette notion. Rien ne le force à considérer que le dommage doit forcément être de nature patrimoniale. L'exclusion du préjudice d'affection ne peut en aucun cas trouver son fondement dans la lettre du Code des obligations.

C'est dès lors bien la jurisprudence du Tribunal fédéral qui a restreint la portée du dommage en le faisant forcément correspondre à une différence de patrimoine. C'est pourquoi nous allons analyser en détail la manière dont la théorie de la différence s'est implantée peu à peu dans la jurisprudence helvétique⁵⁴⁴. Nous verrons que loin d'être un parcours réservé aux historiens en droit, les arrêts discutés éclairent la notion moderne de dommage.

B. L'implantation de la théorie de la différence comme fondement de la théorie du dommage dans la jurisprudence du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral, dans sa jurisprudence actuelle⁵⁴⁵, définit le dommage en ayant recours à la même formule cristalline qu'il a pour la première fois énoncée sous cette forme dans l'arrêt *Merck & Co*⁵⁴⁶. Cette définition est toujours

544 Les écrits d'Eugen Huber, *Schweizerisches Privatrecht*, vol. 4, pp. 899-900, n'apportent pas de plus amples explications : « *Das Dahinfallen der alten Anschauungen erzeugte nun aber nebedem noch eine Entwicklung nach anderer Richtung, nämlich betreffend die Bestimmung des Schadenersatzes. Die Busse im alten Sinne war ein fester Ansatz, der nicht nur die Privatstrafe in sich fasste, sondern überdies jeden besonderen Schadenersatz ausschloss. Ob der Schaden klein oder gross, so konnte für eine gewisse Schädigung die Busse und nur Sie verlangt werden, und wo aber eine Regelung wirklichen Schadenersatzes eingeführt wurde, pflegte man ausführliche Bestimmungen über die Abschätzung dieses Schadens durch Gericht oder Nachbarn aufzustellen. [...] Daraus ergab sich nun für das moderne Recht, dass Schadenersatz bei unerlaubter Handlung, ausser dem Normalfall, da Schaden in nachweisbarem Umfang vorliegt, in zwei weiteren Fällen zuerkannt wurde : Einmal nämlich da, wo ein Schaden zwar möglich und wahrscheinlich, ja bestimmt anzunehmen, aber nicht in bestimmten Umfang nachweisbar ist : Der Richter spricht alsdann nach seinem Ermessen eine bestimmte Summe zu. Und zweitens da, wo gar nicht von Schaden die Rede ist, aber doch eine Genugthuung gegeben werden will, die nicht eine öffentlich Strafe bedeuten, sondern dem Verletzten zufallen soll, so dass in dieser Hinsicht alsdann, in der Gestalt eines Ersatzanspruches ohne vorliegenden ökonomischen Schaden, die alte private Busse auch im modernen Recht Anerkennung gefunden hat. »*

545 ATF 133 III 462 consid. 4.4.3.

546 ATF 97 II 168.

d'actualité, même dans les arrêts les plus récents, et a reçu le qualificatif de « *théorie classique du dommage* »⁵⁴⁷.

Le dommage se définit comme la diminution involontaire de la fortune nette ; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine aurait si l'événement dommageable ne s'était pas produit. Il peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif.

La définition du patrimoine est une question difficile⁵⁴⁸. La doctrine le définit traditionnellement comme étant « *l'ensemble des biens d'une personne qui ont ou peuvent avoir une valeur économique* »⁵⁴⁹ à l'exclusion des « *droits de la personnalité qui ont pour objet les intérêts personnels au sens de l'article 28 CC* »⁵⁵⁰.

Cette concrétisation de la théorie de la différence se manifeste dans tous les arrêts majeurs du Tribunal fédéral rendus en matière de dommage ces dix dernières années. Que ce soit pour dénier que la perte d'une chance⁵⁵¹ constitue un dommage, ou considérer que la naissance d'un enfant non désiré donne lieu à l'octroi de dommages et intérêts⁵⁵², dans tous les cas, le Tribunal fédéral fonde son raisonnement en ayant recours aux lumières que lui apporte cette théorie lui permettant de définir le dommage.

Ainsi, selon cette définition, le dommage juridiquement reconnu consiste en « *une diminution involontaire de la fortune nette* ». Cette diminution de patri-

547 Gauch, *Grenzüberschreitungen*, p. 295, discute de manière perspicace la fonction de cette notion classique : « *Wie jeder Begriff, so hat auch der klassische (oder natürliche) Schadensbegriff die inhärente Eigenschaft "auszuschliessen" und zu "begrenzen". Was nicht unter seine Definition fällt, ist nach Massgabe des ihm zugedachten Zweckes kein Schaden im Rechtsinne, der einen Schadenersatzanspruch begründen kann, oder kurz : kein ersatzfähiger Schaden.* »

548 Koller, T., *Subjektivierung des Vermögensbegriffs*, p. 25.

549 Deschenaux/Tercier, *Responsabilité civile*, N. 7, p. 46 ; Engel, *Traité*, p. 473 ; Chappuis, B., *Le moment du dommage*, N. 76, pp. 33-34.

550 Deschenaux/Tercier, *Responsabilité civile*, N. 8, p. 46 ; Werro, *Responsabilité civile*, p. 19.

551 ATF 133 III 462 discuté *infra* § 19, p. 210.

552 ATF 132 III 359 discuté *infra* § 19, p. 221.

moine correspond à la différence de fortune nette entre le montant du patrimoine actuel et celui qu'il aurait eu si l'acte illicite n'était pas survenu. Elle peut couvrir aussi bien une diminution de l'actif ou une augmentation du passif, de même qu'un gain manqué. C'est d'ailleurs son principal atout de permettre d'englober en une seule formule et la perte éprouvée et le gain manqué.

La définition actuelle du dommage employée en droit suisse ne contient plus du tout la notion d'intérêt à la non-survenance du dommage. Le terme même d'intérêt, que l'on trouvait encore sous la plume de von Tuhr, a disparu. Le Tribunal fédéral fait l'économie du mot et du concept d'« intérêt » en faisant équivaloir diminution de fortune nette et dommage⁵⁵³. Alors que les juristes romains, sous l'angle de la *lex aquilia*, ont dégagé le concept d'intérêt du lésé à ce que le dommage ne se soit pas produit et que des auteurs comme Puchta, Mommsen et von Tuhr le mentionnent comme fondement de leurs raisonnements. Cet intérêt subjectif disparaîtra dans sa définition ultérieure et actuelle du dommage⁵⁵⁴. Selon le Tribunal fédéral, tout dommage devra consister en une diminution de patrimoine. C'est l'aboutissement d'un raisonnement juridique quelque peu boiteux, qui en mélangeant intérêt patrimonial, dommage et intérêt à la non-survenance du dommage conduira à certaines difficultés conceptuelles, notamment en matière de dommage écologique et de dommage causé à un intérêt de nature purement idéale.

Il n'est ainsi pas aisé de dater avec précision les premiers arrêts du Tribunal fédéral qui ont discuté la notion de dommage, ni de savoir sur quelles bases doctrinales ce dernier s'est appuyé pour choisir d'incorporer la théorie de la différence dans sa jurisprudence, en raison de l'absence de références doctrinales précises dans les premiers arrêts rendus à partir de 1876, date à laquelle notre haute instance pouvait être saisie par les particuliers comme recours suprême. C'est à partir de l'année 1874, an 1 du Tribunal fédéral, que celui-ci commencera son travail d'uniformisation de la pratique du droit privé en Suisse.

553 Comme semblait le préconiser Burckhardt, *Revision*, p. 473.

554 Lüchinger, *Schadenersatz*, N. 58, p. 24.

Malheureusement, les premiers arrêts rendus en matière de droit privé dès 1874 ne contiennent que très peu de références doctrinales, et ne citent également que rarement la jurisprudence, au contraire de ceux en droit contemporain qui listent abondamment précédents et sources. Il est donc peu aisé de savoir dans quelle mesure le Tribunal fédéral a tenu compte des idées des auteurs germaniques que nous avons mentionnés, les premiers ayant développé la théorie de la différence dans la mouvance pandectiste qui conduira à l'adoption du Code civil allemand en 1900. De manière similaire, les ouvrages doctrinaux de la fin du XIX^e et du début du XX^e ne contiennent que fort peu, voire aucune référence doctrinale⁵⁵⁵.

Le premier arrêt ayant, à notre sens, consacré et laissé entrevoir les prémices de la théorie moderne de la différence, est celui rendu par le Tribunal fédéral le 5 juillet 1888, dans une affaire ne concernant pas la responsabilité civile, mais relative à un problème d'expropriation de la servitude appartenant à une société de tir, et à la manière de calculer la valeur de cette servitude perdue⁵⁵⁶. L'arrêt se concentrait sur la façon de la déterminer. Le Tribunal fédéral développait un important raisonnement et approuvait le mode de calcul du dommage choisi par l'instance cantonale inférieure en ces termes :

Diese Werthung beruht durchaus auf richtigen Grundsätzen : Sie geht von der richtigen Erwägung aus, dass die Entschädigung so bemessen werden müsse, dass durch dieselbe die Differenz in der vermögensrechtlichen Lage der Schützengesellschaft vor und nach der Enteignung ausgeglichen werde, mit anderen Worten es ist der Vermögenswert, welchen das enteignete Servitut für die Schützengesellschaft besitzt, geschätzt

555 Il en va ainsi par exemple de l'ouvrage de Schneider et Fick, *Obligationenrecht*, 1^e éd., 1911, qui énonce que le dommage se limite à l'intérêt économique et réduit déjà le dommage à une atteinte de nature économique. C'est à notre sens la première définition si restrictive en droit suisse : « *Der Schaden im Sinne dieses Artikels beschränkt sich auf das Vermögensinteresse. Nur wo das Vermögen geschädigt wurde, ist ein Schade entstanden.* » Par contre, l'ouvrage ne contient pas de références jurisprudentielles aux arrêts du Tribunal fédéral, ni aux arrêts cantonaux. Il en va de même de l'article de référence de Burckhardt paru dans la revue de droit suisse en 1903, p. 473, qui mentionne que le dommage doit revêtir une forme patrimoniale, mais n'illustre ses propos au moyen d'aucun arrêt ou référence doctrinale.

556 ATF 14 444 du 5 juillet 1888 dans la cause *Schützengesellschaft Hergiswyl c. Jura-Bern-Luzern Bahngesellschaft*.

worden, indem dafür als massgebend derjenige Aufwand angenommen wurde, welchen die Schützengesellschaft zu machen haben werde, um anderwärts ein dem enteigneten gleichwerthiges Recht zu erwerben.

Le fragment cité contient tous les éléments essentiels de la théorie de la différence.

On y trouve premièrement une comparaison entre l'état du patrimoine de la société expropriée avant l'événement dommageable, et son état après l'expropriation. C'est cette comparaison qui permettra de déterminer la hauteur de l'indemnisation à accorder en compensation. Cette comparaison s'effectuera sur la base du patrimoine complet du lésé, soulignant par là l'aspect éminemment patrimonial de la théorie de la différence.

Ce qui est très important, deuxièmement, c'est que cette différence est posée comme étant équivalente à la valeur patrimoniale de la société de tir pour la possession de cette servitude (*der Vermögenswert, welchen die enteignete Servitut für die Schützengesellschaft besitzt*). Si le Tribunal fédéral n'emploie pas formellement le terme d'intérêt dans son considérant, c'est selon nous à l'évidence à cette notion qu'il convient de le rapprocher. Il s'agit en fait de l'intérêt subjectif, soit de la valeur de cette servitude dans la situation concrète du club de tir. En d'autres termes, cet intérêt subjectif du lésé est égal à cette différence. Dans le cas d'espèce, il doit couvrir les dépenses du lésé afin d'acquérir un droit équivalent.

Plus essentiel encore, l'arrêt dégage deux critères pour déterminer ce dommage. Il s'agit de l'intérêt subjectif du lésé, c'est-à-dire « *la valeur que la servitude expropriée possédait pour la société de tir* ». Pour mesurer toutefois cette valeur subjective, le Tribunal fédéral a recours à un critère de nature objective en prenant en considération les frais effectifs nécessaires au remplacement de la servitude expropriée. Ce critère des frais effectifs a pour fonction de limiter le dommage aux frais réels de remplacement, à l'exclusion de tous frais somptuaires ou dépassant la valeur du marché.

Cette même théorie de la différence sert de base au raisonnement du Tribunal fédéral dans une affaire de droit de la responsabilité civile du 23 juin 1900⁵⁵⁷. Le litige concernait la détermination du dommage consécutif à l'incendie de la maison d'habitation du demandeur causé par les étincelles dégagées par une locomotive.

Le raisonnement du Tribunal fédéral est fondamental et mérite d'être intégralement reproduit, en ce qu'il démontre comment celui-ci envisage la notion de dommage dans le cadre de l'immense marge d'interprétation que lui laissaient les textes des articles 50 et 51 aCO que nous avons mentionnés précédemment :

Le CO ne renfermant pas de dispositions particulières relatives à l'étendue de la réparation des dommages causés aux choses, ce sont les principes généraux posés aux articles 50 et 51 CO qui sont applicables. L'article 50 CO parle seulement de la « réparation du dommage causé à autrui » sans spécifier plus exactement ce qu'il faut considérer comme dommage susceptible de réparation ; il résulte de là qu'en principe la réparation doit s'étendre à la totalité du dommage, sous réserve de droit du juge d'apprécier les circonstances particulières de chaque cas, et notamment de la faute (art. 51 CO). L'indemnité doit donc être calculée en principe de façon à couvrir la différence entre la position de fortune actuelle du lésé et sa position de fortune antérieure à l'événement dommageable. (ATF 14, p. 448)

Lors donc que la réparation ne peut avoir lieu in natura par remise en état de la chose endommagée, et que force est ainsi d'allouer au lésé des dommages-intérêts en argent, le lésé a droit, sous réserve toujours de l'appréciation du juge prévue à l'article 51 CO, au paiement des sommes nécessaires pour remettre dans son état primitif la chose endommagée ou détruite, en tenant compte équitablement des avantages qui peuvent résulter pour le dit [sic] lésé du remplacement d'une chose peut-être vieille et usée par une chose neuve. C'est d'ailleurs d'après ce principe que le dommage a été évalué par les premiers juges dans l'arrêt attaqué.

557 JT 1900 466 dans la cause Weiss c. Compagnie du Nord-Est.

Le raisonnement du Tribunal fédéral rappelle que le juge n'est pas lié par une quelconque définition du dommage et qu'il est libre de l'interpréter. Comme notre Haute Cour le constate, celui-ci n'est pas défini dans la loi, élément qui a pour effet de conférer un très large pouvoir d'examen au juge chargé d'examiner le cas qui lui est soumis. À ce dommage (perte patrimoniale) s'oppose une indemnité qui viendra couvrir la différence entre ces deux positions de fortune. Le dommage au sens de cette définition peut dès lors se concevoir comme correspondant à une diminution de patrimoine. L'indemnité se comprenant comme la somme allouée au lésé pour combler ce dommage.

Sous réserve des principes généraux (faute concomitante, influence de la faute et autres facteurs) de réduction figurant à l'article 51 aCO), le juge est libre de déterminer l'indemnité. Celle-ci devra en principe avoir pour fonction de couvrir la totalité du dommage subi par le lésé.

Plus intéressant, le Tribunal fédéral mentionne la théorie de la différence, en soulignant que l'indemnité doit être calculée afin de couvrir en principe « *la différence entre la position de fortune actuelle du lésé, et sa position de fortune antérieure à l'événement dommageable* ». Par cette brève formule, le Tribunal fédéral pose la deuxième pierre d'un édifice conceptuel qu'il ne reniera jamais par la suite. En insistant qu'il convient de prendre en compte les avantages dont jouit le lésé des suites du dommage, il énonce le principe selon lequel le lésé ne doit pas s'en retrouver enrichi. En d'autres termes, un des corollaires de la théorie de la différence est la *compensatio lucri cum damno*, à savoir la compensation de l'indemnité du lésé, avec les gains que celui-ci a pu effectuer en raison de l'acte illicite.

Un autre élément fondamental est à relever dans la définition du Tribunal fédéral, lequel ne se borne pas à mentionner cette seule théorie de la différence. Notre Haute Cour prend le temps d'opérer une importante distinction entre réparation en nature et réparation par un succédané, à savoir des dommages et intérêts. Ainsi, selon cette définition, l'indemnité ne se comprend pas que sous son angle économique, mais également sous sa fonction de remise en état de la chose détruite, la « *remise dans son état primitif de la chose endommagée ou détruite* » .

Plus encore, le Tribunal fédéral précise la fonction de cette indemnité. Elle doit viser, « *au paiement des sommes nécessaires pour remettre dans son état primitif la chose endommagée ou détruite* ». En d'autres termes, le lésé a le droit d'être remis dans la situation qui aurait été la sienne si le dommage ne s'était pas produit. La théorie de la différence n'est ainsi pas le point de départ de la notion de dommage, mais sa conséquence. C'est parce qu'il convient de replacer le lésé dans la situation qui aurait été la sienne si le dommage ne s'était pas produit qu'il s'agit de lui accorder une indemnité correspondant à son dommage patrimonial, à savoir en l'espèce la diminution de celui-ci.

Le principe de cet intérêt positif du lésé au maintien de son patrimoine est aussi contenu dans le contentieux en matière contractuelle, soulignant la connexité entre les aspects délictuels et contractuels sur ce point dès les origines de la concrétisation du droit fédéral⁵⁵⁸.

Ainsi, le Tribunal fédéral, dans une affaire concernant le calcul des dommages et intérêts dus par un employeur qui refusait d'honorer le contrat de travail conclu avec son employé en ne le laissant pas commencer son travail, définissait le principe suivant⁵⁵⁹ :

Gemäss den vom Bundesgericht in konstanter Praxis anerkannten Grundsätzen über die Schadenersatzpflicht bei vorzeitiger Dienstentlassung ist die Beklagte verpflichtet, dem Kläger den Betrag des Lohnes, welchen er während der Vertragsdauer verdient haben würde, zu ersetzen, abzüglich des Verdienstes, welchen der Kläger durch das Freiwerden seiner Arbeitskraft anderweitig zu machen in der Lage ist. [...]

L'arrêt ne mentionne ni la théorie de la différence ni le terme d'intérêt. Le Tribunal fédéral définit la fonction de l'indemnité à verser à l'employé comme devant être égale au montant de ce que cet ouvrier aurait gagné pendant la durée du contrat, si celui-ci avait été exécuté correctement, déduction faite de

558 Voir *infra* § 21, p. 291, pour une analyse détaillée des rapports entre dommages contractuels et délictuels.

559 ATF 25 II 37 du 21 avril 1899 dans la cause Leutwyler c. Roth, Maher & Cie consid. 7, pp. 317-318.

ce que le travailleur aurait pu gagner en raison de la libération de sa capacité de travail. Il s'agit en fait de l'intérêt positif, soit de l'intérêt du lésé à la bonne exécution du contrat. Cet intérêt a pour fonction de replacer le lésé dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été valablement exécuté.

Cet intérêt positif du contrat peut sans problème majeur être réconcilié avec la théorie de la différence dont il n'est qu'une manifestation. Ceci est illustré dans un arrêt de 1899 relatif à un bail à ferme résilié en temps inopportun⁵⁶⁰. Dans la manière de procéder au calcul de l'intérêt positif à l'exécution du contrat, le Tribunal fédéral a cette fois-ci clairement recours à la théorie de la différence pour calculer le montant de l'indemnité :

Es handelt sich also um eine Schadenersatzklage wegen Nichterfüllung eines Vertrages, deren Ziel nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, art. 110ff. OR, in der Erstattung des Erfüllungsinteresses besteht, d.h. in dem Ersatz der Differenz zwischen der günstigeren Vermögenslage des Klägers, wie sie sich bei gehöriger Erfüllung des Vertrages würde gestaltet haben, und derjenigen ungünstigeren, welche sich nun infolge der Nichterfüllung ergibt.

La Haute instance opère de nouveau une comparaison entre deux moments distincts. Elle compare le montant moins élevé du patrimoine actuel du lésé et le montant hypothétique plus avantageux dont se trouverait augmenté celui-ci si le contrat avait bien été exécuté dans les délais.

Cette théorie de la différence se retrouve encore au centre de l'inexécution contractuelle dans le contrat de vente et le calcul du dommage dans la différence entre le dommage concret⁵⁶¹ et le dommage abstrait⁵⁶² :

Dabei ist der konkrete Schaden in der Regel gleich der Differenz zwischen dem vertragsmässigen Kaufpreis, einerseits, und dem bei anderweitigem

⁵⁶⁰ ATF 25 II 778 du 7 octobre 1899 dans la cause Rüschi c. consid. 3 p. 781.

⁵⁶¹ Pour les définitions des dommages concrets et abstraits, voir *infra* § 22, p. 301.

⁵⁶² ATF 33 II 241 du 19 décembre 1906 dans la cause Brauerer Oerlikon c. Woll & Neumann consid. 2, p. 243.

Verkauf des Kaufobjektes erlösten geringeren Preise, andererseits ; der abstrakte Schaden dagegen besteht in der Differenz zwischen vertragsmässigem Kaufpreis, einerseits, und dem Verkehrswert des Kaufobjektes in dem Momente, wo der Verkäufer vom Verträge zurücktritt, oder in dem Zeitpunkt, auf welchem die Abnahme des Kaufobjektes hätte erfolgen sollen, andererseits.

Le Tribunal fédéral procède ici à une distinction entre le dommage concret et le dommage abstrait⁵⁶³. Le dommage concret se calcule sur la base de la différence entre le prix contractuel convenu dans le cadre de la première vente et le prix de vente successif. Le dommage abstrait prend pour seconde valeur de référence la valeur du marché de la chose vendue (*Verkehrswert*) et non la valeur à laquelle le lésé aurait concrètement pu revendre la chose.

Cet intérêt à l'exécution contractuelle se retrouve encore exprimé dans un arrêt de 1908 relatif à une commande d'imprimés publicitaires qui n'avait pas été honorée par l'hôtel qui les avait commandés. Le Tribunal fédéral devait alors calculer la valeur de ce contrat d'édition dénoncé fautivement par le commanditaire : il condamna alors le défendeur à rembourser⁵⁶⁴ :

Zum Ersatz des dem Kläger durch die Nichterfüllung zugefügten Schadens, also zum Ersatz des Erfüllungsinteresses (« positiven Vertragsinteresses »), d.h. des Betrages, welchen der Kläger bei Ausführung des ihm bestellten Wertes verdient hätte.

Le Tribunal fédéral fait équivaloir l'intérêt à l'exécution à l'intérêt positif, et considère que les deux notions sont synonymes. La valeur de cet intérêt positif est équivalente à ce que le demandeur aurait gagné si le contrat avait bien été exécuté par son cocontractant.

⁵⁶³ Voir *infra* § 22, p. 301.

⁵⁶⁴ ATF 34 II 715 du 18 décembre 1908 dans la cause Haikln c. Seiler et frères consid. 7, pp. 728-729.

Dans un arrêt de 1924⁵⁶⁵, le Tribunal fédéral réconcilie une fois de plus les notions d'intérêt subjectif avec la théorie de la différence, soulignant encore par là la filiation conceptuelle évidente entre ces deux notions :

Allein bei der unerlaubten Handlung nicht weniger als bei der Nichterfüllung eines Vertrages fällt als Schaden nicht nur die Minderung des vorhandenen Vermögens des betroffenen, sondern auch die Vereitelung einer künftigen Vermögensvermehrung, d.h. der entgangene Gewinn in Betracht.

L'arrêt insiste sur le fait qu'il ne convient pas seulement de prendre en compte la diminution de valeur du patrimoine, mais que la perte de gain peut se matérialiser sous la forme de la non-réalisation d'un gain futur. L'instance suprême souligne ici que le dommage peut se manifester tant sous la forme d'une diminution du patrimoine, que d'une non-augmentation de celui-ci. Ces principes sont ainsi valables en droit contractuel comme en droit délictuel.

Dans un arrêt de 1938⁵⁶⁶ relatif au dommage causé à une automobile, le Tribunal fédéral se réapproprie la théorie de la différence et en précise la portée quant à la valeur de la chose détruite. Pour la première fois, il pose que le dommage doit nécessairement avoir une forme patrimoniale :

[...] Ein Schaden ist dann entstanden, wenn das gegenwärtige Vermögen des Geschädigten geringer ist, als es vor Eintritt des schädigenden Ereignisses war. Bei Zerstörung oder Beschädigung einer Sache ist zur Bestimmung des Wertverhältnisses auszugehen vom objektiven oder gemeinen Wert. Das ist der Tauschwert, d. h. die Summe, für welche der Eigentümer die Sache hätte verkaufen können. Der Schaden ist also nicht erst entstanden, wenn der Geschädigte die Sache verkauft und dabei die entsprechende Einbusse erleidet, es steht ihm selbstverständlich auch frei, die minderwertige Sache zu behalten und den Ausgleich zu beanspruchen.

565 ATF 50 II 375 du 15 octobre 1924 dans la cause Gemeinde Kloten c. Altorfer.

566 ATF 64 II 137 du 3 mai 1938 dans la cause Lüthi c. Gärtner.

Il convient ainsi pour calculer la valeur de la chose de se baser sur la valeur objective ou commune de celle-ci. Selon le Tribunal fédéral, cette valeur est la valeur d'échange, ou en d'autres termes, la valeur à laquelle le lésé aurait pu vendre la chose. Le caractère patrimonial du dommage est souligné par le fait que celui-ci existe dès que la chose est endommagée, et non lorsque le lésé vend la chose. Le dommage patrimonial se produit au moment de l'endommagement ou de la destruction de la chose. Le lésé peut donc choisir de ne pas faire réparer la chose et de la conserver endommagée tout en faisant valoir des dommages et intérêts.

Un arrêt du 22 novembre 1939 souligne à nouveau que la théorie de la différence s'applique également dans le cadre contractuel, à savoir également dans le contrat de vente⁵⁶⁷ :

Cette solution ne fait aucun doute, tout d'abord, dans les cas prévus aux art. 191 al. 2 et 3 et 215 al. 1 et 2, puisque ces dispositions autorisent formellement la partie dont le cocontractant est en demeure à mesurer son préjudice d'après la théorie de la différence entre le prix contractuel et le prix auquel s'il s'agit de l'acheteur, ce dernier s'est remplacé ou, s'il s'agit du vendeur, celui auquel il a de bonne foi revendu la marchandise, et même, lorsqu'il s'agit d'une marchandise ayant un prix courant ou cotée en bourse, à calculer le dommage de manière « abstraite », par la simple comparaison du prix du contrat avec le prix courant ou le cours de la marchandise en bourse.

C'est un arrêt de 1945 toutefois qui se rapproche le plus de la formulation actuelle de la théorie de la différence telle que nous la connaissons, et qui fait à notre sens entrer cette théorie dans la modernité⁵⁶⁸.

Nach art. 41 OR in Verbindung mit art. 50 OR ist daher der Kläger dem Beklagten zum Ersatz des aus der unerlaubten Handlung entstandenen Schadens verpflichtet. Schadenersatz zielt ab auf die Ausgleichung des

⁵⁶⁷ ATF 65 II 171 du 22 novembre 1929 dans la cause Noba SA c. A.G. für Chemische Produkte.

⁵⁶⁸ ATF 71 II 86 du 29 mai 1945 dans la cause Kitzinger c. Scherer consid. 4, pp. 88-89.

Interesses am Nichteintritt der schädigenden Tatsache. Auf das Vermögen bezogen ist also in Vergleichung zu setzen dessen Zustand infolge des Eintrittes des den Ersatz begründenden Ereignisses mit der Vermögenslage, die bestehen würde, wenn dieses Ereignis nicht eingetreten wäre.

Cette définition est d'une importance capitale, car elle définit les dommages et intérêts comme visant à couvrir l'intérêt à la non-réalisation du dommage. On retrouve ainsi dans cette définition l'intérêt à la non-survenance du dommage qu'avaient développé les jurisconsultes romains et que nous avons étudié en détail dans la partie y relative de notre travail. Ces dommages et intérêts ont pour fonction de couvrir la perte financière subie.

De plus, à notre connaissance, c'est la dernière décision du Tribunal fédéral qui définit les dommages et intérêts comme équivalents à l'intérêt du lésé à la non-survenance du dommage (*die Ausgleichung des Interesses am Nichteintritt der schädigenden Tatsache*). Cette prise en compte de l'intérêt du lésé à la non-survenance du dommage reprend le noyau conceptuel romain que nous avons discuté du *interesse non esse occisum*.

Cette définition du dommage reprend presque mot pour mot celle de von Tuhr dans son traité de 1924⁵⁶⁹, bien que le Tribunal fédéral ne fasse pas référence à cet auteur comme source de son raisonnement. La définition de von Tuhr était la suivante⁵⁷⁰ :

Der volle Schadenersatz begreift (so wenigstens in den Fällen des Vermögensschadens und beim Geldersatz) in sich die Ausgleichung des Interesses am Nichteintritt der schädigenden Tatsache. Auf das Vermögen bezogen ist also dessen Zustand für den Fall des Nichteintrittes des den Ersatz begründenden Ereignisses mit dem infolge Eintritts in Vergleichung zu setzen : Die Differenz ist der volle Schaden.

569 Lüchinger, *Schadenersatz im Vertragsrecht*, N. 61, p. 25.

570 Von Tuhr, *Obligationenrecht*, 1^{re} éd., 1924, p. 68.

Cet intérêt doit se calculer sur une base patrimoniale et en ayant recours à la différence de patrimoine entre la situation actuelle du lésé, et celle qui aurait été la sienne si l'acte ne s'était pas produit. Ce considérant démontre clairement que, pour le Tribunal fédéral, le dommage se calcule sur la base d'une atteinte patrimoniale, et que cette atteinte a pour condition nécessaire de se matérialiser sous une forme pécuniaire.

Un arrêt de 1956 insiste avec force sur le fait qu'un manque à gagner est également couvert s'il s'est possiblement réalisé selon le cours ordinaire des choses, même si la vraisemblance du gain manqué n'est pas démontrée avec une absolue certitude. Il est toutefois nécessaire que ce gain soit usuel ou se rapproche tout au moins de la certitude⁵⁷¹.

Ersatz für lucrum cessans, d. h. für Gewinnentgang, ist nach allgemeiner Lehre nur geschuldet, soweit es sich um einen üblichen oder sonstwie sicher in Aussicht stehenden Gewinn handelt.

Dans une affaire de 1961⁵⁷² relative à une action en responsabilité intentée contre un avocat qui avait failli à ses obligations⁵⁷³, le Tribunal fédéral pose que le préjudice d'affection n'est pas couvert dans la théorie suisse du dommage. Le dommage doit être patrimonial, condition désormais absolument centrale à laquelle l'on ne saurait déroger :

Or le dommage visé à l'art. 41 CO consiste dans une diminution du patrimoine ; c'est la différence entre le patrimoine actuel du lésé et celui qu'il aurait si l'événement dommageable ne s'était pas produit. Il s'agit donc d'un préjudice économique, qui ne laisse aucune place à l'intérêt d'affec-

571 ATF 82 II 397 du 24 mai 1956 dans la cause Immobilien A.-G. c. Ulrich consid. 6, pp. 401-402.

572 ATF 87 II 290 du 13 novembre 1961 dans la cause Véronèse c. X.

573 L'affaire concernait une veuve qui avait mandaté un avocat pour s'opposer à la procédure d'expropriation intentée contre elle par une collectivité publique. Ce terrain avait en effet pour elle une très importante valeur symbolique et affective. Suite à une erreur grave de son avocat, le terrain avait été exproprié. Elle décidait alors d'agir contre celui-ci en faisant valoir que la perte de sa parcelle lui avait causé un préjudice d'affection.

tion, sauf si cet intérêt est partagé par d'autres amateurs et confère à la chose une valeur d'échange plus élevée.

Alors que les autres arrêts que nous avons mentionnés exposent que le préjudice doit être de nature économique, aucun n'avait posé avec autant de clarté que cette exigence était un élément ontologique de la définition du dommage. Sa nature patrimoniale devient ainsi un des éléments composant la majeure du syllogisme de la dogmatique du dommage, bien que nous ayons vu que la loi ne lui impose aucune forme nécessairement patrimoniale.

Cet arrêt du Tribunal fédéral, dans une affaire pouvant sembler anecdotique de prime abord, est au contraire le premier à sacraliser le côté patrimonial du dommage. Le préjudice d'affection⁵⁷⁴ ne peut pas être pris en compte de même que tout préjudice de nature immatérielle. La jurisprudence posera dans cet arrêt qu'il convient que ce préjudice d'affection constitue un tort moral pour donner lieu à indemnisation⁵⁷⁵. C'est sur la base de cette jurisprudence que le Tribunal fédéral refusera de reconnaître le dommage de frustration causé par des vacances gâchées⁵⁷⁶, ainsi que le dommage causé par la perte de la jouissance de quelques pièces d'une villa familiale n'entraînant pas de conséquences patrimoniales⁵⁷⁷.

Cet arrêt très sévère et restrictif marquera toute la jurisprudence ultérieure du Tribunal fédéral qui ne cessera, comme nous allons le démontrer, de refuser de considérer de nouvelles formes de dommages qui ne rentrent pas

574 Cuendet, *Faute contractuelle*, p. 59, le définit comme « *exprim[ant] la valeur considérable prise par une chose uniquement pour des raisons personnelles, en dehors de toute appréciation économique* ».

575 « *Cette lésion constitue en réalité une atteinte aux intérêts personnels de dame Véronèse. En vertu de l'art. 28 al. 2 CC, une indemnité satisfaisante ne peut être allouée de ce chef que dans les cas prévus par la loi. La seule règle légale entrant en considération en l'espèce est l'art. 49 CO, qui peut également s'appliquer en cas d'inexécution d'un contrat. Mais cette disposition subordonne l'allocation d'une indemnité pour tort moral à la condition que le préjudice subi et la faute soient particulièrement graves. Ce n'est manifestement pas le cas en l'espèce. Du reste, la recourante, qui n'invoque point l'art. 49 CO, ne le prétend pas. On ne peut donc lui allouer une indemnité pour tort moral en vertu de cette disposition légale.* » (ATF 87 II 290 consid. 4b, p. 292)

576 ATF 115 II 474 consid. 2.

577 ATF 126 III 38, (394) consid. 11b.

dans les canons classiques de la théorie de la différence de par leur forme immatérielle ou non patrimoniale. L'arrêt Véronèse marque ainsi un tournant clair dans la définition moderne de la notion de dommage. Il confirme la volonté du Tribunal fédéral de limiter le dommage à un cadre strict et étroit, et de ne pas entrer dans une caractéristique qu'il craint de ne plus pouvoir maîtriser⁵⁷⁸. La motivation de notre instance suprême est limpide et éclaire très bien ses futurs développements jurisprudentiels⁵⁷⁹ :

La limitation apportée par la loi [le CO] au devoir de réparer les atteintes aux sentiments affectifs procède du souci de ne pas étendre indéfiniment l'obligation de réparation. Mais on peut se demander 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. Il peut paraître choquant que, dans ce cas, le mandataire échappe à toute responsabilité lorsque les conditions de l'art. 49 CO ne sont pas remplies. Cependant, on ne pourrait alors l'astreindre 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). Ce faisant, on pratiquerait une brèche dans le système parfaitement cohérent de la responsabilité civile et on ouvrirait la porte à une casuistique qui permettrait peut-être des solutions plus équitables dans quelques cas particuliers mais qui créerait l'incertitude et inciterait à des réclamations pour des atteintes minimes. Or c'est précisément ce que le législateur⁵⁸⁰ a voulu éviter. En pareil cas, la seule sanction est donc que le mandataire, n'ayant pas exécuté ses obligations, ne peut prétendre à aucune rétribution.

578 Pour une discussion de la problématique en droit allemand, Deutsch, *Immaterieller Schadenersatz*, pp. 551-567 ; en droit suisse, Serozan, *Tendenzen zur Normativierungen*, pp. 483 ss.

579 ATF 87 II 290 consid. 4c, p. 293.

580 Nous avons vu que ni les travaux préparatoires du Code fédéral des obligations de 1811 ni le Code des obligations de 1911 ne définissent la notion de dommage. Le législateur voulait laisser le juge le plus libre possible, cf. Message du Conseil fédéral de 1880 FF 32, pp. 147 ss.

Cet arrêt restrictif est critiquable⁵⁸¹. Sa motivation est simpliste, car l'avocat a fautivement manqué aux devoirs contractuels qu'il s'était expressément engagé à défendre et n'encourt malgré cela aucune condamnation de nature pécuniaire. En droit anglais, la solution est différente⁵⁸², à l'instar de ce que prévoient certains des principes discutés dans la dernière partie de notre étude. Il convient toutefois de ne pas oublier que, sur cette question du dommage immatériel, il est essentiel d'apporter une différence entre un contrat prévoyant spécialement la défense d'intérêts immatériels, et un acte illicite fortuit.

Un arrêt de 1964 insiste fortement dans le même sens sur l'importance de la diminution effective du patrimoine. L'affaire concernait une grave pollution de la rivière Broye qui avait entraîné la mort de nombreux poissons. Les Cantons de Vaud et Fribourg avaient ouvert action contre l'auteur de la pollution en faisant valoir les frais effectifs entraînés par le repoissonnement de la rivière. À cet effet, notre Haute Cour développait une argumentation fondamentale quant à la compréhension de sa jurisprudence future en relation avec la théorie de la différence⁵⁸³ :

D'après la conception privatiste applicable ici, un dommage consiste dans la diminution d'un patrimoine, c'est-à-dire dans la différence entre le patrimoine actuel du lésé et celui qu'il aurait sans l'événement préjudiciable. Quand le lésé est frustré d'un profit qui doit être considéré comme usuel ou qu'il eût vraisemblablement réalisé suivant le cours ordinaire des choses, le dommage réside dans un manque à gagner.

581 Cuendet, *Faute contractuelle*, p. 60.

582 Voir l'arrêt de la *House of Lords Farley v. Skinner* [2001] UKHL 49, arrêt dans lequel la *House of Lords* avait considéré que celui qui a chargé un mandataire pour vérifier si une parcelle à acheter était soumise au bruit des avions pouvait faire valoir son dommage non patrimonial causé par la négligence de son mandataire. En effet, celui-ci n'avait pas découvert qu'un aéroport allait être agrandi et exposer la parcelle à de fortes nuisances sonores ; Lord Clyde : « *Where the very object of a contract is to provide pleasure, relaxation, peace of mind or freedom from molestation, damages will be awarded if the fruit of the contract is not provided or if the contrary results is procured instead. If the law did not cater for this exceptional category of cause it would be defective.* »

583 ATF 90 II 417 du 15 décembre 1964 dans la cause États de Fribourg et de Vaud c. Fibres de verre SA et Höganäsmetoder A.B. consid. 3, p. 424.

Le Tribunal fédéral souligne avec insistance que le dommage doit être patrimonial. Le terme d'intérêt à la non-survenance du dommage n'est plus utilisé⁵⁸⁴, de même que les idées de réparation en nature ou de volonté de replacer le lésé dans la situation qui aurait été la sienne si l'acte illicite n'était pas survenu.

Dans le cas d'espèce, du moment que les poissons en liberté tués par la pollution de la Broye ne possèdent pas de valeur économique intrinsèque, leur perte pour les cantons ne saurait faire naître un droit au remboursement des frais de rempoissonnement. L'approche restrictive du dommage qui ne vise à prendre en considération que la diminution de patrimoine conduit dans une impasse, car elle ne peut englober des poissons en liberté qui ne possèdent par définition pas de valeur économique, faute d'être la propriété d'une quelconque collectivité publique.

C'est toutefois dans un arrêt de 1971⁵⁸⁵ que le Tribunal fédéral donnera à la théorie de la différence sa formulation moderne et définitive. L'affaire concernait l'utilisation frauduleuse d'un brevet d'invention par un concurrent de la société pharmaceutique demanderesse. Le Tribunal, se basant expressément sur l'ATF 64 II 138, énonce à propos du dommage la formule suivante :

Schaden ist Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der passiven oder in entgangenen Gewinn bestehen und entspricht nach allgemeiner Auffassung der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.

Cet arrêt est central pour toute la compréhension de la notion de dommage en droit suisse moderne. Après avoir posé cette définition, la jurisprudence ne variera plus, jusque dans l'époque contemporaine⁵⁸⁶. Dans toutes ses dé-

584 Comme cela était encore le cas dans l'ATF 71 II 86 discuté *supra* qui mentionnait « *Schadenersatz zieht ab auf die Ausgleichung des Interesses am Nichteintritt des schädigenden Tatsache* ».

585 ATF 97 II 168 du 16 mars 1971 dans la cause S. Merck & Co Inc c. Leisinger.

586 Voir le § 19 *infra* pour une analyse détaillée de la jurisprudence récente.

cisions, le Tribunal fédéral rejettera les demandes visant à créer de nouveaux types de dommages, ou à prendre en considération un dommage qui n'a pas pour effet de causer une diminution de patrimoine.

Avec cet arrêt, le Tribunal fédéral oubliera également sa jurisprudence antérieure, qui mentionnait que le dommage visait à couvrir l'intérêt du lésé à ce que le dommage ne soit pas survenu. Ce terme d'intérêt disparaît pour ne réapparaître que de manière indirecte, et après une longue éclipse, dans l'ATF 129 III 331 concernant la destruction d'arbres n'entraînant pas de perte patrimoniale.

C. Les avantages de la théorie de la différence

1. Une méthode simple

Alors qu'une majeure partie de la doctrine critique la théorie de la différence qu'elle considère comme trop limitative⁵⁸⁷, et que nous avons déjà montré certaines de ses faiblesses dans l'analyse historique de sa réception en droit suisse, il convient toutefois d'en brièvement exposer les deux principaux avantages, qui expliquent pourquoi son application trouve toujours les faveurs du Tribunal fédéral, de même que des commentaires classiques du droit privé suisse⁵⁸⁸.

⁵⁸⁷ Roberto, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, N. 593, p. 173 ; Schwenger, *Obligationenrecht*, N. 14.05-14.12, pp. 77-80 ; Huguenin, *Obligationenrecht*, N. 616-623, pp. 100-101 ; Rey, N. 173-178a, pp. 41-42 ; Koller, A., OR AT 2, N. 8, pp. 139-140 ; Werro, *Responsabilité civile*, N. 42-53, pp. 19-21.

⁵⁸⁸ Par exemple, Brehm, *Berner Kommentar ad art. 41 CO*, N. 70b, p. 63 ; Oftinger/Stark, *Haftpflichtrecht 1995*, N. 4-5, p. 71.

2. Une méthode se basant sur des valeurs objectives

Premièrement, la différence permet de mesurer et de déterminer de manière relativement prévisible et à l'aide d'une méthode de calcul objective l'étendue du dommage⁵⁸⁹. Ainsi, cette théorie ne prend en compte aucun jugement de valeur de nature morale⁵⁹⁰. Une fois que l'on a posé que c'est le patrimoine qui est l'objet de la finalité protectrice du droit de la responsabilité civile, la théorie de la différence concrétise cette manière de voir les choses. Contrairement à une partie de la doctrine soutenant que la théorie de la différence consacre une vision qui n'est pas neutre du dommage⁵⁹¹, nous pensons que cette théorie s'affranchit de la prise en compte de toute valeur de nature morale. Seule est considérée la diminution de patrimoine, et non des composantes qui ne possèdent pas de valeur intrinsèque propre.

L'arrêt du Tribunal fédéral relatif à la naissance de l'enfant non désiré⁵⁹² nous semble aller dans ce sens, dans la mesure où il estime que ce n'est pas l'enfant en tant que tel qui constitue un dommage mais l'impact financier que son entretien représente pour les parents. Alors qu'une partie de la doctrine soutenait que ladite théorie ne pouvait être utilisée dans ce cadre, et que l'on devait avoir recours à la figure du dommage *normatif*⁵⁹³, le Tribunal fédéral n'a pas hésité à franchir ce pas décisif en mettant au centre de son raisonnement le préjudice économique des parents.

La limitation de la prise en compte des intérêts de nature purement économique permet de s'affranchir du délicat choix des valeurs qu'il s'agit de protéger ou non. C'est bien plutôt l'illicéité, sous la forme de l'illicéité de comportement qui joue cette fonction de filtre entre valeurs à protéger ou non.

589 Fleury, *Détermination*, pp. 10-12.

590 Oftinger/Stark, § 2, N. 24, p. 77.

591 Koller, A., OR AT I, N. 7 et 8, pp. 139-140, considère que la notion naturelle du dommage prend en considération tout désavantage subi par le lésé, indépendamment de son aspect financier : « *Nach dem natürlichen Schadensbegriff ist jeder beliebige unfreiwillige Nachteil als Schaden anzusehen. Nicht vorausgesetzt ist also ein finanzieller Nachteil, der Nachteil muss sich nicht einmal in Geld bemessen lassen.* »

592 ATF 132 III 359 discuté *infra* sous § 19, p. 221.

593 Roberto, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zurich 2002, N. 762, 221.

On le voit avec l'arrêt relatif à la naissance de l'enfant non désiré. Le Tribunal fédéral peut ainsi décider que la charge patrimoniale des parents constitue un dommage parce qu'elle implique une diminution de leur fortune.

3. Une méthode qui n'indemnise qu'à hauteur de l'endommagement économique

Deuxièmement, par l'exigence d'une diminution effective du patrimoine que pose cette théorie, elle vise à prévenir l'indemnisation du lésé dans les situations où celui-ci ne serait pas appauvri, ou au contraire se serait même enrichi suite à l'acte illicite. En effet, ce n'est que lorsque le résultat de la comparaison entre l'état actuel et l'état hypothétique du patrimoine du lésé est en défaveur de celui-ci, qu'il y a lieu d'entrer en matière sur une éventuelle réparation du dommage. Ainsi, cette théorie concrétise la finalité restitutoire et la nature compensatoire du droit de la responsabilité civile. Cet axiome a pour conséquence de ne pas prendre en compte de finalité punitive ou de finalité visant à enrichir le lésé. Ce deuxième volet de la théorie de la différence est certainement le plus important, car c'est lui qui empêche que soient considérés les dommages et intérêts punitifs ou l'instrumentalisation du droit de la responsabilité civile à d'autres fins que celles de restitution⁵⁹⁴.

Si cette théorie peut sembler simple au premier regard, elle renferme toutefois une redoutable complexité. Nous avons pu voir dans l'approche historique que la théorie de la différence allie différents éléments en son sein, à savoir les notions d'intérêts positifs et négatifs combinés avec le *lucrum cessans* et le *damnum emergens*. Nous avons aussi démontré que l'intérêt subjectif propre du lésé à ce que le dommage ne se soit pas produit n'a pas été repris tel quel dans l'acception « moderne » de la théorie de la différence, qui pose cette différence comme fondement dogmatique, sans mentionner directement l'intérêt subjectif du lésé au maintien de son patrimoine.

⁵⁹⁴ Huber, *Schweizerisches Privatrecht*, vol. 4, pp. 899-900.

La théorie de la différence possède aussi l'avantage de ne pas permettre l'enrichissement du lésé⁵⁹⁵. Celui-ci n'est en effet indemnisé que dans la mesure de son appauvrissement. Ce faisant, la théorie de la différence rejette clairement les dommages de type punitif ou visant à créer une condamnation de nature exemplaire, à l'instar de ce que permet par exemple le droit anglais avec les « *exemplary* » et les « *punitive damages*⁵⁹⁶ » .

La fonction de l'indemnité est bien circonscrite en droit suisse⁵⁹⁷. Elle vise à couvrir le dommage du lésé dans la mesure de son appauvrissement⁵⁹⁸. Elle exclut tout autre but de punition ou de sanction, ce qui, nous le verrons dans la partie consacrée au droit comparé, va à l'encontre des conceptions nouvelles retenues en France ou par quelques dispositions des principes PETL.

595 « *Un principe cardinal du droit de la responsabilité civile veut que la réparation du dommage ne provoque pas l'enrichissement de la victime* » (arrêt non publié 4c.87/2007 consid. 5) ; Fleury, *Détermination*, pp. 10-13.

596 Voir à ce sujet le rapport de la Law commission britannique de 2005 sur les « *aggravated, exemplary and restitutionary damages* ».

597 Oftinger/Stark, *Haftpflichtrecht*, 1996, § 2, N. 62-64, p. 90.

598 Brehm, *Berner Kommentar ad art. 42 CO*, N. 27, p. 189-190.

§ 19. Le dommage en tant que différence de patrimoine, une analyse critique de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral

Pour tenter de dégager l'importance fondamentale que la théorie de la différence comporte pour le droit suisse, nous estimons judicieux d'analyser en détail les arrêts majeurs rendus en matière de dommage et de sa définition par le Tribunal fédéral ces dernières années. Cette démarche nous permettra de mieux saisir les contours de cette notion technique et fort difficile à appréhender. Avec cette méthode, nous replacerons cette théorie dans son tissu dogmatique et conceptuel moderne, en tentant par là même de souligner son ancrage historique dans le droit romain.

Le Tribunal fédéral a développé une remarquable casuistique sur la notion de dommage dans sa jurisprudence récente. Si ces arrêts traitent de thèmes variés, ils ont tous pour fondement ou point de départ la théorie de la différence qui, telle la première pierre d'un bâtiment, soutient le reste de l'édifice conceptuel. Aussi différents que soient les thèmes abordés, ils partagent toutefois un point commun. Dans toutes ces affaires, le Tribunal fédéral applique avec rigueur sa conception du dommage patrimonial, corollaire de la théorie de la différence.

Il ne s'agit nullement à ce stade de notre exposé de prendre position pour ou contre cette dernière, mais de démontrer qu'elle jouit d'une importance centrale dans la vision du Tribunal fédéral, et qu'il n'est pas possible de comprendre les tenants et aboutissants des nouvelles théories du dommage sans

analyser en détail en quoi la différence imprègne la vision de notre plus haute instance.

A. La perte d'une chance

C'est sur la base de la théorie de la différence que le Tribunal fédéral a considéré que la perte d'une chance de guérison ne constitue pas un dommage, car une chance n'est pas un actif disponible dans le patrimoine du lésé au sens de ladite théorie⁵⁹⁹ : ainsi, il va à l'encontre d'un important courant doctrinal⁶⁰⁰ qui appelle de ses vœux la reconnaissance de cette forme de dommage en droit suisse.

La théorie de la perte d'une chance n'avait jamais été abordée de front par le Tribunal fédéral. Un arrêt de l'Obergericht zurichois⁶⁰¹, confirmé en appel⁶⁰², s'en était toutefois approché dans une très grande mesure⁶⁰³. L'affaire concernait un cancer des testicules qui n'avait pas été détecté à temps et avait eu pour conséquence la mort du patient. Le Tribunal cantonal zurichois avait confirmé, sur appel, l'allocation de dommages et intérêts en considérant que, si la tumeur avait été découverte à temps, le patient aurait eu une chance de survie égale à 60%. Le Tribunal zurichois réduisait alors le montant des dommages et intérêts de 40%, ce en application de l'article 43 al. 1 CO⁶⁰⁴. Le défendeur n'ayant pas fait recours contre le jugement, l'affaire n'était jamais montée directement au Tribunal fédéral.

Le cas ayant permis à l'autorité judiciaire suprême de se prononcer sur la théorie de la perte d'une chance concerne un jeune homme admis aux urgences de médecine à trois heures du matin, et se plaignant de violentes

599 ATF 133 III 462 du 13 juin 2007 dans la cause X. c. Réseau hospitalier fribourgeois consid. 4.4.3.

600 Par exemple Thévenoz, *Perte d'une chance*, p. 237 ss; Werro, *La responsabilité civile*, N. 129, p. 35; Müller, *Perte d'une chance*, p. 228; Kadner, *Perte d'une chance*; Chappuis, C., *Causes du dommage*.

601 Arrêt de l'Obergericht zurichois du 17 novembre 1988, ZR 88 N. 66.

602 Arrêt du Kassationsgericht zurichois du 30 octobre 1989, ZR 88 N. 67.

603 Engel, *Traité*, p. 479; Thévenoz, *Perte d'une chance*, p. 253.

604 Arrêt du Kassationsgericht zurichois du 30 octobre 1989, ZR 88 N. 67 p. 216.

douleurs à la tête. Le médecin de garde ne procède pas à un examen clinique suffisant, et n'envisage pas l'éventualité d'une méningite à pneumocoques. Il ne s'inquiète pas non plus du fait que le demandeur a subi une splénectomie (ablation de la rate), ce qui entraîne un risque accru de méningite. Il n'effectue pas de ponction lombaire et ne prescrit pas d'antibiotiques, car il conclut à la présence d'une simple grippe. Le demandeur quitte alors l'hôpital et rentre à son domicile. Réadmis en urgence en matinée le même jour, il se voit diagnostiqué, après ponction lombaire, une méningite à pneumocoques. Il est malheureusement déjà trop tard pour que les antibiotiques fassent effet, et le demandeur perd l'ouïe des suites de la maladie.

L'expertise pénale conclut à un manquement aux règles de l'art commis par le médecin de garde, mais considère que l'atteinte subie à l'ouïe n'a pas de lien de causalité directe avec la violation des règles de l'art. Le demandeur verse une seconde expertise privée au dossier qui conclut, au contraire, que la non-prescription d'antibiotiques dès la première consultation dans la nuit l'a privé d'une chance de guérison.

C'est sur la base de cet état de fait que le Tribunal fédéral se prononce alors dans son arrêt. Le demandeur reproche en effet aux instances cantonales qui l'ont débouté de ne pas avoir appliqué à son cas la théorie dite de la perte d'une chance. Il soutient que, selon celle-ci, le lien de causalité doit exister entre l'acte illicite et la perte d'une chance, et non entre l'acte illicite et le dommage. La perte d'une chance serait un dommage à indemniser en tant que tel, et non un problème résultant d'une appréciation du lien de causalité⁶⁰⁵.

Le Tribunal fédéral relève tout d'abord que l'article 56d al. 2 de l'avant-projet de révision et d'unification du droit de la responsabilité civile permet au tribunal de fixer l'étendue de la réparation d'après la vraisemblance, concrétisant par là la théorie de la perte d'une chance. Il rejette toutefois la présente théorie par le raisonnement suivant :

605 Müller, *Perte d'une chance*, p. 228.

Certes, une manière de contourner cette difficulté consiste à qualifier de dommage réparable la perte de la chance elle-même. L'assimilation d'une chance à un élément d'un patrimoine ne se conçoit toutefois pas aisément. Il ne suffit pas de poser qu'une chance a une valeur économique pour que tel soit le cas. La chance ne se trouve pas dans le patrimoine actuel dès lors qu'elle a été perdue. Mais elle ne figure pas non plus dans le patrimoine hypothétique car, soit elle se serait transformée en un accroissement de fortune, soit elle ne se serait pas réalisée pour des raisons inconnues. Par nature, la chance est provisoire et tend vers sa réalisation : elle se transmuera en un gain ou en rien. Vu son caractère dynamique ou évolutif, la chance n'est pas destinée à rester dans le patrimoine. Or, la théorie de la différence, applicable en droit suisse au calcul du dommage, se fonde sur l'état du patrimoine à deux moments précis ; elle ne permet ainsi pas d'appréhender économiquement la chance perdue⁶⁰⁶.

Cet attachement très fort à la théorie de la différence ainsi que la motivation fort sommaire qui accompagne l'arrêt peinent à convaincre. On peut certes comprendre l'hésitation du Tribunal fédéral à appliquer la théorie de la perte d'une chance, et à en faire une nouvelle sorte de dommage en raison des problèmes que cela peut soulever en relation avec la question du lien de causalité⁶⁰⁷. Cette théorie ne fait d'ailleurs pas l'unanimité en doctrine⁶⁰⁸, mais la manière sommaire dont notre instance suprême l'expédie surprend. Il nous paraît aussi difficile à comprendre que le Tribunal fédéral n'examine pas le problème sous l'angle du lien de causalité comme le préconisent certains auteurs⁶⁰⁹.

606 ATF 133 III 462 consid. 4.4.3.

607 Dans le même sens, voir la vision nuancée de Engel, *Traité*, p. 480.

608 Honsell, *Haftpflichtrecht*, N. 43, pp. 9-10 ; Brehm, *BK ad art. 42 CO*, N. 56a ; plus récemment Winiger, *Causalité incertaine*, pp. 545 ss.

609 Voir, par exemple, Hirsch, *Perte de chance et causalité*, pp. 285-286 ; Hirsch, *Le procès manqué*, pp. 271-273 ou encore Engel, *Traité*, p. 480, qui insiste sur l'obligation qu'a le juge de considérer la question de la causalité adéquate sous l'angle d'un jugement de valeur : « C'est ainsi que [...] la responsabilité médicale apparaît dès lors de l'examen du blessé et relève par conséquent [de] l'omission d'un diagnostic et de soins y relatifs, commandés d'emblée. Il s'agit ab ovo d'une faute médicale par négligence. La causalité adéquate existe aussi, on l'a vu, en cas d'omission ; le juge procède non par un raisonnement logique (qui peut conduire au sophisme) mais par un jugement de valeur. »

On a bien plus l'impression que la théorie de la différence est employée comme « *bouclier protecteur* » pour éviter de trop étendre la notion de dommage, et de devoir créer un nouveau type d'indemnisation que le Tribunal fédéral craint de voir échapper à son contrôle.

Ce raisonnement n'emporte pas notre adhésion. Pour paraphraser le chimiste Lavoisier (1743-1794) qui aurait dit que « *rien ne se crée, rien ne se perd, mais que tout se transforme* », on se demande où a bien pu passer cette chance hypothétique qui ne fait jamais partie du patrimoine, mais reste suspendue comme un élément virtuel qui ne sera jamais intégré au patrimoine économique du lésé. Si cette chance n'a jamais existé, comment peut-elle ainsi disparaître ? Au contraire, comment peut-elle disparaître si elle n'a jamais existé ? Le Tribunal fédéral se base pour son raisonnement sur un passage de la thèse de Müller⁶¹⁰ dans lequel cet auteur explique que la théorie de la différence n'est pas compatible avec la perte d'une chance. Cet élément est ainsi suffisant pour que le Tribunal fédéral refuse la compatibilité de la théorie de la perte d'une chance avec le droit fédéral⁶¹¹ sans pour autant tenter d'appliquer l'article 43 al. 1 CO à l'instar du jugement zurichois.

Cet arrêt est encore plus surprenant, car le Tribunal fédéral, dans une affaire concernant un avocat qui avait laissé s'écouler le délai de péremption de l'action en paternité qu'il avait été chargé de diligenter par sa mandante⁶¹², avait entrouvert la porte à la théorie de la perte d'une chance. En effet, le Tribunal fédéral mettait en avant l'importance de la prise en compte des théories françaises et allemandes sur ce point. L'instance suprême se basait sur les chances de succès du procès manqué pour déterminer le dommage :

610 Müller, *Perte d'une chance*, p. 250.

611 Le commentaire de Müller sur l'ATF 133 III 462, pp. 870-871, peut surprendre. En effet, cet auteur confirme le raisonnement du Tribunal fédéral qui l'avait cité pour dénier la compatibilité de la perte d'une chance avec la théorie de la différence. Selon Müller, la perte d'une chance consiste en un dommage de type normatif : « *Diese dogmatische Hürde ist jedoch nicht hoch genug, als das Schweizer Recht auf den Schadenersatz für verlorene Chancen verzichten sollte. Die grosse Gewichtung dieser rechtstheoretischen Schwierigkeit durch das Bundesgericht erstaunt umso mehr, als dasselbe Gericht in den letzten Jahren keinerlei dogmatische Hemmungen hatte, normative Schäden als ersatzfähig anzuerkennen.* »

612 ATF 87 II 364 du 12 décembre 1961 dans la cause S.X. c. P.

*Auf Grund der im Schadenersatzprozess nachgeholten Abklärung der Verhältnisse, die für die materielle Beurteilung der verwirkten Klage erheblich gewesen wären, kann sich die Annahme, dass diese Klage geschützt worden wäre, so stark aufdrängen, dass der Beweis hiefür als erbracht angesehen werden darf. Im Schadenersatzprozess in dieser Weise die Aussichten des nicht durchgeführten Vorprozesses zu prüfen, ist der französischen wie der deutschen Rechtsprechung geläufig (vgl. MAZEAUD & TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 1. Band, 5. Aufl. 1957, no 219 S. 280 : "... les juges examinent ce que valait au fond ce procès ...", und STAUDINGER a.a.O. S. 1153 vor N. 202, wo unter Anführung von Präjudizien ausgeführt wird, bei Beurteilung der Frage, ob der Kläger in einem Rechtsstreit infolge Pflichtverletzung des Anwalts einen Schaden erlitten habe, sei "davon auszugehen, dass bei Erfüllung der Pflicht die richtige, d.h. die Entscheidung von dem Vorgericht gefällt worden wäre, die das jetzt über den Erstattungsanspruch entscheidende Gericht für richtig hält"). Dass das Urteil im Vorprozess so ausgefallen wäre, wie dies der Richter im Schadenersatzprozess annimmt, kann namentlich in solchen Fällen als praktisch sicher erscheinen, wo über die Schadenersatzklage das Gericht befindet, das den Vorprozess zu beurteilen gehabt hätte.*

De manière similaire, vu la violation des règles de l'art commise par le médecin et constatée par l'expert, on aurait pu considérer que le lésé avait apporté une preuve décisive en arguant que, si le traitement avait été administré à temps, selon toute vraisemblance son état se serait amélioré. L'article 43 al. 1 CO permettrait dans le cas d'espèce de prendre en compte la grave faute du médecin ainsi que les circonstances de l'affaire. En laissant le lésé sans aucun dédommagement, malgré la faute prouvée du médecin, le Tribunal fédéral accorde à ce dernier, voire aux hôpitaux fribourgeois, une impunité qui nous semble peu compatible avec la finalité protectrice du contrat de soins conclu avec le patient.

L'absence de jurisprudence récente contraire démontre qu'il s'agit d'un arrêt de principe⁶¹³, et non d'une simple étape vers une réinterprétation de la perte

⁶¹³ Certains auteurs à l'instar de Chappuis, C., *Causes du dommage*, p. 301, et Müller, *Commentaire sur l'ATF 133 III 462*, p. 862, relèvent à raison que l'arrêt a été rendu sous l'angle

d'une chance sous l'angle du lien de causalité, à l'exclusion de la chance en tant que facteur de dommage. Le récent rejet de ce concept par le Tribunal fédéral dans un arrêt du 26 septembre 2007, certes non publié, le confirme⁶¹⁴.

B. La remise des gains illicites en matière de presse

Si l'arrêt sur la perte d'une chance peut frapper et décevoir par sa motivation succincte, l'arrêt Schnyder⁶¹⁵ développe d'importants et fondamentaux concepts quant à la notion de dommage et sa distinction avec la remise de gain et l'enrichissement illégitime⁶¹⁶. Il s'agit d'un arrêt majeur⁶¹⁷ discutant de la notion de dommage qu'il importe d'analyser en détail⁶¹⁸.

restreint de l'arbitraire, ce qui peut laisser à discuter de son caractère d'arrêt de principe. Nous ne partageons pas cette analyse et pensons au contraire qu'il s'agit d'un arrêt fondamental qui rendra difficile l'évolution du débat jurisprudentiel sur ce point pour les dix prochaines années.

614 Arrêt du Tribunal fédéral 4A.227/2007 du 26 septembre 2007 dans la cause X. c. Y. L'affaire concernait la détermination de la perte de gain d'un chauffeur de taxi indépendant dans l'incapacité de travailler suite à un accident, à qui l'on confiait de manière irrégulière des missions de chauffeur. Comme ce revenu variait au fil du temps, les tribunaux genevois avaient estimé son revenu en le calculant sur la base de la vraisemblance de missions futures. La compagnie d'assurances défenderesse soutenait pour sa part que cette manière de faire constituait la prise en compte de la perte d'une chance, ce que ne permettait pas le droit suisse. Le Tribunal fédéral déboute la défenderesse de son recours en estimant que le dommage peut se calculer sur la base de l'article 42 al. 2 CO en considération du cours ordinaire des choses. Le Tribunal fédéral rappelle toutefois que la réception de la théorie de la perte d'une chance lui semble problématique en droit suisse : « Dans un arrêt récent [l'ATF 133 III 462], le Tribunal fédéral a considéré que la réception en droit suisse de la théorie précitée [la perte d'une chance], qui revient en définitive à admettre la réparation en fonction de la probabilité – qu'elle soit [sic]– que le fait générateur de responsabilité ait causé le dommage, était à tout le moins problématique et qu'il n'était pas arbitraire de ne pas l'avoir appliquée dans un cas qui mettait en jeu la responsabilité, régie par le droit cantonal, d'un hôpital public envers un patient pour les actes d'un médecin employé de l'établissement. » (Consid. 3.5.3 2^e paragraphe).

615 ATF 133 III 153 du 7 décembre 2006 dans la cause Schnyder c. Ringier AG.

616 Pour la portée de cet arrêt en relation avec le droit de la propriété intellectuelle, pour lequel il revêt également une importance fondamentale, voir Berger, *Entwicklungen*, pp. 407-408.

617 Felber, *Gewinnherausgabe*, p. 15.

618 Voir les *Commentaires de Aebi-Müller, Medialex 2007*, p. 87 ; Berger SJZ 102, p. 2007 ; Rüttschi, *Causa sport 2007*, p. 217, et plus récemment, Chappuis, C., *Violation contractuelle et remise de gain*, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, pp. 154 ss.

L'état de fait à la base de cet arrêt est simple et clarifie la portée exacte de l'article 28a al. 3 CC⁶¹⁹. Le père de la joueuse de tennis Patty Schnyder, Willy Schnyder, avait été mis en cause par plusieurs articles parus dans le quotidien populaire *Blick* et le journal du dimanche *Sonntagsblick* l'accusant de gérer ses affaires de manière trouble et malhonnête. Par action devant les Tribunaux zurichoises contre le groupe de presse Ringier, éditeur des deux titres incriminés, Monsieur Schnyder obtient la constatation du caractère illicite de l'atteinte portée à sa personnalité par les articles publiés. En appel, l'Obergericht zurichoise reconnaît leur caractère illicite. Ce jugement entre en force de chose jugée, faute de recours déposé par Ringier devant le Tribunal fédéral.

Par une nouvelle demande déposée contre le groupe de presse, Willy Schnyder exige la remise du gain qu'a réalisé Ringier en utilisant son image de manière attentatoire à sa personnalité. W. Schnyder soutient que l'éditeur a pu augmenter ses ventes grâce aux articles écrits à son détriment en salissant à dessein son image pour donner du piment à son édition dominicale.

Les autorités zurichoises de première instance et d'appel le déboutent. Sur recours en réforme, le Tribunal fédéral considère que Willy Schnyder est en droit d'exiger la remise du gain illicitement obtenu par Ringier. Il considère toutefois qu'il ne peut lui-même chiffrer le dommage et renvoie ainsi l'affaire à l'instance inférieure pour se prononcer sur cette question⁶²⁰.

L'arrêt répond à trois questions fondamentales dans son raisonnement juridique. Il discute de la fonction de la remise de gain, de sa mise en œuvre juridique, ainsi que de la possibilité de la cumuler avec les prétentions en dommages et intérêts basées sur l'article 41 CO⁶²¹.

619 L'article 28a al. 3 CC dispose : « Sont réservées les actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, ainsi que la remise du gain selon les dispositions sur la gestion d'affaires. »

620 Selon la rédaction de la revue *Causa Sport* 2007, pp. 217-227, Ringier n'aurait pas souhaité voir divulgués ses chiffres de vente de l'édition dominicale du *Blick* et rendre ce genre de données éminemment sensibles dévoilées sur la place publique. Ringier et Willy Schnyder auraient ainsi conclu un accord transactionnel et mis fin à l'instance. L'affaire ne remontera jamais devant le Tribunal fédéral.

621 Aebi-Müller, *Gewinnherausgabe*, p. 93.

Dans un premier temps, le Tribunal fédéral définit la fonction de la remise de gain (*Gewinnherausgabe*) comme étant le fait de retirer les avantages financiers (*Abschöpfung*) que celui qui a porté atteinte à la personnalité du lésé a acquis de manière illicite :

Bei der Gewinnherausgabe im vorliegend interessierenden Kontext geht es um die Abschöpfung geldmässiger Vorteile, die der Verletzter aus dem unrechtmässigen Eingriff in das Rechtsgut der Persönlichkeit, mit-hin durch widerrechtliche Verletzung einer geschützten fremden Rechts-sphäre erlangt hat.

Cette définition est intéressante, car elle intègre le principe selon lequel il convient de restituer les gains acquis par le biais d'une atteinte non justifiée (*unrechtmässiger Eingriff*) à la personnalité d'une personne tierce, notamment par l'atteinte illicite causée à la sphère juridique de cette personne. Elle est importante, car elle permet de démontrer que d'autres mécanismes existent pour restituer des gains arrachés ou réalisés au détriment du lésé que le mécanisme de l'action aquilienne.

Dans un second temps⁶²², le Tribunal fédéral répond à la question de savoir si la remise de gain doit s'effectuer selon les règles de la gestion d'affaires au sens des articles 419 ss CO ou selon les dispositions sur l'enrichissement illégitime au sens des articles 62 ss CO. Le Tribunal fédéral n'a pas recours à l'article 41 CO qui possède une autre finalité que restitutoire. L'ordre juridique suisse n'a ainsi pas à se fonder sur le droit de la responsabilité civile pour sanctionner les gains acquis de manière illicite.

La Haute Cour distingue la fonction de ces deux concepts que sont l'enrichissement illégitime, et la gestion d'affaires imparfaite. L'enrichissement illégitime a pour fonction première de rétablir la situation antérieure à un transfert de patrimoine (*Vermögensverschiebung*) si possible par une restitution en nature. Selon le Tribunal fédéral, la remise de gain n'a quant à elle pas de fonction restitutoire (*restitutio in integrum*), mais d'enlèvement du profit

622 ATF 133 III 153 consid. 2.4.

illicite (*Abschöpfung*). C'est pourquoi il convient de préférer les dispositions sur la gestion d'affaires sans mandat à celles sur l'enrichissement illégitime.

Le problème posé avec l'article 423 CO⁶²³ sanctionnant la gestion d'affaires égoïste commise dans le seul intérêt du mandant, c'est que, selon sa lettre, cette disposition suppose que le gérant gère une affaire, certes dans son intérêt, mais qu'il gère une affaire.

Dans le cas de l'usurpation de personnalité, comme en matière d'usurpation de droits de propriété intellectuelle, il est très difficile de considérer que la victime aurait elle-même mené une campagne de presse contre elle-même pour gagner de l'argent ou violé ses droits individuels contre elle-même⁶²⁴.

On pourrait toutefois imaginer qu'en matière de délit de presse, tel puisse toutefois être le cas, si par exemple des photos que le lésé aurait pu vendre de lui-même (par exemple celles de son mariage) soient prises et vendues sans droit par un journal qui ne possédait pas les droits⁶²⁵. Cet état de fait ne se rencontre toutefois pas dans le présent cas, on ne peut imaginer en effet que Willy Schnyder aurait mené une campagne de presse contre lui-même.

Il s'agit dès lors de se demander si le renvoi que l'article 28a al. 3 CC fait aux règles de la gestion d'affaires sans mandat vise un simple rappel aux conditions de celles-ci (*Rechtsgrundverweisung*) ou à leurs conséquences matérielles (*Rechtsfolgeverweisung*). Dans le premier cas, les règles sur la gestion d'affaires égoïste de l'art. 423 CO n'entreraient en vigueur que si les conditions qu'il contient étaient remplies, alors que dans l'autre cas, même si les conditions ne sont pas remplies, une atteinte illicite à la personnalité suffirait. Le Tribunal fédéral, tout en affirmant que le Message du Conseil fédéral sur la révision du droit de la personnalité ne répond pas à la question, conclut qu'il convient d'interpréter l'article 28a al. 1 CO comme visant un renvoi aux

623 Chappuis, C., *Remise du gain*, pp. 51-74.

624 Rüetschi, 133 III 353, p. 436.

625 On pensera par exemple à l'acteur Jean Reno qui avait vendu fort cher les photos de son mariage au journal *Paris-Match*. En cas de prise illicite de photos, Jean Reno ou *Paris-Match* aurait pu agir pour la perte que représenterait l'impossibilité de vendre les photos.

conséquences de la gestion d'affaires sans mandat égoïste. Il en va de même avec l'article 28a al. 1 CO tout comme des lois connexes en droit de la propriété intellectuelle⁶²⁶. Dès lors, il n'y a lieu que de considérer de manière objective le moment de l'atteinte illicite à la personnalité. Cette estimation sera soumise aux règles de la gestion d'affaires sans mandat pour les cas dans lesquels l'auteur ne s'est pas approprié les affaires d'autrui.

Dans un troisième temps⁶²⁷, le Tribunal fédéral se concentre directement sur le sujet de notre étude. Il justifie le traitement détaillé apporté dans cette thèse, et apporte une intéressante précision quant à la possibilité de cumuler la remise de gain avec la faculté de demander des dommages et intérêts au sens de l'article 41 CO. Pour ce faire, le Tribunal fédéral opère une distinction entre le dommage positif (*damnum emergens*) et le gain manqué (*lucrum cessans*). En effet, dans le cadre de la gestion d'affaires par usurpation, le gain manqué et les dommages et intérêts s'excluent mutuellement, car les deux se confondent (par exemple la perte de la possibilité de vendre les photos qu'une vedette voudrait mettre à prix de son mariage (*lucrum cessans*)⁶²⁸. Ce dommage équivaut à la remise du gain illicite réalisé par la vente des photos. Ce gain manqué ne peut toutefois apparaître que dans les cas de gestion d'affaires par usurpation.

Par contre, le *damnum emergens* et la remise de gain peuvent se combiner, contrairement à ce qui pouvait avoir été compris des considérants de l'ATF 97 II 169 consid. 3a⁶²⁹. Dans le cas d'espèce, Monsieur Schnyder aurait pu prétendre au remboursement des frais engagés devant l'instance du Conseil suisse de la presse (*damnum emergens*) et au remboursement du gain illi-

626 Art. 9 al. 3 de la loi contre la concurrence déloyale, art. 12 al. 1 lit c ; art. 62 al. 2 de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, art. 55 al. 2 de la loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance (Loi sur la protection des marques).

627 ATF 133 III 153 consid. 2.5.

628 Aebi-Müller, *Gewinnherausgabe*, p. 93 : « Nur ausnahmsweise steht dem Gewinn des Verletzten ein eigentlicher Schaden des Verletzten im Sinne des *lucrum cessans* gegenüber, dies etwa dann, wenn ein bestimmtes Personenbild oder Exklusivinterview nach der unbefügten Veröffentlichung nicht mehr (teuer) an ein Medienunternehmen verkauft werden kann. »

629 Il s'agit encore une fois de l'arrêt Merck qui a figé la théorie de la différence dans son acception moderne, et apporté une très importante information en énonçant que l'on ne pouvait cumuler une prétention en dommages et intérêts avec la perte d'un gain.

cite engrangé par l'atteinte à son image causée par les articles incriminés⁶³⁰. Le Tribunal fédéral prend comme autre exemple la possibilité que Monsieur Schnyder aurait perdu son travail suite aux attaques dont il a été la victime (*damnum emergens*). Selon le Tribunal fédéral, un tel dommage ne vise pas la remise de gain et peut être cumulé avec celle-ci⁶³¹ :

Ein solcher positiver Schaden geht nicht im Anspruch auf Gewinnherausgabe auf, und der muss folglich kumulativ geltend gemacht werden können.

La théorie de la différence est à nouveau au centre du raisonnement du Tribunal fédéral, mais d'une manière inversée. En effet, ce dernier l'applique non plus pour définir le dommage, mais le gain qu'a réalisé Ringier en utilisant de manière illicite l'image de Willy Schnyder⁶³² :

So wie der Begriff des Schadens definiert wird als Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand des Verletzten und dem Stand, den sein Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte, ist der « Gewinn » als Differenz zwischen dem tatsächlichen und hypothetischen Vermögensstand des Verletzters mit und ohne die inkriminierte Berichterstattung zu verstehen.

Cette analogie entre le dommage et le gain est d'une grande importance. On retrouve la définition de Varron qui opposait le gain au dommage lorsqu'une opération financière dégagait plus d'argent que ce que l'on avait dépensé⁶³³. Le Tribunal fédéral peut par ce biais disposer d'une définition du dommage qui s'oppose au gain. Cette différence de patrimoine devient alors le critère central de la définition de ce gain illicite au sens où le définissait Doneau⁶³⁴.

630 Rüetschi, 133 III 153, pp. 436-437.

631 ATF 133 III 153 consid. 2.5.

632 ATF 133 III 153 consid. 3.5.

633 Cf. *supra* p. 214.

634 Cf. *supra* p. 214.

Le résultat matériel de l'arrêt est satisfaisant, car il distingue de manière fort précise entre le dommage positif (en l'espèce les frais pour la procédure devant le Conseil suisse de la presse) et la remise du gain illicite⁶³⁵. Il opère aussi une intéressante analyse quant à la fonction de la responsabilité civile par rapport à la remise de gain⁶³⁶. L'arrêt évite à notre sens l'écueil de la volonté de punir l'auteur de l'atteinte à la personnalité, et ne met pas en avant le désir de vengeance du lésé, contrairement à ce qu'une décision précédente avait pu laisser présager⁶³⁷. En effet, le Tribunal fédéral parvient à convaincre lorsqu'il considère que la remise de gain s'effectue sur la base de la gestion d'affaires dans l'intérêt du gérant au sens de l'article 423 du Code des obligations.

C. L'enfant non désiré

Il peut sembler surprenant que dans une question aussi sensible que celle de la naissance d'un enfant non désiré, le Tribunal fédéral ait recours à la théorie de la différence⁶³⁸. Pourtant, c'est bien encore sous l'angle de la perte patrimoniale que notre Haute Cour a considéré qu'il convenait de ranger la naissance d'un enfant non désiré⁶³⁹.

635 Hausheer/ Aebi-Müller, *Gewinnherausgabe*, pp. 353-354 ;

636 Chappuis, C., *Violation contractuelle et remise du gain*, p. 169 : « La restitution des profits ainsi conçue n'a pas pour but de punir la partie qui viole le contrat. Ni la réparation du dommage, ni la restitution des profits ne poursuivent un but punitif, même si toutes deux déploient des effets négatifs parfois importants sur le patrimoine du débiteur. »

637 En effet, le Tribunal fédéral, dans l'ATF 131 III 26 consid. 12.2.2, mettait en avant le fait que la victime d'une atteinte par le biais de la presse éprouvait plus un besoin de se venger au moyen d'un droit de réponse, que d'obtenir une indemnité pour tort moral : « L'art. 49 al. 2 CO n'a certes qu'une portée pratique limitée. Il joue toutefois un rôle lorsqu'une indemnité en argent ne serait pas le moyen adéquat pour réparer le tort moral causé. Il en va ainsi en matière d'atteintes à l'honneur. 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'argent. » Dans le même sens, Aebi-Müller, *Gewinnherausgabe*, p. 94.

638 Roberto, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zurich 2002, N. 762, p. 221, remarque à juste titre qu'une appréciation neutre de la question sous l'angle de la théorie de la différence est impossible.

639 Voir, à ce sujet, Corboz /Fleury, *HAVE* 3 2006, pp. 224 ss ; Steiner, *Bemerkungen*, pp. 1150 ss.

Dans un arrêt de décembre 2005⁶⁴⁰, le Tribunal fédéral s'est penché sur le cas d'un couple marié de restaurateurs valaisans qui ne veut pas d'un troisième enfant. Lors de la naissance du deuxième enfant, il est prévu d'entente avec l'hôpital que le médecin qui procéderait à l'accouchement stérilise l'épouse par ligature des trompes. Les époux signent à cet effet une procuration⁶⁴¹. Suite à une erreur interne de l'hôpital qui omet de joindre la procuration au protocole opératoire, le médecin n'effectue pas la stérilisation convenue de la parturiente. Celle-ci entretient des relations intimes avec son époux et met au monde un enfant. Les parents agissent alors en dommages et intérêts contre l'hôpital faisant valoir que cette troisième naissance leur cause un dommage de nature patrimoniale.

Le Tribunal fédéral, tout comme l'instance cantonale d'appel, admettent la demande. Ils considèrent en effet que l'enfant n'est pas un dommage en tant que tel, mais que les frais relatifs à son éducation constituent un préjudice patrimonial au sens de la théorie de la différence au nom de laquelle les parents peuvent demander réparation.

Il importe de préciser d'emblée que l'action de la demanderesse est fondée sur les règles du mandat (art. 394 ss CO), car selon l'interprétation du droit cantonal valaisan faite par le Tribunal cantonal et confirmée par le Tribunal fédéral, la défenderesse n'est pas soumise à la loi de responsabilité cantonale valaisanne, mais aux règles du droit privé, et ce en conformité avec les règles de l'article 61 al. 1 CO⁶⁴².

Les questions de la violation fautive du contrat de soins par l'hôpital ainsi que celles du lien de causalité adéquate entre cette violation et le dommage n'étant pas contestées par la défenderesse, le Tribunal fédéral peut

640 ATF 132 III 359 du 20 décembre 2005 dans la cause Spital Y. c. A.X.

641 Le Tribunal fédéral accorde au père la qualité pour agir ainsi que la légitimation active, au motif que celui-ci a également signé la procuration. La manière dogmatique dont le Tribunal fédéral parvient à cette solution du point de vue matériel n'est toutefois pas satisfaisante. Pour comprendre dans quelle mesure il fait sienne la théorie du contrat avec effet protecteur pour un tiers (*Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter*), voir Steiner, *Bemerkungen*, pp. 1155-1157.

642 Consid. 2.3 (Ne se trouve que dans la version non publiée de l'arrêt).

se contenter de se pencher sur la problématique de savoir si les frais liés à l'éducation de l'enfant constituent un dommage réparable.

Le Tribunal fédéral estime, dans la lignée de sa jurisprudence constante, que le dommage causé par les frais d'éducation d'un enfant non désiré est à considérer selon la théorie de la différence. Selon cette dernière, il convient de comparer le patrimoine du lésé dans l'état où il se trouvait avant et après l'événement dommageable⁶⁴³. D'après le Tribunal fédéral, l'événement dommageable consiste dans le cas d'espèce « *en un devoir d'entretien légal qui diminue la fortune des époux* » au sens de l'article 276 al. 1 CC. Le Tribunal fédéral considère que cette diminution du patrimoine s'est faite contre leur volonté et satisfait à l'exigence de diminution *involontaire* du patrimoine. En effet, le fait d'avoir contrarié la volonté de planification familiale du couple constitue « *une atteinte à la liberté de décision de la mère, respectivement des époux* »⁶⁴⁴. Contrairement à ce que soutenait une partie minoritaire de la doctrine, on ne saurait exiger de l'épouse qu'elle donne son enfant à l'adoption⁶⁴⁵ ou qu'elle se soumette à un avortement⁶⁴⁶.

Le Tribunal fédéral développe ensuite l'argument selon lequel ce n'est pas l'enfant qui est considéré comme un dommage au sens juridique du terme, mais le devoir d'entretien des parents et ces conséquences financières au

643 Consid. 4.

644 Consid. 4.1.

645 Consid. 4.3.1. Le Tribunal fédéral considère que donner son enfant à l'adoption n'est pas englobé par le devoir raisonnable du lésé de diminuer son dommage contrairement à ce qu'avait jugé le Zivilgericht de Bâle-Ville par jugement du 20 janvier 1998 ; Zivilger, BS, BJM 1999, 134 : « *Im Vordergrund für die Ablehnung eines Schadenersatzanspruches steht hier nicht die Untrennbarkeit der menschlichen Persönlichkeit, sondern das Fehlen einer unfreiwilligen Vermögensminderung immer dann, wenn die Eltern das Kind akzeptieren. Letzteres sei nicht nur dann der Fall, wenn die Eltern das Kind liebend aufnahmen – was selbstverständlich zu wünschen sei –, sondern schon dann, wenn sie die rechtlichen Beziehungen zu ihm nicht abbrechen. Um das Kind nicht zu akzeptieren, müsse nach dieser Argumentation das Kindesverhältnis durch Weggabe des Kindes in Adoption beendet werden.* »

646 Consid 4.3.2. En faveur de cette solution, Werro, *Commentaire romand ad Art. 41 CO*, N. 26 et 27 ; Ruestschi, *AJP* 1999, 1367-1368 ; Steiner, *RJB* 2001, 646, pp. 655-656 ; Bomer, *RJB* 2001, pp. 664 ss ; *contra* Honsell, *Haftpflichtrecht*, N. 35, p. 8, qui estime que l'on peut exiger d'une femme qu'elle avorte si elle se trouve dans le cadre du délai de l'art. 119 al. 2 CPS ; la doctrine majoritaire semble, à notre avis à raison, considérer que l'on ne peut exiger d'une femme qu'elle se soumette à cet acte pour effacer le caractère « volontaire » de son dommage.

sens de l'art. 276 al. 1 CC. La définition de « *Kind als Schaden* » n'est qu'une *simplification journalistique* dénuée de toute portée juridique⁶⁴⁷. Rien ne s'oppose à accorder des dommages et intérêts aux parents au titre de la naissance d'un enfant non désiré. Au contraire, l'allocation de dommages et intérêts « *sert le bien de l'enfant et lui permet un développement idoine dans son environnement familial naturel* »⁶⁴⁸. Toujours selon le Tribunal fédéral, l'argument selon lequel l'enfant pourrait subir un éventuel traumatisme psychologique⁶⁴⁹ du fait de l'octroi de dommages et intérêts à ses parents suite à sa naissance, ne suffit pas en soi à exclure le paiement d'une indemnité par la défenderesse⁶⁵⁰. Il n'y a ainsi aucune raison objective de favoriser un médecin qui n'effectue pas une stérilisation selon le protocole convenu, par rapport à un chirurgien n'exécutant pas fautivement un autre type d'opération⁶⁵¹. Du moment que le but du contrat était licite, le médecin doit répondre d'une faute commise dans l'exécution du contrat. De même, une éventuelle hausse des primes d'assurances des praticiens n'est pas un argument valable pour refuser le versement d'une indemnité.

Dès lors, rien ne s'oppose à ce que le dommage causé par les frais d'entretien de l'enfant soit réparable. Cette indemnisation n'est pas à limiter aux seuls enfants nés handicapés, mais à tout enfant dont la naissance n'est pas désirée⁶⁵². Comme le montant de cette indemnité n'était pas contesté par la défenderesse, le Tribunal fédéral peut se contenter d'approuver le fait que l'instance cantonale n'ait pas accepté d'accorder à la demanderesse une indemnité pour « *frais de soins et d'éducation* », car le devoir d'éducation des parents (*persönliche elterliche Fürsorge*) est de nature strictement person-

647 Consid. 4.4.2.

648 Consid. 4.4.2.

649 On peut objecter à ce dernier argument que l'enfant sera à notre avis de toute manière fortement heurté psychologiquement lorsqu'il découvrira que ses parents ont jugé bon d'agir en justice pour se plaindre des frais que leur aura coûté son entretien, indépendamment de la constatation de ce fait dans un jugement ; dans le même sens, Oftinger/Stark, *Haftpflichtrecht* 1995, N. 53, p. 85.

650 Consid. 4.5.

651 Consid. 4.8.

652 Consid 4.8. Le Tribunal fédéral rejette la « *Mitleidsmoral* » dont était empreinte la solution retenue par le *Obergerichtshof* autrichien qui réservait l'indemnisation au seul enfant né handicapé.

nelle et ne peut être englobé dans le calcul du dommage⁶⁵³. Au surplus, le Tribunal fédéral constate qu'il n'a pas à décider selon quels critères cette indemnité doit être calculée, mais qu'elle doit être accordée dans tous les cas, indépendamment de la situation financière des parents.

Il s'agit à l'évidence d'un arrêt de principe en ce sens qu'il démontre l'importance toujours accrue de la prise en considération du respect de la personnalité et de l'autonomie de la partie lésée comme facteurs de réparation du dommage, fût-ce en reléguant au deuxième plan les hypothétiques valeurs éthiques et morales qui pourraient lui être contraires. L'arrêt donne la priorité au respect de la vie privée et familiale des époux et protège leur droit de décider de la taille de leur famille. Dans le cas d'espèce, l'illicéité reste en retrait, vu que l'action de la demanderesse est fondée sur les règles propres au contrat de mandat, et l'emphase est portée sur la violation contractuelle commise par le médecin qui ne se prête pas fautivement à la stérilisation convenue. À notre sens, à n'en point douter, dans le cadre d'une action qui serait fondée sur le droit public cantonal appliquant les articles 41 ss CO à titre de droit cantonal supplétif, l'atteinte portée au droit de planification familiale des parents constituerait un acte illicite donnant lieu à réparation s'il était commis fautivement.

Cet arrêt, rendu à l'unanimité, tranche nettement avec le scepticisme antérieur de notre Haute Cour qui avait refusé par deux fois⁶⁵⁴ de se prononcer sur le fond de la question d'une éventuelle indemnité à verser aux parents suite à la naissance d'un enfant non désiré. La clarté des faits de la présente cause démontrant l'indiscutable faute de l'hôpital qui n'a pas procédé à la stérilisation convenue n'est assurément pas étrangère à la conclusion tranchée à laquelle parvient le Tribunal fédéral.

653 Steiner, *Bemerkungen* 132 III 359, p. 1159.

654 Arrêts du Tribunal fédéral non publiés du 14 décembre 1995 et du 1^{er} décembre 1998 (4C.276/1993). Ces arrêts concernaient la question du consentement hypothétique des parents à une méthode de stérilisation qui n'était pas dénuée de risque d'échec. La question reste à notre sens ouverte de savoir si le Tribunal fédéral rejugerait de la même manière les deux affaires au regard de la nouvelle jurisprudence, car il lui serait toujours possible de débouter les recourants sous l'angle de la question du lien de causalité.

L'arrêt reconnaît expressément que les parents d'un enfant non désiré sont fondés à réclamer une indemnité, que leur enfant naisse handicapé ou sain. Il ne répond à notre sens toutefois pas à la question fondamentale soulevée par l'arrêt de la Cour de cassation française dans la cause *Perruche*⁶⁵⁵. C'est celle de savoir si l'enfant né gravement handicapé par la faute d'un médecin, qui n'a pas averti ses parents d'un risque de malformation grave, alors que le diagnostic prénatal aurait pu l'établir, est fondé à agir lui-même contre l'hôpital pour son préjudice propre résultant de sa naissance. Il est évident que le Tribunal fédéral n'avait pas à se poser cette question. Nous nous demandons déjà avec intérêt s'il pourra y répondre en ayant recours à la théorie de la différence, car une vie, même lourdement handicapée, semble valoir assurément plus que le néant de la non-existence.

Il est intéressant de relever que la théorie de la différence sert de point névralgique à l'argumentation des juges de Mont-Repos qui ne privilégient pas formellement une approche normative du dommage, mais fondent l'entier de leur raisonnement sur la notion de diminution involontaire du patrimoine des époux, induite par les devoirs d'entretien et d'éducation de l'enfant découlant de l'article 276 al. 1 CC. Toutefois, lorsqu'il s'agit de chiffrer concrètement le montant du dommage, qui n'était certes pas contesté par la défenderesse, le Tribunal fédéral semble se rapprocher d'une interprétation plus normative de celui-ci, en énonçant qu'il s'agit de prendre en considération les dépenses effectives et calculées selon l'entretien de base moyen d'un enfant, et non selon les données de fait concrètes du cas d'espèce. La relativement modeste somme allouée aux parents témoigne d'une retenue certaine de l'instance cantonale valaisanne qui ne semble pas avoir déplu au Tribunal fédéral⁶⁵⁶.

655 Arrêt de la Cour de cassation française, Assemblée plénière du 17 novembre 2000 ; Le Dalloz, 2001, N. 4, p. 332.

656 La somme totale de CHF 135'000.- allouée à la demanderesse pour son incapacité de travail et les frais d'éducation de l'enfant (abstraction faite des CHF 5'000.- de tort moral) ne couvrent assurément pas les dépenses réelles induites par les frais d'entretien d'un enfant pendant dix-huit ans. Nous doutons pour notre part que les montants futurs éventuellement alloués par d'autres juridictions dépassent dans une large mesure cette fourchette raisonnable.

D. L'arbre et son double dommage

Dans un arrêt de 2001⁶⁵⁷, le Tribunal a été confronté à une situation d'une rare complexité résultant d'un état de fait en apparence une fois de plus extrêmement banal. La commune de Berne était propriétaire d'un arbre (un frêne âgé de 70 ans, au tronc d'une circonférence de 145 cm) qui avait été endommagé une première fois par un automobiliste lors d'un choc frontal le 18 mai 1991. L'assurance responsabilité civile du conducteur avait indemnisé la commune de Berne à hauteur de CHF 8'525.- pour la moins-value causée à cet arbre.

L'arbre endommagé étant resté sur pied malgré le dommage subi, un accident similaire se produit le 13 juin 1991. Les parties n'arrivent pas à s'entendre et la ville de Berne ouvre alors action contre la Zurich assurances, assurance responsabilité civile du second conducteur, à hauteur de CHF 26'474.- pour ce dommage. Malgré les chocs subis, l'arbre ne meurt pas, et pourra continuer à vivre encore dix-huit ans après la date de la décision attaquée.

Sur l'action intentée par la demanderesse, les autorités zurichoises tant de première instance que d'appel accordent le montant de CHF 2'000.- à cette dernière. Le Tribunal fédéral admet le recours en réforme dont il est saisi, et renvoie l'affaire à l'instance cantonale inférieure, pour que celle-ci statue de nouveau⁶⁵⁸.

Le Tribunal fédéral commence par préciser dans le considérant 4a de cet arrêt que le principe du dommage causé au frêne n'est pas contesté par la défenderesse, mais que c'est le montant du calcul de celui-ci qui est litigieux. Il continue son raisonnement en insistant sur le fait que la notion de dommage n'est pas définie en droit suisse, malgré son « *importance centrale* » dans le système juridique de la réparation du dommage. Ainsi, selon la conception classique générale de la théorie de la différence, le dommage dans le

657 ATF 127 III 73 du 19 janvier 2003 dans la cause Einwohnergemeinde Bern c. Zürich Versicherungs-Gesellschaft = SJ 2001 I, pp. 397-407.

658 Pour un commentaire, Roberto, AJP 2001, p. 723 ; Gauch, *Grenzüberschreitungen*, p. 298.

cadre du droit de la responsabilité civile correspond à « *la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et celui qu'il aurait eu sans l'événement dommageable* ». Dans le cas d'espèce, un dommage matériel, celui-ci peut être déterminé par « *la moins-value des actifs concernés, soit par l'augmentation des passifs suite aux frais supplémentaires liés à la suppression et à la réparation du dommage* ». C'est dès lors au calcul de cette moins-value que l'instance suprême se penche dans le présent arrêt.

Le Tribunal fédéral rappelle qu'en raison du principe de l'accession⁶⁵⁹ consacré à l'article 667 al. 2 CC, les arbres sont des choses vivantes qui appartiennent au propriétaire du fonds sur lequel ils poussent⁶⁶⁰. Ainsi, la destruction de l'arbre peut avoir pour conséquence la diminution de valeur du bien-fonds. En l'espèce, vu que la route n'est pas commercialisable, car ne possédant pas de valeur marchande, il s'agit de se baser sur la valeur de l'arbre lui-même en tant que chose directement concernée, et non sur la valeur totale du bien-fonds⁶⁶¹. Ainsi, le point de départ pour le calcul du dommage est « *la valeur de l'arbre lui-même* »⁶⁶². Cette valeur comprend ainsi, outre la valeur de l'arbre lui-même, les frais d'enlèvement de l'arbre endommagé, ou de son remplacement, ainsi que les frais liés à des soins supplémentaires pour un nouvel arbre.

Dans le cas d'espèce, le frêne endommagé n'était pas encore mort. Il devenait donc difficile d'en calculer la valeur résiduelle. Il est cependant certain que lorsque l'arbre sera mort, il n'aura plus de valeur résiduelle. Ainsi, la différence se calcule entre « *la valeur de l'arbre (intact) avant l'événement dommageable et sa valeur après cet événement* ». Donc, « *le dommage résiduel est en conséquence identique à la valeur de l'arbre avant l'événement dommageable* »⁶⁶³.

659 Steinauer, *Les droits réels I*, N. 1061 ss, p. 369-370.

660 Gauch, *Grenzüberschreitungen*, pp. 298-299.

661 Il est très intéressant de constater que, si le Tribunal fédéral se base sur la valeur de l'arbre lui-même dans le cas d'espèce, il n'a pas suivi ce raisonnement dans le cadre de l'ATF 129 III 331 vu sous E. *infra* qui se basera sur la valeur du bien-fonds et non sur la valeur des arbres détruits seuls.

662 ATF 127 III 73 consid. 4, c.

663 ATF 127 III 73 consid. 5.

Les arbres se distinguent des autres objets en ce sens qu'ils sont des objets vivants dont la valeur fluctue avec le temps. Leur valeur augmente pendant la phase de maturité et diminue dans celle de vieillissement. Ainsi, à la fin de son cycle de vie, l'arbre n'aura plus de valeur.

Le Tribunal refuse de calculer le dommage, comme le suggère la demanderesse, en se basant sur les directives de l'Union suisse des services de parcs et promenades (USSP). En effet, selon le Tribunal fédéral, ces directives méconnaissent les principes généraux du droit de la responsabilité civile. Elles se fondent sur un facteur de revalorisation en référence à la circonférence du tronc (facteur qu'il est impossible de déterminer sur la base de ces directives) et surtout, elles ne prennent pas en compte le fait qu'un arbre en phase de vieillissement perd de la valeur⁶⁶⁴.

Dès lors, il s'agit de calculer le dommage selon la théorie de la différence qui postule que « *celui qui a causé le dommage doit en principe une réparation pleine et entière, raison pour laquelle le dommage doit être pris en considération dans toute son étendue. Pour le calcul du dommage dans le cas de la destruction d'un arbre, il sied en principe de partir des frais d'acquisition d'un arbre de même type et de même grandeur.* »⁶⁶⁵ En l'espèce, cette manière de faire n'est pas possible, car un arbre de remplacement dans le commerce n'existe pas. Il se pose dès lors la question de savoir comment calculer ce dommage.

Après avoir refusé de suivre la solution préconisée par les tribunaux allemands⁶⁶⁶, le Tribunal fédéral rejette également la solution retenue par l'autorité cantonale qui n'avait accordé que les frais de transplantation d'un arbre d'un diamètre de 56-60 cm, jugeant que ceux d'un arbre d'un diamètre de 90-

⁶⁶⁴ ATF 127 III 73 consid. 5, c, bb.

⁶⁶⁵ ATF 127 III 73 consid. 5, c, cc.

⁶⁶⁶ Selon la pratique allemande, les tribunaux accordent au lésé un montant équivalent aux frais nécessaires pour l'acquisition d'un jeune arbre en âge d'être planté, pour les frais de plantation, pour les frais plus élevés pendant la période de croissance et enfin un supplément pour le risque de croissance de l'arbre. Cette méthode est jugée très coûteuse par le Tribunal fédéral, mais surtout d'une exactitude apparente, car ni les frais qu'aurait subis par la suite de toute manière le lésé, ni la durée de vie plus longue de l'arbre ne sont pris en considération.

100 cm, pourtant disponible dans le commerce, seraient disproportionnés au sens de l'article 43 al. 1 CO. Le Tribunal fédéral considère que cette manière de faire contrevient au principe de réparation intégrale qu'il a mentionné précédemment. On ne peut déduire ce principe de proportionnalité de l'article 43 al. 1 CO et faire ainsi obstacle au calcul correct du dommage. « *Le dommage doit d'abord être chiffré le plus précisément possible également dans les causes où la réparation est déterminée en prenant en considération les particularités du cas d'espèce.* »⁶⁶⁷ Selon le Tribunal fédéral, le dommage doit dès lors se calculer ainsi :

« *La solution qui répond à ces impératifs est la suivante : le responsable doit une réparation égale aux coûts d'un arbre, correspondant le plus possible à l'arbre déjà adulte, que l'on peut encore se procurer dans le commerce et que son âge n'empêche pas d'être transporté à l'endroit prévu.* »⁶⁶⁸ Il s'agira dès lors d'accorder le montant de CHF 28'500.-, prix d'un arbre d'un diamètre de 90-100 cm dans le commerce. Ce montant ne devra pas être diminué ou augmenté en raison du fait que cet arbre sera plus jeune que le précédent, car « *l'avantage que tire le lésé du fait de l'espérance de vie supérieure de l'arbre de remplacement plus jeune est contrebalancé par le désavantage que constituerait le fait que l'arbre n'a pas encore atteint sa maturité : il n'y a en conséquence lieu de prendre en considération ni moins-value, ni plus-value additionnelles* ».

Était encore ouverte la question de savoir si l'autorité cantonale avait à juste titre appliqué un taux d'escompte au montant de l'indemnité, vu que l'arbre allait mourir seulement dix-huit ans après la date du jugement attaqué. En d'autres termes, l'autorité cantonale considérait que le dommage était un dommage futur, et qu'en conséquence l'indemnité devait être réduite pour la durée de vie résiduelle de l'arbre. Le Tribunal fédéral est d'avis que, si des coûts supplémentaires sont dus pour l'entretien de l'arbre pendant les dix-huit ans, ils doivent être payés. Si par contre ces coûts restants dépassent la valeur totale de l'escompte, il convient alors de considérer que l'on a affaire

⁶⁶⁷ ATF 127 III 73 consid. 5, e.

⁶⁶⁸ ATF 127 III 73 consid. 5f.

à un dommage total⁶⁶⁹ et d'accorder au lésé « *le montant nécessaire pour le remplacement immédiat de l'arbre endommagé* »⁶⁷⁰. Le Tribunal fédéral ne discute toutefois pas plus loin la question, car il estime être lié par l'état de fait que l'arbre ne mourrait que dans dix-huit ans. C'est pourquoi il considère que le droit fédéral ne s'oppose pas à l'application d'un taux d'escompte basé sur une période de dix-huit ans.

Le Tribunal fédéral relève enfin, dans le considérant 7, que l'arbre a été préalablement endommagé par un autre automobiliste, entraînant par là une première indemnisation à hauteur de CHF 8'526.- pour la ville de Berne. L'autorité cantonale avait déduit cette somme du montant litigieux accordé à la demanderesse. Le Tribunal fédéral avait à se demander si cette manière de faire était conforme au droit fédéral⁶⁷¹.

Selon notre Haute Cour, l'instance inférieure n'a pas mal interprété les principes de calcul du dommage et de la *compensatio lucri cum damno*. En effet, le montant de CHF 8'526.- a été accordé à titre de dommages et intérêts et non pour des « *pertes immatérielles, auxquelles ne correspondait aucun dommage au sens du droit de la responsabilité civile.* »⁶⁷² Par ailleurs, la demanderesse n'a jamais contesté que le montant reçu soit effectivement supérieur au montant du premier dommage subi. Dès lors, le Tribunal fédéral approuve la manière de voir de l'instance cantonale, et considère que cette première indemnité doit être déduite des dommages et intérêts, afin d'éviter un enrichissement de la demanderesse.

Cet arrêt démontre les difficultés d'application de la théorie de la différence. Il n'est en effet pas évident de calculer la différence de patrimoine qu'a subie la ville de Berne suite à l'endommagement de son arbre. Dans le cas présent, l'affaire est compliquée par quatre facteurs. Premièrement, l'arbre est une

669 ATF 127 III 73 consid. 6b.

670 ATF 127 III 73, *ibid.*

671 De manière fort intéressante, le Tribunal fédéral distingue le cas présent où deux auteurs répondent successivement d'un dommage causé à la même chose, du cas de figure dans lequel deux auteurs répondent du même dommage causé en même temps, comme tel aurait été le cas si les deux automobilistes avaient embouti l'arbre au cours du même accident.

672 ATF 127 III 73 consid. 7c.

chose vivante dont la valeur augmente et baisse avec le temps. Deuxièmement, l'accident n'a pas causé le dommage total de la chose, mais l'a gravement endommagée, de manière à causer sa mort prématurée dix-huit ans plus tard, ouvrant ainsi la problématique du dommage futur. Troisièmement, un bien semblable n'existe pas dans le commerce, car en raison de la grosseur du tronc, on ne peut replanter un frêne de 70 ans. Quatrièmement, l'arbre a déjà été endommagé auparavant et la demanderesse a été indemnisée de ce chef. Autant de facteurs qui rendent difficiles de calculer le dommage selon des critères clairs et mathématiques.

Le Tribunal fédéral se livre bien plutôt à une difficile prise en considération de tous les facteurs pertinents, afin de parvenir à une solution satisfaisante d'un point de vue doctrinal. En effet, l'état de fait pose de délicates questions. La manière très soignée dont le Tribunal fédéral se livre à l'analyse est assurément à saluer. Elle démontre que même si la formule de base de la théorie de la différence peut être considérée comme réductrice, elle permet de garantir une indemnisation complète et intégrale du lésé dans des circonstances complexes. En insistant sur l'importance de cette réparation intégrale, le Tribunal fédéral met au centre de son raisonnement *l'intérêt à la non-survenance du dommage subi par la victime*, tout en encadrant cette indemnité, afin que la victime ne puisse se retrouver enrichie.

Ainsi, le Tribunal fédéral refuse de prendre en considération dans son raisonnement le fait que les frais de replantation d'un nouvel arbre peuvent être très élevés pour l'assurance de l'auteur de l'accident. En d'autres termes, notre Haute Cour garantit au lésé une indemnisation pleine et entière du dommage subi. En effet, « *celui qui a causé le dommage doit en principe une réparation pleine et entière, raison pour laquelle le dommage doit être pris en considération dans toute son étendue.* »⁶⁷³ Cette prise en compte de la réalité effective du dommage concrétise en fait le droit de la victime de pouvoir obtenir les sommes nécessaires qui lui permettront de se retrouver placée dans la situa-

673 ATF 127 III 73 consid. 5, c. cc.

tion antérieure au dommage. La prise en compte de cet intérêt subjectif du lésé garantit dans le cas d'espèce indirectement l'intégrité de son patrimoine.

E. Le terrain défriché sans droit qui prend de la valeur suite à l'atteinte

Un couple est propriétaire d'un terrain sur lequel se trouve une villa ainsi que quelques arbres⁶⁷⁴. La voisine des propriétaires, excédée par ces arbres qui lui font de l'ombre, décide d'abattre sans droit les arbres de ses voisins en pénétrant sur leur terrain. La particularité du cas provient du fait que le terrain, une fois défriché de ses arbres, ne se retrouve pas diminué de valeur, comme le confirme expressément une expertise versée au dossier⁶⁷⁵. Le Tribunal fédéral ne peut appliquer telle quelle la théorie de la différence, vu qu'il n'y a pas de diminution de patrimoine, mais au contraire que celui-ci s'est probablement accru⁶⁷⁶ :

Massgebend ist vielmehr, welches Interesse der jeweilige Eigentümer an der Wiederherstellung des früheren Zustandes hat. Darauf ist abzustellen, wenn darüber zu entscheiden ist, ob die Beschädigung oder Zerstörung eines Baumes als Vermögensschaden zu betrachten ist. Der vom Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung verwendete Schadensbegriff ist nicht ausschliesslich objektiv zu verstehen, sondern enthält bereits aufgrund seiner historischen Wurzeln eine subjektive, das Erhaltungsinteresse des Geschädigten berücksichtigende Komponente. [...] Diese subjektive Komponente erlaubt die Berücksichtigung der Interessenlage des jeweiligen Eigentümers. Hat dieser ein sachliches Interes-

⁶⁷⁴ ATF 129 III 331 du 25 mars 2003.

⁶⁷⁵ Il est regrettable que la version publiée de l'arrêt ait supprimé ce fait essentiel. La version non publiée de l'arrêt 4C.347/ 2002 mentionne toutefois expressément au considérant 1 qu'un acheteur hypothétique avisé de la coupe des arbres n'aurait pas baissé son prix d'achat de ce chef : « *Die Fragen des Vorliegens eines Schadens und der Schadenshöhe sind von den kantonalen Gerichten aufgrund schriftlicher Gutachten und der Befragung von mehreren Experten beurteilt worden. [...] Bei der Liegenschaftsbewertung werde eine Verkaufssituation fingiert. Ein potentieller Käufer würde die vorhandenen Baumschäden nicht wahrnehmen. Selbst wenn dieser wüsste, dass die Lebensdauer der beiden Bäume verkürzt wäre, hätte dies keinen Einfluss auf den Liegenschaftswert [...].* »

⁶⁷⁶ Dupont, *Dommage*, pp. 471 ss ; Guggisberg, *AJP* 2003, pp. 1246 ss ; Gauch, *Grenzüberschreitungen*, pp. 299 ss.

se an der Unversehrtheit der zerstörten oder beschädigten Bäume, darf das Vorliegen eines Vermögensschaden nicht mit der Begründung verneint werden, die Zerstörung oder Beschädigung der Bäume habe den Verkehrswert des Grundstücks nicht vermindert. [...] Der Geldersatz ist deshalb unabhängig von einer allfälligen Vermögenseinbusse im Sinne des allgemeinen Schadensbegriffes (Differenzhypothese) zu leisten. Die Naturalrestitution gewährleistet das Integritätsinteresse des Geschädigten und ist am besten geeignet, den Ausgleichgedanken zu verwirklichen⁶⁷⁷.

Le Tribunal fédéral reconnaît dans un premier temps que le principe de l'accession consacré à l'article 667 al. 2 CC n'empêche pas la prise en compte de la valeur de l'arbre en tant que tel, indépendamment de sa répercussion sur le prix de vente hypothétique du terrain⁶⁷⁸.

Le raisonnement du Tribunal fédéral se concentre alors sur la notion d'intérêt à la non-survenance du dommage⁶⁷⁹, notion sur laquelle il n'est pas revenu depuis les années 1930 en rapport avec la définition du dommage extracontractuel. Sans se référer à sa propre jurisprudence qu'il semble avoir oubliée⁶⁸⁰, le Tribunal fédéral cite les racines historiques de cet intérêt subjectif du lésé au maintien de son patrimoine (*Erhaltungsinteresse*), indépendamment d'une diminution matérielle de celui-ci. La prise en compte de cet intérêt subjectif au maintien du patrimoine du lésé démontre, comme le dit lui-même le Tribunal fédéral, que la notion de dommage ne doit pas se com-

677 ATF 129 III 331 consid. 2.2.

678 Guggisberg, p. 1247.

679 Guggisberg, p. 1248, a assisté à la délibération publique en tant que conseil de la partie demanderesse. Il souligne que l'un des juges a insisté sur le fait que l'intérêt devait se comprendre dans le sens subjectif du « *mea interesse* », et non de manière purement objective. Dès lors, la théorie de la différence ne devait pas être appliquée en prenant uniquement en compte sa valeur pour la chose détruite, à l'exception de l'une de ses parties intégrantes.

680 Voir par exemple l'ATF 23 juin 1900 (JT 1900 466) qui consacre le « *paiement des sommes nécessaires pour remettre dans son état primitif la chose endommagée ou détruite* », ou l'ATF 71 II 86 qui met en avant l'intérêt du lésé à ce que le dommage ne se soit pas produit : « *Schadenersatz zielt ab auf die Ausgleichung des Interesses am Nichteintritt der schädigende Tatsache.* »

prendre uniquement d'une manière objective, mais doit viser à la restitution en nature du bien détruit⁶⁸¹.

La manière subjective de prendre en compte le dommage a pour principe le respect de l'intérêt à l'intégrité du patrimoine du lésé. Le respect de cet intérêt est toutefois subordonné à l'importante condition que cet intérêt soit tangible, « *sachlich* »⁶⁸². Il doit en fait s'agir d'un intérêt commun qui ne soit pas un intérêt de pure affection ou de fantaisie, mais une valeur objective pour la communauté dans son ensemble⁶⁸³. La traduction française du *Journal des tribunaux* emploie le terme d'intérêt réel du lésé⁶⁸⁴. Il est peu important finalement de savoir comment traduire le terme de *sachlich*. Toujours est-il que la prise en compte d'un intérêt subjectif du lésé est subordonnée à l'exigence que celui-ci possède une valeur commune, comme l'est assurément l'intérêt à l'intégrité et à l'intangibilité de sa propriété⁶⁸⁵.

Cet intérêt est opposé plus loin à l'intérêt de conservation de la chose. On revient ainsi à l'idée de restitution en nature, telle que présentée dans la partie historique sur l'émergence de la théorie de la différence à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle (*Ausgleichgedanke*).

Cet arrêt marque sans aucun doute une entorse importante à la théorie de la différence. En effet, les demandeurs sont indemnisés, alors qu'au sens de ce concept, ils n'ont pas subi de diminution de patrimoine. C'est leur terrain et ses arbres qui en tant que tels ont été touchés et non leur patrimoine. C'est dès lors par le biais de la restitution en nature, restitution oubliée également

681 Gauch, *Grenzüberschreitungen*, p. 299.

682 « *Hat dieser ein sachliches Interesse an der Unversehrtheit der zerstörten oder beschädigten Bäume* » ATF 129 III 331 consid. 2.2.

683 Comme l'avait déjà constaté Paul, D. 9,2,33,pr. (*nec utilitate singulorum, sed communiter fungi*), la valeur d'un intérêt se calcule d'une manière commune et non singulière en prenant en compte l'intérêt purement subjectif de pure affection d'un seul propriétaire.

684 JT 2003 I 631, trad. Jacques Reymond : « *Si celui-ci a un réel intérêt à ce que les arbres abattus ou endommagés fussent demeurés intacts, on ne peut pas nier l'existence d'un dommage pécuniaire en soutenant que l'abattage ou l'endommagement des arbres n'a pas diminué la valeur vénale du bien-fonds.* »

685 Comme déjà vu chez Ulpian D. 9,2,27,17 (*Aquila enim eas ruptiones, quae damna dant persequitur*), dans un cas où les frais de traitement d'un esclave blessé sont pris en compte, quand bien même il n'a pas diminué de valeur. Voir *supra* p. 160.

depuis les années 1950 qu'il convient de procéder⁶⁸⁶. Cette restitution en nature vise à préserver l'intérêt à l'intégrité de la chose et est ainsi la mieux à même de matérialiser la volonté d'indemnisation du droit de la responsabilité civile.

À la suite de cet arrêt, on peut même se demander si le Tribunal fédéral ne devrait pas amender sa définition du dommage. En effet, la présente affaire démontre que la seule théorie de la différence est impuissante à appréhender un cas dans lequel il n'y a aucune diminution patrimoniale. Il conviendrait dès lors d'avoir recours en premier lieu à la prise en compte de l'intérêt subjectif des lésés à la remise en état de la chose détruite, indépendamment de sa valeur patrimoniale. Ce n'est que si cette remise en état n'est pas possible ou extrêmement onéreuse que l'on peut entrer dans l'hypothèse de la différence⁶⁸⁷.

F. L'abattage du gypaète barbu

L'affaire dite du gypaète barbu de 2004⁶⁸⁸ illustre les difficultés auxquelles peut exposer une application stricte de la théorie de la différence et de la notion de dommage patrimonial. Nous démontrerons toutefois que ce n'est pas cette seule théorie qui pose le principal problème, mais surtout une conception trop restrictive de la notion de possession qui déploie par ricochet une influence sur celle de patrimoine.

Une fondation basée aux Pays-Bas avait décidé de réintroduire le gypaète barbu, une espèce de vautour, dans certaines régions d'Europe, dont les Alpes

686 Voir *supra* § 18, p. 244. L'argumentation ressemble à s'y méprendre à celle de l'arrêt Weiss c. Compagnie du Nord-Est rendu par ce même Tribunal fédéral à la fin du XIX^e siècle : « Lors donc que la réparation ne peut avoir lieu in natura par remise en état de la chose endommagée, et que force est ainsi d'allouer au lésé des dommages-intérêts en argent, le lésé a droit, sous réserve toujours de l'appréciation du juge prévue à l'article 51 [de l'ancien] CO, au paiement des sommes nécessaires pour remettre dans son état primitif la chose endommagée ou détruite. » Dans le cas d'espèce, c'est ce qu'effectue le Tribunal fédéral mais en ayant recours au corollaire de l'intérêt à l'intégrité. Il est toutefois remarquable que notre instance suprême ait ainsi complètement oublié sa jurisprudence antérieure.

687 Guggisberg, p. 1248 ; Wiegand, *Commentaire bâlois ad art. 642 CC*, N. 38.

688 Arrêt non publié du Tribunal fédéral du 20 février 2004 4C.317/2002.

suisse. L'association avait à cet effet relâché un gypaète élevé en captivité et nommé *Republic V*. Le rapace était muni d'un détecteur afin de pouvoir en suivre les mouvements.

Alors que cet animal était protégé par les règles sur la chasse, il est abattu sans droit par B. avec son fusil au cours d'une chasse sur un alpage situé au-dessus de la commune de Montana.

La fondation agit contre les hoirs du tireur B., décédé dans l'intervalle, et exige le paiement d'un montant de CHF 118'000.- à titre des frais investis pour la réintroduction de *Republic V*. Il est important de préciser qu'avant son décès, B. avait versé CHF 20'000.- de dommages et intérêts au Canton du Valais, titulaire des droits de la chasse et qui s'était porté partie civile dans la procédure pénale à titre « de dédommagement pour le gypaète barbu ».

Les deux instances cantonales valaisannes ont débouté la fondation de ses conclusions, motif pris d'une absence de qualité pour agir en paiement de l'association et d'un défaut de dommage au sens du droit suisse. La fondation recourt en réforme au Tribunal fédéral qui la déboute de ses conclusions au motif de son absence de qualité pour agir.

Le Tribunal fédéral commence par rappeler que, liée par l'état de fait qui lui est soumis, la demanderesse ne prétend détenir aucun droit réel de propriété sur l'animal. C'est dès lors sous l'angle de la notion de possession qu'il va s'agir d'analyser la situation juridique présentée par le cas d'espèce. Le Tribunal fédéral renvoie à son arrêt 90 II 417⁶⁸⁹ considérant que les animaux sauvages vivant en liberté sont des choses sans maître non susceptibles de possession. Il renvoie aussi aux articles 719 al. 1 et 2 CC qui énoncent que les animaux captifs ou apprivoisés qui n'ont plus de maître ont retrouvé ainsi la liberté. Ils deviennent par là des choses sans maître⁶⁹⁰.

689 Arrêt que nous avons déjà mentionné et qui concernait la pollution de la Broye ayant entraîné la mort de poissons dans les cantons de Fribourg et de Vaud.

690 Arrêt non publié du Tribunal fédéral du 20 février 2004 4C.317/2002 consid. 4.1.

Le Tribunal fédéral n'est pas sensible à l'argument de la demanderesse selon lequel elle aurait pu récupérer l'oiseau en tout temps. Selon lui la possession suppose une maîtrise de fait qui peut certes être ouverte, ainsi qu'un élément subjectif, la volonté de posséder la chose. De l'avis du Tribunal fédéral, en remettant le gypaète dans la nature, la fondation a commis un acte tendant à la déréliction. De plus, en relâchant cet animal apprivoisé, la fondation entendait le remettre définitivement en liberté et à la vie sauvage, ce qui implique que l'oiseau est devenu une « chose sans maître » que la fondation ne peut revendiquer⁶⁹¹.

Dans une seconde argumentation, la demanderesse invoquait l'article 23 de la loi fédérale sur la chasse et la pêche⁶⁹² (LCHP) qui dispose :

Le locataire de la chasse, dans les régions où la chasse est affermée, le canton ou la commune, dans les autres régions, ont le droit d'exiger la réparation du dommage causé par un délit de chasse ou par une contravention. Pour le reste, les dispositions du Code des obligations sur les actes illicites sont applicables.

La fondation soutenait que tout comme le canton, ou le locataire de la chasse qui n'est jamais propriétaire des animaux avant la capture, elle doit être considérée comme une « gestionnaire de la chasse » du moment qu'elle avait obtenu une autorisation pour relâcher le gypaète. Le Tribunal fédéral considère que la loi ne contient pas de lacune et qu'il ne convient pas de reconnaître un droit à la qualité pour agir à toutes les personnes ou organismes chargés d'une mission de gestion de la faune⁶⁹³. Le Tribunal fédéral estime certes la réforme proposée par l'article 45d du projet d'unification du droit de la responsabilité civile comme souhaitable, mais ne veut pas y donner suite dans cette affaire.

691 Kadner, *Rechtsprechung 2003-2005*, N. 64 ss.

692 Loi fédérale sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages du 20 juin 1986 (RS 922.0).

693 Arrêt 4C.317/2002 consid 5.2.

L'arrêt se situe à la fois à la limite de notre sujet et concerne plus les droits réels. En effet, la question principale du présent arrêt touche à la notion de possession. Faute de disposer de la maîtrise effective et de la volonté de posséder le gypaète, on considère que l'oiseau est redevenu une bête sauvage qui ne peut être possédée par la fondation. Cette argumentation peut laisser songeur. En effet, l'animal avait été bagué et marqué sur les ailes. Il pouvait être suivi en tout temps par la fondation. De plus, celle-ci pouvait à tout moment le recapter afin de le soigner. On peine dès lors à comprendre pourquoi le Tribunal fédéral n'admet pas que la fondation puisse jouir de la possession ouverte sur le rapace.

La lecture très restrictive que notre instance suprême apporte à l'article 23 LCHP laisse également dubitatif. Était-il vraiment nécessaire d'être si strict dans l'application de cet article ? Une interprétation différente ne nous aurait pas semblé incompatible avec la lettre de la loi qui vise à dédommager la perte des ressources de la chasse. Sur ce point, la loi, telle qu'interprétée par le Tribunal fédéral est clairement lacunaire et déficiente. Elle ne rend que plus nécessaire une réforme au sens de ce que propose l'article 45d de l'avant-projet d'unification du droit de la responsabilité civile.

Par cette vision très restrictive de la possession, le Tribunal fédéral se dispense de devoir analyser en détail la question de la notion de dommage. Du moment qu'il considère que la demanderesse n'a plus la possession de l'animal, il peut se borner à mentionner l'absence de qualité pour agir de celle-ci et la débouter de ce fait.

Le plus préoccupant dans cet arrêt réside en ce que, tout en déboutant la demanderesse en raison de son absence de qualité pour agir, le Tribunal fédéral se limite à renvoyer⁶⁹⁴ à l'ATF 90 II 417 qui avait refusé aux cantons de Vaud et de Fribourg les frais de repeuplement d'une rivière⁶⁹⁵. Il est vrai que

⁶⁹⁴ Arrêt 4C.317/2002 considérants 4 et plus particulièrement 6 en rapport avec la notion juridique de dommage.

⁶⁹⁵ Il est à ce titre paradoxal que le Tribunal fédéral affirme que « *les frais de repeuplement effectif d'une rivière polluée ont été alloués aux Cantons de Fribourg et de Vaud* » alors que justement ces frais n'ont pas été alloués dans l'arrêt en question qui a été vivement

le Tribunal fédéral renvoie à trois auteurs qui se montrent critiques quant à sa jurisprudence. Il reste toutefois que cette argumentation pose un véritable problème en ce sens qu'elle dénie toute valeur patrimoniale à un animal en liberté, rendant de ce fait non indemnisable toute atteinte portée à la faune sauvage.

Dans la partie consacrée à l'avant-projet de révision du droit suisse de la responsabilité civile, nous étudierons en quoi il convient impérativement de modifier les règles du Code des obligations en matière de responsabilité civile, pour ne pas parvenir à un résultat matériel aussi peu satisfaisant d'un point de vue doctrinal.

critiqué en doctrine et dans l'avant-projet de révision. C'est d'ailleurs en raison de cette vision restrictive que l'avant-projet de révision et d'unification de la responsabilité civile consacre la notion de dommage écologique.

§ 20. Les différents types de dommages et leur définition

A. Les trois types de dommages reconnus par la jurisprudence

En doctrine⁶⁹⁶, selon une classification conventionnelle, on distingue traditionnellement trois types de dommages. On opère ainsi une partition entre le dommage corporel, le dommage matériel, et les autres types de dommages⁶⁹⁷. Si cette taxinomie peut sembler quelque peu « scolaire » et artificielle, elle a néanmoins le mérite de permettre de distinguer ces différentes catégories et de dégager des règles propres à chacune ainsi que de permettre leur identification aisément en doctrine. Dans la mesure où le Tribunal fédéral reconnaît également cette distinction, elle mérite assurément un bref examen dans le cadre de cette étude.

Le dommage corporel correspond à l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle. Il englobe les frais médicaux, la perte de gain et ses dérivés comme la perte de soutien en cas de maladie ou de mort d'homme, de même que le tort moral⁶⁹⁸.

⁶⁹⁶ Brehm, *Berner Kommentar ad art. 41 CO*, N. 75, p. 66 ; Werro, *Commentaire romand ad art 41 CO*, N. 8 ss, pp. 267 ss ; Rey, *Ausservetragliches Haftpflichtrecht*, N. 194 et 195, pp. 45-46 ; Deschenaux/Tercier, *La responsabilité civile*, N. 48, p. 21.

⁶⁹⁷ Sur cette notion, voir par exemple Tercier, *De la distinction*, pp. 247 ss ; Brehm, *Berner Kommentar ad art. 41 CO*, N. 75, p. 66.

⁶⁹⁸ Brehm, *Berner Kommentar ad art. 41 CO*, N. 76, p. 66 ; « *Als Personenschaden bezeichnet man alle durch Körperverletzung oder Tötung eines Menschn verursachten materiellen Einbussen und wirtschaftlichen Nachteile* », Rey/Wildhaber, *Ausservetragliches Haftpflichtrecht*, N. 257, p. 47.

Le dommage matériel correspond au dommage causé aux biens meubles et immeubles. Deschenaux/Tercier utilisent l'image très parlante des « dégâts » au sens courant du terme⁶⁹⁹. Il s'agit du dommage causé aux choses, à l'instar de la destruction d'une voiture, ou du bris d'une tasse en porcelaine de Chine ; des cas dans lesquels la cause d'un dommage se matérialise dans l'endommagement, la destruction ou la perte d'une chose ou d'un animal⁷⁰⁰.

Les « autres types de dommages » englobent les atteintes qui ne sont ni corporelles ni matérielles⁷⁰¹. On pensera par exemple à l'atteinte à la réputation, à l'atteinte au crédit, ou à tout acte jugé illicite au sens de l'article 41 CO qui entraîne un dommage ni corporel ou matériel⁷⁰². Le Tribunal fédéral⁷⁰³ a ainsi considéré que le blanchiment d'argent commis intentionnellement était constitutif d'un acte illicite. Il s'agit d'un cas typique « d'autres types de dommages ».

B. La distinction entre le dommage et l'indemnité

Un important courant doctrinal opère une distinction entre le dommage et l'indemnité⁷⁰⁴. Le dommage constituerait la perte effectivement subie sans que l'on tienne compte des éventuels facteurs de réduction⁷⁰⁵. L'indemnité serait quant à elle égale, au maximum, au montant du dommage⁷⁰⁶. Cette indemnité peut toutefois être réduite, par exemple en cas de faute concomitante du lésé, ou pour les motifs de réduction énoncés à l'article 43 al. 1 CO, telles la gêne ou la légèreté de la faute de l'auteur⁷⁰⁷.

699 Deschenaux/Tercier, *La responsabilité civile*, N. 20, p. 48 ; Engel, *Traité*, p. 473 ; Brehm, *Berner Kommentar ad art. 41 CO*, N. 77-77b, pp. 68-69.

700 Rey/Wildhaber, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, N. 361, p. 68.

701 Brehm, *Berner Kommentar ad art. 41 CO*, N. 85-86, pp. 76-77.

702 Engel, *Traité*, p. 473.

703 ATF 129 IV 322 et ATF 133 III 323. Pour un commentaire, Corboz/Fleury, *HAVE* 2004, pp. 218-225 et *HAVE* 2007, pp. 258-262.

704 Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, N. 196 ss, pp. 46 ss ; Chappuis, C., *Que vaut Médor*, pp. 17-18 ; Engel, *Traité*, p. 501 ; Tercier, *De la distinction*, pp. 251-252.

705 Brehm, *Berner Kommentar ad art. 43 CO*, N. 25, p. 217.

706 Engel, *Traité*, p. 503.

707 Winiger, *La gravité de la faute du responsable*, pp. 15-27.

La distinction est pertinente lorsque l'on se penche sur la finalité de l'indemnité. En effet, celle-ci a pour fonction première de combler le dommage effectivement subi par le lésé et non de punir⁷⁰⁸. Elle vise en droit suisse à compenser la perte patrimoniale éprouvée par celui-ci⁷⁰⁹. Elle est équivalente à la fixation monétaire du montant du dommage⁷¹⁰ ou à la somme que le juge lui accordera à la fin du procès. La théorie de la différence a pour effet que celle-ci ne peut jamais être supérieure à la valeur du dommage.

Ainsi, il conviendra d'imputer en déduction du montant de l'indemnité, les sommes dont le lésé se sera trouvé enrichi des suites de l'événement. La doctrine emploie le terme de « *compensatio lucri cum damno* »⁷¹¹. Juridiquement, le Tribunal fédéral se base sur l'article 42 al. 2 CO qu'il applique par analogie pour fonder l'imputation des avantages⁷¹².

Dans le même élan, les dommages et intérêts punitifs sont contraires à la conception helvétique du dommage⁷¹³, comme l'a pour l'instant jugé le Tribunal fédéral de manière indirecte en rejetant un tarif forfaitaire punitif en matière de violation du droit d'auteur⁷¹⁴ fondé sur l'article 62 al. 2 de la LDA⁷¹⁵. L'indemnité ne peut avoir qu'une fonction réparatrice, et en aucun cas punitive. Une partie de la doctrine regrette toutefois que la fonction préventive et

708 Engel, *Traité*, p. 472.

709 Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, N. 196, p. 46.

710 Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, N. 350-353, pp. 80-81.

711 Engel, *Traité*, pp. 505-506 ; Brehm, *Berner Kommentar ad art. 42 CO*, N. 27-29, pp. 189-190.

712 ATF 128 III 22 du 1^{er} octobre 2001 dans la cause X. SA contre Y. SA consid. 2cc pp. 28-29.

713 Brehm, *Berner Kommentar ad art. 42 CO*, N. 15, p. 174 ; Roberto, *Haftpflichtrecht 2^e éd.*, N. 02.70, pp. 18-19.

714 ATF 122 III 463 du 10 octobre 1996 dans la cause M. contre B. consid. 5cc, pp. 467-468 : « *Ob ein pauschalisierter Verletzerzuschlag im Tarif der Verwertungsgesellschaften bundesrechtskonform ist, sich insbesondere – analog der deutschen Rechtsprechung – aus der besonderen Struktur dieser Gesellschaften und der Natur der von ihnen zu verwaltenden Rechte begründen lässt, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu entscheiden. Für Verletzungen wie hier lässt sich indes ein pauschalisierter Verschuldenszuschlag, so wünschenswert er rechtspolitisch auch sein mag, de lege lata nicht halten. Wie [...] die Vorinstanz festgehalten hat, würde dadurch ein pönales Element im Sinn von "punitive damages" in das geltende Recht eingeführt, welches den allgemeinen Prinzipien der Schadens- und Ersatzbemessung, auf welche Art. 62 Abs. 2 URG ausdrücklich verweist, widerspricht und gewöhnlich gar als Verstoss gegen den Ordre public erachtet wird. Die Zusprechung so begründeten Schadenersatzes, dem auf Seiten des Verletzten keine selbst im Tatbestandermessen des Art. 42 Abs. 2 OR auszumachende Vermögenseinbusse gegenübersteht, ist daher abzulehnen.* »

715 Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 (RS 231.1).

répressive des dommages et intérêts ne soit pas plus mise en avant dans le cadre d'une analyse économique du droit⁷¹⁶. Selon ce courant doctrinal, le droit suisse ne peut plus répondre de manière idoine aux bouleversements ainsi qu'aux changements majeurs que connaît la société.

C. La délimitation entre le dommage direct et le dommage indirect

Une autre délimitation d'importance est celle qui est opérée entre le dommage direct et le dommage indirect. Il convient d'être particulièrement prudent en la matière, car selon que l'on emploie le français ou l'allemand, les terminologies varient et peuvent avoir un important impact sur la compréhension de ces deux concepts.

On entend par « dommage direct »⁷¹⁷ le dommage que subit directement la victime, par exemple la blessure à une jambe des suites du coup de couteau qu'elle a reçu de son agresseur, ou l'infection au virus VIH inoculé par le médecin qui n'a pas utilisé une seringue stérile pour vacciner son patient.

Le « dommage indirect » est pour sa part plus difficile à définir. En effet, les terminologies varient, et il est important de ne pas faire de confusion⁷¹⁸ avec le dommage « par ricochet » ou le dommage réfléchi⁷¹⁹. Le dommage indirect résulte du fait qu'un premier dommage en entraîne un second. La doctrine prend l'exemple du piéton blessé dans un accident qui se brise une jambe ultérieurement en glissant sur le parquet de l'hôpital⁷²⁰.

Avec Deschenaux/Tercier, nous considérons qu'il convient plutôt de l'appeler « dommage subséquent » plutôt que dommage *indirect*, afin d'éviter toute

716 Schwenzer, *Obligationenrecht*, N. 14.11-14-12, pp. 79-80.

717 Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, N. 196, p. 46. En allemand, l'expression « *Direkter Schaden* » couvre et le dommage *direct* et le dommage *subséquent*. C'est pourquoi certains auteurs tels Keller/Gabi, *Schweizerisches Schuldrecht*, p. 14, préfèrent employer l'expression dommage propre « *Eigenschaden* ».

718 Engel, *Traité*, pp. 475-476 ;

719 Il en va ainsi par exemple du dommage subi « de manière indirecte » par les actionnaires dans le droit de la société anonyme ; pour une vision complète de la notion, Giovannoni, *Dommage indirect*, pp. 47-49.

720 Deschenaux/Tercier, *La responsabilité civile*, N.26, p. 49.

possible confusion. En effet, le dommage indirect n'est pas réparable en droit de la responsabilité civile, alors que le dommage subséquent l'est. La réparation du dommage subséquent est plus une question relevant de la question du lien de causalité que du dommage proprement dit.

Tant le dommage direct que le dommage subséquent peuvent ainsi en principe être compensés en droit suisse s'ils sont jugés comme étant en relation causale avec le dommage subi. Il n'est pas relevant dans notre législation que le dommage soit direct ou subséquent, tant que celui-ci reste en lien de causalité naturelle et adéquate avec le dommage causé⁷²¹.

Le dommage réfléchi au sens strict du terme (en allemand le « *Reflexschaden* »⁷²²) n'est quant à lui pas pris en compte en droit de la responsabilité civile. Il est aussi appelé « dommage par ricochet ». On songera au cas du premier violon d'un quatuor à cordes qui est renversé par une voiture sur la route du concert et qui ne peut se produire, entraînant l'annulation du concert par l'organisateur. On pensera également à l'employé spécialisé d'une PME qui a été blessé et ne peut faire fonctionner une machine qu'il est le seul à savoir maîtriser, entraînant par là une baisse de productivité et un retard dans les livraisons⁷²³.

La seule exception législative à ce principe est contenue à l'article 45 al. 3 CO couvrant la perte de soutien des parents proches du lésé (*Versogerscha-den*)⁷²⁴.

La jurisprudence a également reconnu deux exceptions à ce principe.

Il s'agit premièrement du dommage ménager⁷²⁵ qui permet l'indemnisation des membres de la famille de la victime incapable de s'occuper du ménage. Selon la conception classique, ces lésés sont touchés par « ricochet » et ne

721 Brehm, *BK ad art. 41 CO*, N. 72, p. 38 ; Giovanni, *Dommage indirect*, p. 47.

722 Luterbacher, *Schadensminderungspflicht*, N. 98-99, pp. 68-69 ; Meierhans, *Reflexschaden*, pp. 202 ss.

723 Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, N. 363-379, pp. 82-84.

724 Brehm, *Berner Kommentar ad art. 45 CO*, N. 31, p. 344.

725 Cf. § 22 F *infra*.

devraient en principe pas pouvoir prétendre à une indemnisation de leur dommage⁷²⁶.

Il s'agit deuxièmement des cas dans lesquels le lésé par ricochet est protégé par une norme de comportement violée par l'auteur qui a justement une finalité protectrice. La manifestation la plus connue de cette forme de dommage se retrouve dans les fameux « *Kabelbruchfälle* »⁷²⁷, situations dans lesquelles une conduite de gaz ou d'électricité n'appartenant pas au lésé, est détruite et cause un dommage de production d'une usine, suite à l'interruption de l'approvisionnement⁷²⁸.

La doctrine essentiellement germanique reconnaît également la « *Drittschadensliquidation* »⁷²⁹. Oftinger/Stark se montrent très réservés quant à cette hypothèse en raison de son absence de caractère pratique. À notre sens, le Tribunal fédéral n'a jamais directement répondu à cette question dogmatique, lui attribuant une importance secondaire.

D. Le *damnum emergens*

Le dommage peut se manifester par une diminution de patrimoine, lorsque celui-ci est plus petit après l'événement dommageable qu'auparavant⁷³⁰. On

726 Brehm, *La réparation du dommage corporel*, N. 569, p. 256.

727 Notamment ATF 101 Ib 252 et 102 II 85.

728 Voir à ce sujet, Kramer, *Stromkabelbeschädigungen*, pp. 128 ss.

729 Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, N. 196, p. 46. On songera par exemple à un défunt qui avait institué de son vivant son fils comme héritier, avec charge pour lui de remettre à son meilleur ami une aquarelle de Manet. Avant que le fils n'ait pu exécuter le legs, un tiers détruit, de manière illicite et sans faute de l'héritier, la toile. Le légataire n'étant pas encore propriétaire de la toile, il ne peut agir contre l'auteur de l'acte. En d'autres termes, le légataire, bénéficiaire économique de la toile subit le dommage, mais l'héritier peut seul agir.

730 « *Der Verlust kann darin bestehen, dass das Vermögen infolge des schädlichen Ereignisses geringer ist, als es ohne das Ereignis wäre. Diesen Fall pflegt man in Ermangelung eines kurzen deutschen Wortes mit dem Ausdruck *damnum emergens* zu bezeichnen* », Engel, *Traité*, p. 474.

parle alors de *damnum emergens*⁷³¹ ou de perte éprouvée⁷³². Il peut consister en une diminution de l'état de l'actif ou en une augmentation du passif⁷³³.

Contrairement à ce que leur formulation latine peut laisser penser, le diptyque *lucrum cessans* et *damnum emergens* ne découle pas directement du droit romain⁷³⁴. Le résultat de notre analyse en la matière nous a d'ailleurs permis de dégager ces principes contenus à l'état latent, mais non réunis en une seule formule qui se veut scientifique. La formulation « *interesse est lucrum cessans et damnum emergens* » provient de la glose tardive, mais n'apparaît pas ainsi dans le *Digeste* de Justinien⁷³⁵.

Une des formes du *damnum emergens* peut consister en ce que la victime se retrouve frappée d'une nouvelle obligation qui entraînera pour elle une perte de nature patrimoniale⁷³⁶. Le *damnum emergens* est ainsi couvert par une des alternatives de la théorie de la différence⁷³⁷.

E. Le *lucrum cessans*

Le dommage peut se manifester également sous la forme d'un gain manqué « *lucrum cessans* », lorsque l'état du patrimoine reste inchangé, mais qu'en raison de l'événement dommageable, un accroissement du patrimoine qui se serait produit sans l'événement dommageable n'a pas eu lieu⁷³⁸.

731 La distinction entre le *lucrum cessans* et le *damnum emergens* se retrouve déjà chez le juriste français Jean Domat et n'est ainsi nullement une création du droit suisse : « Il faut encore distinguer les dommages et intérêts par une autre vue, en deux espèces : L'une de ceux [sic] qui consistent en une perte effective, et une diminution qu'on souffre en ses biens ; et l'autre de ceux qui privent de quelque profit. » *Les lois civiles*, Livre III, p. 124.

732 Deschenaux/Tercier, *La responsabilité civile*, N. 8, p. 226.

733 Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, N. 345, p. 79.

734 Cf. *supra* § 16.

735 Keuk, *Vermögensschaden und Interesse*, p. 53.

736 Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, N. 346, p. 79.

737 Brehm, *Berner Kommentar ad art. 41 CO*, N. 71, pp. 37-38.

738 Von Tuhr, *Obligationenrecht 1924*, p. 70 : « Der Schaden besteht in einem entgangenen Gewinn (*lucrum cessans*), wenn der Vermögensstand unverändert ist, aber infolge des schädlichen Ereignisses eine Vergrößerung des Vermögens unterblieben ist, welche ohne das Ereignis eingetreten wäre. » ; Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, N. 347, p. 79.80.

Le *lucrum cessans* se distingue du *damnum emergens* en ce sens que son évaluation requiert de procéder à un calcul de nature hypothétique. Pour ce faire on apprécie le gain que le lésé aurait obtenu si l'événement dommageable ne s'était pas produit⁷³⁹. Il s'agit d'un calcul hypothétique⁷⁴⁰.

Ce côté hypothétique est très bien souligné par Oftinger⁷⁴¹ :

Hierbei muss mit einer Hypothese gearbeitet werden : wie sich das Vermögen gestaltet hätte, wäre nicht das schädigende Ereignis dazwischentreten. Man berücksichtigt, dass der Zeitablauf allenfalls eine Vermehrung des Vermögens gebracht hätte ; den (jetzt) entgangenen Gewinn, das (traditionellerweise sogenannte) lucrum cessans. Wo dagegen anzunehmen ist, dass das schädigende Ereignis keine solche, das Vermögen vermehrende Entwicklung abgeschnitten hat, genügt die Vergleichung des Vermögensstandes vor und nach dem schädigenden Ereignis ; man erhält sofort den bereits vorhandenen und abgeschlossenen, sogenannten positiven, Schaden, das damnum emergens, das durch Verminderung der Aktiven oder Vermehrung der Passiven entstanden ist.

Comme le souligne la doctrine, le *lucrum cessans* joue un rôle important en matière de perte de productivité, suite à l'endommagement d'une machine⁷⁴², ou suite à la non-livraison d'une marchandise dans les délais qui empêche sa revente à un prix plus élevé que le prix d'achat⁷⁴³.

En tant que dommage hypothétique, le *lucrum cessans* sera toujours soumis à une exigence stricte de causalité. Le demandeur se devra de prouver que,

739 Deschenaux/Tercier, *La responsabilité civile*, N. 10, p. 227 ; Engel, *Traité*, p. 474.

740 « Mais dans les dommages de la seconde espèce, où il faut faire une estimation de la perte d'un profit à venir, et dépendant d'événements incertains qui pouvaient le rendre ou plus grand ou moindre, et qui pouvaient faire aussi, ou qu'il n'y en aurait aucun, ou qu'il n'y aurait que de la perte, il n'est pas possible de faire une estimation précise d'une telle perte, et de régler un dédommagement qui fasse une justice exacte », Dommat, *Les lois civiles*, Livre III, p. 125.

741 Oftinger, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* 1958, p. 42.

742 Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, N. 349, p. 80 ; Koller, A., OR AT 2, § 46, N. 9-11, pp. 140-141 ; Brehm, *Berner Kommentar ad art. 41 CO*, N. 70, p. 62.

743 Par exemple ATF 116 II 441 consid. 2c, pp. 443-444, dans le cas de la fixation des dommages et intérêts lors de demeure du vendeur.

si aucun dommage n'avait été causé à la chose détruite, il aurait pu selon le cours ordinaire des choses en tirer un profit égal à celui qu'il réclame de l'auteur de l'acte illicite. Dans le domaine spécifique de la gestion de fortune, le Tribunal fédéral a par exemple considéré que : « *Le dommage peut être calculé, selon la jurisprudence récente, en confrontant le résultat du portefeuille administré en violation du mandat avec celui d'un portefeuille hypothétique de même ampleur géré pendant la même période conformément aux instructions du contrat.* »⁷⁴⁴

744 Arrêt non publié du Tribunal fédéral 4A.351/2007 consid 3.2.2 et les références citées.

§ 21. Les notions de l'intérêt positif et négatif et leur rapport avec le droit délictuel

Notre étude est essentiellement consacrée au dommage extracontractuel. C'est dès lors au dommage aquilien que nous nous attelons en tout premier lieu. Toutefois, tant la loi que la jurisprudence ne font pas une différence essentielle entre le dommage contractuel et extracontractuel⁷⁴⁵. Comme nous l'exposerons, les principes qui régissent l'évaluation du dommage sont presque identiques. De par le jeu du renvoi de l'article 99 al. 3 CO, les principes applicables au dommage délictuel sont transposables au dommage contractuel.

Par ailleurs, d'importants arrêts qui éclairent la notion juridique de dommage ont été rendus dans des causes relatives au droit contractuel⁷⁴⁶. Il en va ainsi des vacances gâchées, de la perte de l'usage des pièces d'une maison, ou de la question de l'enfant non désiré. Tous ces arrêts témoignent du fait que le droit suisse a dégagé en principe une vision uniforme du dommage, dont la définition fondamentale est la diminution du patrimoine du lésé. Ce trait caractéristique marque l'entier du droit suisse et se retrouve en droit contractuel comme en droit extracontractuel.

⁷⁴⁵ D'ailleurs l'avant-projet de révision et d'unification du droit suisse de la responsabilité civile apporte de très importantes innovations sur ce point. Nous les étudierons dans la partie consacrée à la révision du droit suisse.

⁷⁴⁶ Nous pensons par exemple à la question de l'enfant non désiré (132 III 359), de même qu'au dommage de frustration (ATF 115 II 474) et de commercialisation (ATF 126 III 388). Ces arrêts sont régulièrement cités en rapport avec le droit de la responsabilité civile, bien que selon leurs états de fait respectifs, il s'agisse d'affaires rendues en droit contractuel.

Il n'en demeure toutefois pas moins que le droit contractuel et le droit extracontractuel connaissent certaines différences importantes. Il en va ainsi dans la différence qu'opère le droit contractuel entre l'intérêt positif et l'intérêt négatif. Différence qui n'existe en principe pas dans la formule de la théorie de la différence telle que dégagée par la jurisprudence en matière de droit de la responsabilité civile qui vise justement à intégrer en une seule définition et l'intérêt négatif et l'intérêt positif⁷⁴⁷.

Par contre, les expressions de *lucrum cessans* et de *damnum emergens* se rejoignent dans leur définition, tant dans le dommage contractuel que dans le dommage extracontractuel. La perte éprouvée et le gain manqué sont deux concepts d'importance capitale dans les deux domaines.

C'est pourquoi, dans un but de clarification, nous exposerons brièvement les principes relatifs au dommage contractuel en les comparant aux principes applicables au dommage extracontractuel. Cela nous permettra de dégager les notions fondamentales d'intérêt et de dommage que tant la doctrine que la jurisprudence peinent souvent à distinguer. En visant à définir les termes au mieux, nous tenterons de lever toutes les ambiguïtés qui peuvent peser sur ces notions fondamentales.

A. La portée de l'article 99 al. 3 CO

L'article 99 al. 3 du Code des obligations dispose que « *les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites s'appliquent par analogie aux effets de la faute contractuelle* ». De l'avis du Tribunal fédéral⁷⁴⁸ et de la doctrine majoritaire⁷⁴⁹, la version française de l'article 99 al. 3 CO est mal rédigée, car elle lui confère une portée trop étendue en disposant que toutes les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites s'appliquent aux effets

⁷⁴⁷ Honsell, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, N. 53, p. 11.

⁷⁴⁸ ATF 80 II 256 consid. 4 pp. 258-259 et ATF 87 II 155 consid. 3 pp. 158-160.

⁷⁴⁹ Thévenoz, *Commentaire romand ad art. 99 CO*, N. 13, p. 580.

de la faute contractuelle⁷⁵⁰. En effet, les versions allemandes et italiennes de l'article 99 al. 3 CO mentionnent de l'étendue de la responsabilité (*das Mass der Haftung*), (*misura della responsabilità*), c'est-à-dire la réparation du dommage et le calcul de l'indemnité.

Le Tribunal fédéral considère dès lors que ce sont les principes consacrés à la fixation de l'indemnité dans le chapitre II du titre premier du CO qui sont également applicables en matière contractuelle⁷⁵¹. Il en va ainsi en principe de même des règles de réduction de l'indemnité pour faute concomitante ou légèreté de la faute à l'exception de l'article 41 CO qui ne fait pas partie du renvoi (Dédommagement)⁷⁵².

Il existe toutefois une importante différence entre le régime contractuel et délictuel dans la mesure où le créancier d'une obligation contractuelle possède de nombreux droits et devoirs que ne possède pas le créancier d'une obligation délictuelle⁷⁵³. Il en va ainsi du régime spécial de la demeure instauré aux articles 103 à 109 CO, de même que des incombances propres au droit contractuel. Si le régime des articles 41 et suivants CO ne peut dès lors être appliqué tel quel en droit contractuel, les principes qui le régissent en matière de fixation du dommage sont identiques et peuvent être repris.

B. Les notions d'intérêt positif et négatif en droit contractuel

Tout comme le droit romain, le droit suisse vise à protéger plus que la simple valeur du bien ou des droits lésés, mais également l'intérêt que le lésé avait à ce que le contrat soit bien exécuté ou que le bien atteint ne soit pas détruit⁷⁵⁴, en d'autres termes, son intérêt subjectif à l'exécution du contrat. Cet intérêt est équivalent à l'intérêt subjectif ou concret du lésé, en ce sens que le calcul

750 Thévenoz, *Commentaire romand ad art. 99 CO*, N. 13, p. 580 ; Brunner, *Anwendung*, N. 98, p. 37.

751 Voir par exemple ATF 87 II 290.

752 Pour le détail, Thévenoz, *Commentaire romand ad art. 99 CO*, N. 14-25, pp. 581-583 ; Brunner, *Anwendung*, N. 102-108, pp. 38-40 ; Wiegand, *Basler Kommentar ad art. 99 CO*, N. 15-16, p. 590.

753 Secrétan, *Concours de responsabilité*, pp. 191-195.

754 Cuendet, *La faute contractuelle*, p. 60.

s'effectue en rapport avec la situation concrète du lésé⁷⁵⁵. On examinera par exemple ce que représentera pour le lésé le fait que l'objet commandé ne soit pas livré dans les délais, ou l'influence que peut revêtir la perte d'un volume dans une collection complète d'ouvrages.

Contrairement à l'intérêt subjectif du lésé, l'intérêt de pure affection n'est pas protégé par l'ordre juridique suisse, en tout cas de l'avis du Tribunal fédéral et de la doctrine majoritaire⁷⁵⁶. Ce n'est qu'à la condition que cet intérêt subjectif soit partagé par d'autres collectionneurs qu'il pourra éventuellement être pris en considération. Cette définition restrictive du préjudice d'affection est critiquée par certains auteurs qui remarquent à raison que, lorsque le contrat porte justement sur la défense d'un objet ne possédant qu'une valeur d'affection, il peut sembler difficile de dénier toute indemnisation au lésé au prétexte que l'objet protégé ne valait rien. La consolation apportée par le fait que le lésé est délié de son obligation de payer son cocontractant semble être un bien faible correctif.

Ainsi, en matière contractuelle également, sous réserve de la clause pénale, le dommage est nécessairement un dommage patrimonial. Souvent, en doctrine on confond dommage et intérêt⁷⁵⁷. Ce raccourci est inexact. En effet, nous avons vu que le dommage correspond à la diminution de patrimoine effective, alors que l'intérêt représente l'intérêt subjectif du lésé à ce que l'événement qu'il était en droit d'attendre s'accomplisse.

On distingue traditionnellement entre l'intérêt positif et l'intérêt négatif dans le droit contractuel⁷⁵⁸. Ces deux intérêts s'opposent mutuellement et ne peuvent être obtenus de manière simultanée.

L'intérêt positif ou intérêt à l'exécution représente l'intérêt du créancier à la bonne exécution du contrat. Dans la vente, il s'agira par exemple de l'intérêt qu'avait l'acheteur à ce que la marchandise lui soit livrée à temps ou, dans

755 Cuendet, *La faute contractuelle*, p. 58.

756 ATF 87 II 290.

757 Cuendet, *La faute contractuelle*, p. 60.

758 Koller, A., OR AT I, N. 21, pp. 144-145.

le contrat de mandat, de l'intérêt qu'avait le mandant à ce que son avocat exécute correctement ses instructions. En règle générale, c'est plutôt l'intérêt positif que l'on choisit de faire valoir dans le cadre de l'article 97 du Code des obligations qui sanctionne l'inexécution contractuelle.

L'intérêt négatif, par contre, est moins fréquent. Il se manifeste principalement lorsque le créancier du débiteur en demeure choisit de résoudre le contrat avec des dommages et intérêts négatifs⁷⁵⁹. Il correspond alors au « *dommage qui résulte de ce qu'on a éveillé et trompé une confiance justifiée en l'efficacité du contrat* »⁷⁶⁰. On vise à replacer le lésé dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat n'avait jamais été conclu. La loi parle à cet effet de « *préjudice relevant de l'invalidité du contrat* »⁷⁶¹. Tel est le cas des articles 26 al. 1⁷⁶², 39 al. 1⁷⁶³ et 109 al. 2 CO⁷⁶⁴.

Il convient de distinguer ces deux intérêts du gain manqué et de la perte éprouvée. Ils peuvent souvent correspondre, mais également se différencier. Malgré leur terminologie latine, ces deux concepts ne découlent pas, comme nous l'avons vu, tels quels du droit romain. Ils sont le produit du pandectisme du XIX^e siècle qui a tenté de systématiser les idées de perte éprouvée et de gain manqué comme ils apparaissent dans les fragments romains.

Le *damnum emergens* représente le dommage positif. En d'autres termes il correspond à une diminution du patrimoine suite à une diminution de l'actif du lésé⁷⁶⁵. Il s'agit par exemple du vase brisé lors de la livraison, ou de la voiture qui a été endommagée par le garagiste chargé de la réparer. Certains

759 Engel, *Traité*, p. 718.

760 Cuendet, *La faute contractuelle*, p. 65.

761 Gauch/Schluep/Tercier, *Partie générale du CO*, vol. II, N. 1603, p. 73.

762 L'article 26 al. 1 CO dispose : « La partie qui invoque son erreur pour se soustraire à l'effet du contrat est tenue de réparer le dommage résultant de l'invalidité de la convention si l'erreur provient de sa propre faute, à moins que l'autre partie n'ait connu ou dû connaître l'erreur. »

763 Si la ratification est refusée expressément ou tacitement, celui qui a pris la qualité de représentant peut être actionné en réparation du préjudice résultant de l'invalidité du contrat, à moins qu'il ne prouve que l'autre partie a connu ou dû connaître l'absence de pouvoirs.

764 Il peut en outre demander la réparation du dommage résultant de la caducité du contrat, à moins que le débiteur ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.

765 Cuendet, *La faute contractuelle*, p. 62.

auteurs considèrent que ce dommage positif est le seul qui corresponde à la conception « naturelle » du dommage. Autrement dit, selon cette doctrine, le vase brisé ne peut qu'être considéré comme constituant un dommage, indépendamment de tout jugement de valeur « normatif ».

Le *lucrum cessans* quant à lui représente le gain manqué. Il correspond au dommage subi du fait que le patrimoine n'a pas été accru des suites de l'événement dommageable. Cet élément du patrimoine est difficile à calculer, car il est souvent hypothétique⁷⁶⁶. Selon Oftinger/Stark, c'est même ce qui différencie le plus le *lucrum cessans* du *damnum emergens*, car selon eux, le *lucrum cessans* fait entrer dans sa définition un élément de nature temporelle absent dans le *damnum emergens*.

Si ces distinctions peuvent sembler simples en théorie, elles sont d'application difficile en pratique. Elles peinent à quitter le terrain dogmatique pour trouver un véritable écho dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Quelques arrêts dans le domaine du contrat de vente théorisent bien la notion. Ces distinctions doivent à notre sens rester ce qu'elles sont, une tentative de systématisation et de généralisation de la notion de dommage. Elles ne doivent pas être appliquées trop sévèrement, au risque de brider totalement la notion de dommage et la souplesse conceptuelle qui lui est nécessaire pour exister.

Grâce à l'apport de la théorie de la différence, les notions d'intérêt positif et d'intérêt négatif sont englobées dans la définition juridique du dommage. Grâce à cette fiction, le lésé peut faire valoir la réalité de son dommage, à la condition expresse que celui-ci se manifeste sous une forme patrimoniale. En effet, tant l'intérêt positif que négatif peuvent être pris en considération sous l'angle de la théorie de la différence. Comme le souligne Honsell, la distinction entre ces deux notions ne joue pas de rôle prépondérant en droit de la responsabilité civile⁷⁶⁷.

⁷⁶⁶ Cuendet, *La faute contractuelle*, p. 64.

⁷⁶⁷ Honsell, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, N. 53, p. 11.

En revanche, le droit de la responsabilité civile a recours, tout comme le droit contractuel, aux notions de *lucrum cessans* et de *damnum emergens* en tant que celles-ci concrétisent la diminution effective du patrimoine du lésé. Ces deux concepts ont ainsi la même portée en droit contractuel qu'en droit délictuel.

C. La particularité de la clause pénale

Une différence importante d'avec la théorie générale du dommage se manifeste dans le cas de la clause pénale régie par les articles 160 et suivants du Code des obligations. En effet, celle-ci a pour effet de définir le montant du dommage, avant sa réalisation de par un accord préalable entre les parties.

Il ne nous appartient évidemment pas dans le cadre de la présente étude de nous attarder sur les détails de la clause pénale, ni de rentrer dans les subtiles distinctions existant entre la peine conventionnelle et la fixation contractuelle du dommage (*Schadenpauschalierung*)⁷⁶⁸. Nous soulignons seulement que le droit contractuel permet de fixer un mode de dédommagement convenu à l'avance⁷⁶⁹ ayant pour but de conduire à une indemnisation du créancier qui n'est pas subordonnée à la condition d'une diminution du patrimoine de celui-ci⁷⁷⁰.

La clause pénale possède une double nature. Elle est à la fois autonome et accessoire. Autonome en ce sens qu'elle est une obligation en elle-même, et accessoire car elle est au service de l'obligation principale⁷⁷¹. Cette clause vise une double utilité. Elle est d'une part un moyen de pression sur le débiteur et, d'autre part, elle permet de liquider les conséquences de l'inexécution contractuelle au moyen d'une somme prévue à l'avance, sans qu'il soit néce-

768 Voir à ce sujet la thèse de Theres Oertli, *Der Vertraglich pauschalierte Schadenersatz*, thèse Zurich, 2004, ainsi que Mooser, *Commentaire romand ad art. 160 CO*, N. 4, p. 864.

769 Sur la clause pénale, voir la récente thèse de Gaspard Couchepin, *La clause pénale*, 2008.

770 Couchepin, G., *La clause pénale*, N. 629, p. 130, parle d'« indemnisation forfaitaire de l'intérêt (objectif et subjectif) du créancier à l'exécution ».

771 Mooser, *Commentaire romand ad art. 160 CO*, N. 1, p. 863.

saire de prouver la réalité d'un dommage effectif⁷⁷². C'est cette absence de la preuve d'un dommage à apporter qui va présentement nous occuper.

Ceci a pour effet que le créancier victime d'une violation contractuelle peut demander des dommages et intérêts, indépendamment de toute diminution effective de son patrimoine. Ce fait ressort clairement de l'article 161 al. 1 CO qui dispose que : « *La peine est encourue même si le créancier n'a éprouvé aucun dommage.* » Cette disposition prouve bien que la clause pénale a pour but d'instituer une peine qui peut être supérieure à la valeur réelle du dommage. L'article 161 al. 2 CO précise encore que si le débiteur est en faute, le lésé peut demander plus que la peine stipulée. L'article 163 al. 1 CO consacre que les parties peuvent librement choisir le montant de la peine. L'article 163 al. 3 CO précisant toutefois que le montant de la peine peut être réduit si la peine est excessive.

La jurisprudence⁷⁷³ et la doctrine⁷⁷⁴ semblent unanimes pour affirmer que le terme « excessif » contenu dans l'article 163 al. 3 CO doit être appliqué de manière stricte et avec retenue.

Le mécanisme de la clause pénale autorise les parties à instituer un régime qui ne peut exister dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle. Si l'on prend l'exemple du préjudice d'affection de la veuve qui se voit expropriée de son terrain, il aurait été loisible à celle-ci de protéger cet intérêt au moyen d'une clause pénale lui attribuant une somme définie, au cas où son avocat ne se serait pas acquitté de ses obligations selon les règles de l'art. Ainsi, indépendamment de toute perte patrimoniale, elle aurait pu obtenir, en raison de la violation du contrat de mandat, le montant figurant dans la clause, indépendamment d'une quelconque perte patrimoniale.

Il est toutefois vrai que le domaine d'application de la clause pénale n'est que rarement transposable en droit de la responsabilité civile. La clause pénale

⁷⁷² Mooser, *Commentaire romand ad art. 160 CO*, N. 2, p. 863.

⁷⁷³ ATF 95 II 523 ; ATF 116 II 302.

⁷⁷⁴ Mooser, *Commentaire romand ad art. 160 CO*, N. 7, p. 870 ; Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, p. 866.

est plutôt le fait des accords entre syndicats d'employés et d'employeurs par le biais des conventions collectives⁷⁷⁵, des conventions d'actionnaires, des cartels ou encore des contrats d'entreprise⁷⁷⁶. Il n'en demeure pas moins que ce type de clause nous semble être le seul moyen à la disposition du créancier pour se prémunir contre la violation de ses intérêts de nature non patrimoniale ou d'affection.

D. L'intérêt à l'intégrité du patrimoine

Dépassant la distinction entre intérêt négatif et positif, on trouve la notion fondamentale d'intérêt à l'intégrité du patrimoine du lésé (*Integritätsinteresse*). Cette théorie est d'inspiration germanique et a été amenée en droit suisse par les auteurs germanophones qui ont étudié les différentes occurrences dans lesquelles ce concept a été discuté⁷⁷⁷.

Cet intérêt vise le maintien du patrimoine du lésé, indépendamment de toute diminution effective de celui-ci. Il correspond en fait bien plutôt à l'intérêt que possède le lésé à ce que le dommage ne se soit pas produit. Il vise à replacer le lésé dans la situation qui aurait été la sienne si le dommage ne s'était pas produit. Exprimé de cette manière, cet intérêt dépasse la question de la diminution de patrimoine du lésé pour se focaliser sur le droit de ce dernier à jouir de son patrimoine⁷⁷⁸.

La théorie de l'intérêt à l'intégrité du patrimoine a d'abord été une théorie développée en droit contractuel, avant d'entrer formellement dans le droit de la responsabilité civile dans le cadre de l'ATF 129 III 331.

Cette théorie se place comme une alternative aux théories de l'intérêt positif et de l'intérêt négatif, car selon une partie de la doctrine, ces deux figures ne

775 Par le biais de l'article 357a CO qui prévoit spécifiquement ce genre de clause dans le cadre des conventions collectives de travail.

776 Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, p. 863.

777 Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, N. 2278, p. 113; Koller, A., OR AT 2, N. 149, p. 301; Schwenger, *Obligationenrecht*, N. 14.32, p. 80.

778 Dupont, *Dommage écologique*, N. 552, pp. 169-170.

peuvent pas englober l'ensemble des dommages existants.⁷⁷⁹ Elle protège l'intérêt du créancier à l'intangibilité de sa personne et au maintien de sa propriété⁷⁸⁰. Les objets protégés par cette théorie sont essentiellement des biens juridiques absolus, à l'instar de l'intégrité corporelle ou la propriété⁷⁸¹.

La fonction de cet intérêt à l'intégrité se distingue certes des intérêts positifs et négatifs. Toutefois, le lésé peut y prétendre tant en matière d'intérêt négatif que positif⁷⁸².

L'intérêt à l'intégrité se distingue de l'intérêt positif selon la doctrine en ce sens qu'il n'est pas orienté vers le futur (ce qui se serait passé), mais qu'il vise à assurer le *statut quo*⁷⁸³. Il s'apparente à l'intérêt négatif dans sa fonction restitutoire, mais s'en distingue en ce qu'il ne protège pas une dépense devenue inutile, mais des biens qui ne font pas partie de la relation économique⁷⁸⁴.

Cet intérêt étant entré en droit suisse dans l'ATF 129 III 331, il convient dès à présent de l'intégrer dans toute analyse sérieuse du dommage dans notre législation. Il se pose toutefois la question de savoir s'il doit vraiment se distinguer des intérêts négatif et positif. Nous avons vu que la distinction n'a pas de réelle importance en droit de la responsabilité civile. À notre sens, cet intérêt doit bien plutôt se comprendre comme étant une partie intégrante de l'intérêt à la non-survenance du dommage. Ce qui est fondamental dans cet intérêt à l'intégrité, c'est qu'il ne se définit pas forcément par rapport à des valeurs de nature économique, mais qu'il protège l'état du patrimoine indépendamment de toute diminution de celui-ci.

779 Lüchinger, *Schadenersatz im Vertragsrecht*, N. 344-345, p. 119.

780 Lüchinger, *Schadenersatz im Vertragsrecht*, N. 369, p. 127 : « *Das Interesse des Gläubigers an der Unversehrtheit seiner Person und an der Erhaltung seiner Rechtsgüter.* »

781 Lüchinger, *Schadenersatz im Vertragsrecht*, N. 369, p. 127.

782 Schwenger, *Obligationenrecht*, N. 14.32, p. 80.

783 Lüchinger, *Schadenersatz im Vertragsrecht*, N. 371, p. 128.

784 Lüchinger, *Schadenersatz im Vertragsrecht*, N. 369, p. 127.

§ 22. Les autres méthodes de calcul du dommage

Si la jurisprudence du Tribunal fédéral peut donner l'impression que seule la théorie de la différence est applicable au calcul du dommage, il n'en est en fait rien. D'autres méthodes sont appliquées soit en raison de la loi, soit de la pratique qui décide de se référer à des tables qui ne tiennent pas compte de la situation subjective du lésé.

A. Les méthodes objectives, subjectives, concrètes et abstraites

Nous avons déjà mentionné que le dommage pouvait se calculer de manière concrète ou de manière abstraite dans le cadre de l'inexécution contractuelle. Il en va de même en matière délictuelle.

Le dommage objectif se calcule objectivement, et indépendamment de l'intérêt particulier subjectif envers la chose détruite que peut ou pourrait avoir le lésé pour son objet. Ainsi, selon cette méthode, le dommage se calcule objectivement, en ne tenant pas compte de la valeur subjective de l'objet détruit. Il se définit dès lors *indépendamment de l'intérêt propre que la victime peut avoir subjectivement à l'égard de la chose*. Cette méthode de calcul peut découler directement de la loi⁷⁸⁵ ou de certains usages particuliers, notamment lorsqu'il existe des tables reconnues par les professionnels d'un milieu déterminé (par exemple en matière de véhicules détruits dont la valeur

⁷⁸⁵ Voir par exemple l'art. 352 al. 3 CO en matière de contrat de travail ou l'art. 447 CO en matière de responsabilité du voiturier.

est généralement calculée de manière légèrement supérieure à l'argus, sans que l'on tienne compte de l'intérêt propre du lésé pour son véhicule⁷⁸⁶).

Selon la méthode subjective, il convient de prendre en compte l'intérêt personnel subjectif du lésé soit « l'intérêt que représentait l'objet dans le patrimoine de la victime »⁷⁸⁷. La méthode subjective (ou méthode concrète) prend ainsi en considération l'intérêt subjectif propre de la victime, soit *l'intérêt individuel que représentait la chose détruite dans le patrimoine de la victime du dommage*. La valeur ainsi calculée est généralement supérieure à la valeur objective de la chose⁷⁸⁸. Cette méthode a comme avantage pour le lésé de prendre en compte la réalité de son dommage, mais comme désavantage patrimonial pour celui-ci qu'il est amené à devoir prouver son intérêt subjectif en plus de la valeur objective de la chose détruite⁷⁸⁹.

B. Les tables de calcul dans les atteintes aux personnes

Le dommage se calcule de manière objective dans tous les cas où l'on a recours à des tables pour fixer le dommage. Il en est ainsi des tables de Stauffer et Schaetzle⁷⁹⁰ ou de la valeur de l'argus pour les véhicules⁷⁹¹. Ces tables de capitalisation sont utilisées pour chiffrer le dommage économique causé aux personnes en raison d'une incapacité de gain, d'une perte de soutien, voire du dommage ménager⁷⁹².

786 Roberto, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zurich, 2002, § 28, p. 196.

787 Il en irait ainsi par exemple de la valeur du tome III de l'édition complète originale de l'encyclopédie de Diderot et de d'Alembert. La valeur subjective du volume III n'est pas la même pour le collectionneur qui ne possède que le volume numéro III, que pour celui qui est propriétaire de la collection complète. En effet, la perte d'un volume d'un jeu complet aura pour effet de fortement déprécier la valeur des volumes restants, bien au-delà de la valeur propre du volume manquant.

788 Deschenaux/Tercier, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Berne, 1982, N. 3, p. 223. On songera également aux nouvelles dispositions sur les animaux (art. 42 al. 3 et 43 al. 1^{bis} CO).

789 Brehm, R., *Berner Kommentar ad art. 42 CO*, 2^e éd., Berne, 1998, N. 13, p. 109.

790 Stauffer/Schaetzle, *Tables de capitalisation*, 2001 et Schaetzle/Weber, *Manuel de capitalisation*, 2001.

791 Bussy/Rusconi, ad art. 61 LCR, N. 2.5, p. 564.

792 Brehm, *Einige herausfordernde Gedanken*, p. 335.

Les tables de capitalisation et leur application constituent un domaine spécifique d'étude d'une rare complexité, au point que certains spécialistes estiment qu'il est devenu incontrôlable⁷⁹³. Il ne nous appartient pas dans le cadre de la présente étude de nous attarder sur la manière de calculer les différents types de dommages en cas d'atteinte aux personnes ; mais nous en présenterons brièvement le système car ces tables concrétisent une manière particulière et bien précise de calculer le dommage qui se base sur des tabelles de calcul, mais se veut sous certains aspects tout de même concrète⁷⁹⁴.

Les tables de Stauffer/Schaetzle⁷⁹⁵ qui combinent différents facteurs d'espérance de vie et de mortalité sont utilisées par le Tribunal fédéral pour calculer le dommage économique futur subi par le lésé. Leur importance pratique est centrale pour les dommages causés aux atteintes aux personnes⁷⁹⁶. Ces tables se basent sur différents facteurs pour calculer ce dommage futur⁷⁹⁷. Elles sont depuis quelques années intégrées dans un logiciel informatique *Leonardo*⁷⁹⁸ qui permet d'effectuer les calculs de manière beaucoup plus aisée⁷⁹⁹.

793 Voir à ce sujet, Brehm, *Einige herausfordernde Gedanken*, p. 335 : « Die Schadensberechnungen werden immer komplizierter. Seit zwei Jahrzehnten sind die Gerichte in einer lobenswerten Bemühung so weit gegangen, dass sie z.B. noch einen erst in 20 oder sogar 30 Jahren eventuell etretenden sog. "Rentenschaden" ermitteln. »

794 Dorn/Geiser/Graf/Sousa-Poza, N. 12, p. 6 : « Auch der ziffermässig nicht nachweisbare Schaden muss so konkret wie möglich und so abstrakt wie nötig ermittelt werden. »

795 Ces tables en sont à leur cinquième édition. Elles peuvent actuellement être directement utilisées au sein d'un logiciel informatique, *Leonardo*, qui permet de calculer directement les montants.

796 Brehm, *La réparation du dommage corporel*, N. 72 ss, pp. 56 ss.

797 Chappuis, B., *Le moment du dommage*, N. 603, pp. 284-285.

798 Brehm, *Einige herausfordernde Gedanken*, p. 336, ironise à ce sujet : « Und dieser helvetische Perfektionismus wird möglicherweise den weniger erfahrenen Anwalt zwingen, allenfalls ein computerprogramm anzuschaffen, eventuell noch einen spezialisierten Kollegen beizuziehen oder sogar einen Versicherungsmathematiker zu konsultieren- und natürlich seine Berufspflichtversicherung zu erhöhen. »

799 À moins d'être actuaire, il est extrêmement difficile de comprendre ces tabelles, comme le démontre l'ouvrage de Dorn/Geiser/Graf/Sousa-Poza, pp.150 ss, qui emploient de nombreux graphiques et statistiques.

On y a recours pour calculer la perte de gain future, le dommage de rente et même le dommage ménager. Le Tribunal fédéral s'y est également référé pour estimer le coût d'entretien d'un enfant non désiré⁸⁰⁰.

Ces tables concrétisent une méthode de calcul objective, car elles se fondent sur une espérance de vie moyenne basée sur les statistiques de la population suisse, et ne prennent pas en compte l'espérance de vie concrète du lésé qui serait d'ailleurs difficile à calculer dans les détails. La prise en compte exclusive de ces tables par le Tribunal fédéral comme moyen de calcul est cependant très artificielle⁸⁰¹.

C. Les méthodes de calcul imposées par la loi

Ces méthodes sont par exemple imposées par les articles 352 al. 3 CO ou par l'article 447 CO qui règlent des contrats spécifiques contenus dans la partie spéciale du Code des obligations, à l'instar du contrat de travail ou de la responsabilité du voiturier dans le cadre du contrat de transport.

L'article 352a al. 3 CO⁸⁰² dispose que l'ouvrier qui endommage le matériel de travail qui lui a été confié par son employeur lui doit au maximum la valeur de remplacement de ces objets, et non un montant plus élevé prenant en considération l'intérêt concret de l'employeur pour ces objets. Ce faisant, cette disposition exclut la prise en compte de la perte de gain (*lucrum cessans*) de l'employeur qui lui serait causée par la destruction d'outils utiles au travail et à la productivité⁸⁰³.

800 ATF 132 III 359 discuté *supra* § 19, p. 221.

801 Notamment Brehm, *Einige herausfordernde Gedanken*, pp. 336-337.

802 Disposition impérative au sens de l'art. 362 al. 1 CO auquel il ne peut être dérogé au détriment du travailleur.

803 Portmann, *Basler Kommentar ad art. 352a CO*, N. 3, p. 2103; Staehelin/Vischer, *Zürcher Kommentar ad art. 352a al. 7 CO*; Reh binder, *Berner Kommentar ad art. 352a CO*, N. 5, p. 498 : « Dieser [Der Arbeitgeber] kann also nur Ersatz für denjenigen Schaden verlangen, der ihm effektiv entstanden ist, mithin nicht entgangenen Gewinn. »

L'article 447 al. 1 CO prévoit ainsi que le voiturier doit en principe la valeur intégrale des marchandises qu'il transporte et qu'il perd⁸⁰⁴, si celles-ci sont dégradées par sa faute, à moins qu'il ne prouve que le dommage soit imputable à l'expéditeur ou au destinataire. L'article 447 al. 3 CO prévoit toutefois que les parties sont libres de convenir des dommages et intérêts supérieurs et inférieurs à la valeur intégrale de la marchandise. Si les parties ne décident pas d'incorporer une clause de ce type dans leur convention de transport, la loi règle ainsi forfaitairement le dommage.

Il s'agit d'une « fixation forfaitaire du dommage résultant de la loi, indépendante de l'étendue réelle du dommage, qui peut d'un point de vue économique être inférieure ou supérieure à la valeur intégrale de la marchandise ».⁸⁰⁵ Ainsi, l'indemnité accordée n'est pas forcément en relation avec l'ampleur du dommage subi. Il s'agit ainsi d'une dérogation *ex lege* à la théorie de la différence applicable également en droit contractuel en raison du renvoi contenu à l'article 99 al. 3 CO⁸⁰⁶.

Ainsi, dans le cadre de la perte des marchandises dont il a la charge, le transporteur ne doit que le dommage direct, à l'exclusion du dommage indirect. Le Tribunal fédéral a jugé et considéré comme dommage indirect le fait qu'une machine qui a été livrée et a été endommagée pendant le transport n'ait pas pu fonctionner et ait entraîné un retard dans la production (*Verdienstauffall*)⁸⁰⁷.

804 L'article 447 CO vise la perte totale ou la perte de la marchandise transportée. L'article 448 CO vise quant à lui la perte partielle, l'endommagement ou le retard dans la livraison. « Das Gesetz unterscheidet klar zwischen der Haftung des Frachtführers bei Verlust oder Untergang des Frachtgutes (Art. 447) einerseits und der Haftung für Schäden aus Verspätung in der Ablieferung, aus Beschädigung oder aus teilweisem Untergang des Gutes (Art. 448) andererseits » (ATF 88 II 94, 96 consid. 3); Staehelin, *Basler Kommentar ad art 448 CO*, N. 2, p. 2666.

805 Marchand, *Commentaire romand ad art. 447 CO*, N. 26, p. 2298.

806 Staehelin, *Basler Kommentar ad art. 447 CO*, N. 5, p. 2659.

807 ATF 88 II 94, 97-98 consid. 4 : « Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes ist in den Fällen des Art. 448 OR grundsätzlich aller Schaden zu ersetzen. Daraus muss gefolgert werden, dass im Gegensatz zu den Fällen des Art. 447 OR nicht bloss der Sachschaden zu ersetzen ist, sondern auch Nachteile anderer Art, eben der bloss mittelbare Schaden, ebenfalls in Betracht kommen können. Hinsichtlich des Schadens infolge verspäteter Ablieferung ist eine andere Lösung überhaupt nicht denkbar, weil ein solcher Schaden nur ein mittelbarer sein kann. [...] Daraus erhellt, dass die in Art. 448 Abs. 2 OR vorgesehene Begrenzung der Haftung

Dans le domaine spécialisé du transport de marchandises par mer, les articles 105 al. 1⁸⁰⁸ et 2⁸⁰⁹ de la Loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse⁸¹⁰ (ci-après LNM) disposent de règles délimitant l'obligation du transporteur d'indemniser le dommage causé aux marchandises. Ces règles se rapprochent de la conception contenue à l'article 447 CO. Dans ce domaine, on distingue entre la perte totale et la destruction partielle des biens⁸¹¹. Ce principe est illustré par un arrêt du Tribunal fédéral du 5 décembre 1989⁸¹² rendu en application de la LNM. Dans cet arrêt, la Haute Cour a considéré que le mélange par négligence de deux huiles lors du déchargement équivalait à un dommage partiel au sens de l'ancien article 105 al. 1 LMN (aujourd'hui 105 al. 2 LNM). Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a appliqué la théorie de la différence et a estimé que le montant de l'indemnité consistait en la valeur de vente actuelle des biens non endommagés au lieu de déchargement, déduite de la valeur résiduelle de celle de vente des huiles mélangées, déduite des droits de douane et autres coûts similaires. Cette va-

auf den Ersatz, der bei gänzlichem Verlust des Gutes gefordert werden könnte, die Bedeutung einer summenmässigen Schranke hat. Diese Begrenzung soll lediglich den Frachtführer davor schützen, dass er bei blosser Beschädigung des Gutes stärker belastet wird als bei dessen gänzlichem Verlust). [...]Für die Auslegung des Art. 448 OR im oben dargelegten Sinne sprechen schliesslich auch noch die folgenden Überlegungen : Gemäss den in Art. 97 ff. OR niedergelegten Grundsätzen hat im Falle der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung von Obligationen der Schuldner allen daraus entstandenen Schaden, somit auch mittelbaren Schaden zu ersetzen, sofern er nicht den Exkulpationsbeweis zu erbringen vermag. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind nur zuzulassen, soweit der Gesetzgeber einen dahingehenden Willen unmissverständlich zum Ausdruck bringt. Das ist in Art. 447 geschehen, nicht dagegen in Art. 448 OR [...]. »

808 « En cas de perte ou de destruction totale de la marchandise, le transporteur ne doit payer qu'une indemnité correspondant à la valeur de la marchandise au lieu et au jour où elle est déchargée ou aurait dû être déchargée conformément au contrat de transport. La valeur de la marchandise se détermine d'après le cours en bourse ou, à défaut, d'après le prix courant sur le marché ou, à défaut de l'un et de l'autre, d'après la valeur usuelle des marchandises de même nature et de même qualité. »

809 « En cas de destruction partielle, d'avarie ou de retard, le transporteur ne doit payer que le montant de la dépréciation subie par la marchandise sans autres dommages-intérêts et en aucun cas une indemnité qui excède celle qui est prévue pour le cas de perte totale. »

810 Loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse du 23 septembre 1953 (RS 747.30).

811 Pour une vision complète de la problématique, von Ziegler, *Schadenersatz*, p. 110.

812 ATF 115 II 494.

leur doit se calculer de manière objective et non en prenant en considération la valeur subjective des biens pour l'acheteur dans sa situation concrète⁸¹³.

813 ATF 115 II 494 consid. 3 : « Der gemeine Wert ist der allgemeine Verkäuflichkeitswert, den ein Gut gleicher Art und Güte ohne Berücksichtigung der besonderen Beziehungen der Beteiligten hat. Er bemisst sich nach objektiven Massstäben und steht damit im Gegensatz zu dem individuellen Wert, dem Wert, den das Gut für die Beteiligten im Einzelfall unter Berücksichtigung ihrer Beziehungen hat. Gehört der Ersatzberechtigte einer bestimmten Handelsgruppe an, ist er Grosshändler, Kleinhändler oder Produzent, ist der gemeine Verkaufswert des Gutes in dieser Handelsgruppe zu berücksichtigen. Ein gemeiner Handelswert besteht, wenn ein regelrechter Handelsverkehr mit dem Gut stattfindet. Er entspricht in der Regel dem Börsen- oder Marktpreis. Diese Auffassung deckt sich mit der für das schweizerische Recht massgebenden Definition, die den gemeinen Handelswert als objektiven Durchschnittswert bezeichnet, den im gegebenen Zeitpunkt Waren der gleichen Art, Qualität und Quantität bei freier Preisbildung besitzen, unter Ausserachtlassung aller subjektiven Gesichtspunkte, namentlich des entgangenen Gewinnes. Der gemeine Handelswert bestimmt sich also nach objektiven Kriterien, und zwar nach jenen, die am Ablieferungsort zu der Zeit, zu der abzuliefern war, Geltung hatten. Nach objektiven Gesichtspunkten richtet sich aber auch der Verkaufswert des beschädigten Gutes, der vom gemeinen Handelswert in Abzug zu bringen ist. Anhaltspunkt für diesen Verkaufswert bildet der bei einem tatsächlichen Verkauf erzielte Preis, wenn er auch nicht unbedingt massgebend ist, denn es kann der Nachweis geführt werden, dass bei genügender Sorgfalt ein höherer Preis hätte erzielt werden können. Die Verkaufskosten können vom Erlös abgezogen werden. Der nach Art. 105 Abs. 1 aSSG zu ersetzende Schaden entspricht somit der Differenz zwischen dem gemeinen Handelswert (Börsen- oder Marktpreis) und dem Erlös aus dem Verkauf der vermischten Schmieröle. Entgegen der Auffassung der Beklagten kommt also im Seeschiffahrtsrecht nicht die subjektive Berechnungsmethode, und damit nicht der Einstandswert, zum Tragen [...] »

§ 23. Les critiques de la théorie de la différence et les nouvelles méthodes de calcul proposées par la doctrine

A. Les critiques de la théorie de la différence

Les arrêts récents que nous avons relatés et commentés⁸¹⁴ illustrent ainsi le côté central de la théorie de la différence dans le raisonnement moderne du Tribunal fédéral. On sent la volonté de l'autorité judiciaire suprême de tout mettre en œuvre pour ne pas devoir abandonner cette théorie claire, afin de conserver une définition du dommage qu'il peut maîtriser⁸¹⁵. Cette définition possède effectivement le mérite d'être relativement simple et de donner un véritable point de départ à toute théorie du dommage en droit suisse⁸¹⁶.

Ainsi, malgré ce que peuvent affirmer certains auteurs, la théorie de la différence donne des résultats satisfaisants dans nombre de situations pratiques⁸¹⁷. Il en va de la sorte de l'ensemble des dommages patrimoniaux qui se retrouvent tous couverts par l'emploi de cette théorie qui englobe le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*. C'est certainement tout son mérite théorique et pratique que de permettre d'appréhender ces deux types de dommages.

814 Cf. *supra* § 19.

815 Cet état des choses provient également de ce que, si l'établissement du dommage est une question de fait, la notion de dommage est une question de droit. Cela influe sur la manière dont le Tribunal fédéral interprète la théorie de la différence. Pour plus de détails sur la question, Chaix, *La fixation du dommage par le juge*, pp. 55 ss.

816 Engel, *Traité*, pp. 472-473 ; Cuendet, *La faute contractuelle*, pp. 173-174 .

817 Fleury, *Détermination*, p. 13.

Les critiques apportées à l'encontre de la théorie de la différence sont de deux ordres.

Ainsi, Honsell fait remarquer que ce concept repose sur une prémisse conceptuelle fautive⁸¹⁸. Selon cet auteur, l'aubergiste à qui l'on a cassé une vitre ne compare pas l'entier de son patrimoine avant et après la survenance du dommage, mais se contente de la valeur effective du remplacement de la vitre. En d'autres termes, l'on ne procède jamais à une comparaison totale entre l'état du patrimoine du lésé avant et après l'événement dommageable. Même le Tribunal fédéral le reconnaît de manière explicite dans un arrêt relevant du dommage contractuel suite à la demeure du débiteur au sens de l'article 107 al. 2 CO⁸¹⁹, et de manière implicite dans l'affaire de l'arbre endommagé par l'automobiliste⁸²⁰. Récemment, il a étendu la règle en matière de gestion de fortune⁸²¹.

Selon d'autres auteurs, cette théorie est trop restrictive. De l'avis d'un important courant doctrinal, la théorie de la différence est un concept dépassé qui ne peut plus s'appliquer au monde moderne dans lequel nous vivons. On a tenté de démontrer que le dommage dit « écologique » ne pouvait être pris en

818 Honsell, *Kritik des Interessenbegriffs*, p. 70.

819 ATF 116 II 441 du 19 juin 1990 dans la cause A. AG c. B. AG : « *Der Differenzbestimmung unterworfen ist das vom schädigenden Ereignis betroffene Rechtsgut, als welches ausnahmsweise auch das Gesamtvermögen des Geschädigten erscheint, so wenn es mit einer Verbindlichkeit belastet wird.* »

820 ATF 127 III 73, p. 76, lorsque le Tribunal fédéral se base sur la valeur de l'arbre endommagé lui-même « *vom Baum selbst* » et non de l'impact que cet arbre endommagé a sur le patrimoine de la commune de Berne, propriétaire de l'arbre. Dans le même sens, Gauch, *Grenzüberschreitungen*, p. 298 ; Roberto, 127 III 73, p. 724 ; Werro, *Responsabilité civile*, N. 43-44, p. 19.

821 Arrêt non publié 4C.158/2006 consid. 4.3 : « *So wird für den Bereich der Vermögensverwaltung in der Lehre zutreffend die Meinung vertreten, dass zum einen nicht das Gesamtvermögen der geschädigten Person massgebend ist, sondern das im Rahmen des Vermögensverwaltungsvertrags übergebene Vermögen, und dass zum andern zwischen den Fällen zu differenzieren ist, wo im Prozess von der geschädigten Person dem Vermögensverwalter eine Schädigung allgemein durch Verfolgung einer pflichtwidrigen Anlagestrategie (sorgfaltswidrige Verwaltung des gesamten Portefeuille) oder durch pflichtwidrige Einzelanlagen (sorgfaltswidriges Verhalten im Zusammenhang mit einzelnen Posten des Portefeuille) vorgeworfen wird.* »

compte⁸²², ou que les dommages « non commerciaux » ne pouvaient y être englobés à satisfaction⁸²³.

La théorie de la différence pose toutefois d'importants problèmes dans deux situations principales.

Premièrement, lorsque les biens détruits ne sont pas la propriété voire la possession du lésé. Tel est le cas dans l'affaire dite du gypaète⁸²⁴ ou dans celle des poissons de la Broye⁸²⁵. Dans ces deux hypothèses, vu que les animaux tués ne sont pas en possession du canton ou de la fondation qui a réintroduit le rapace, il n'est pas possible de considérer qu'il y a dommage, faute de diminution du patrimoine, car l'animal en question n'en fait pas partie. Il serait dès lors plus convaincant d'avoir recours à une autre notion propre, comme celle de dommage écologique, à l'instar de ce que décide l'avant-projet d'unification du droit de la responsabilité civile. En effet, pour les atteintes à la faune sauvage qui ne peuvent faire l'objet d'un droit de propriété ou d'une possession ouverte (en tout cas au sens de l'arrêt du gypaète), la différence n'est pas un critère idoine pour appréhender ce dommage. En ce qui concerne la flore ou les arbres qui font en principe partie intégrante du bien-fonds au sens de l'article 667 al. 2 CC, la situation ne dépend alors pas de la possession, mais du droit de propriété. Cependant, la propriété ne résout pas le problème posé par le fait que cette flore ne revêt souvent aucune valeur patrimoniale au sens de la théorie de la différence.

La théorie de la différence pose également problème lorsque le dommage subi n'entraîne pas de diminution patrimoniale. Dans cette hypothèse, et prise seule, elle est réellement impuissante à protéger le lésé. C'est pourquoi il convient d'appliquer les enseignements tirés de l'arrêt relatif à la parcelle défrichée sans droit⁸²⁶, et de considérer que la théorie de la différence ne

822 Dupont, *Domage*, p. 474. ;

823 Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, N. 2658-2659, p. 100 ; Koller, A., OR AT 2, N. 8, pp. 139-140.

824 Arrêt non publié 4C.317/2002 du 20 février 2004.

825 ATF 90 II 417.

826 ATF 129 III 331.

s'applique pas seulement d'une manière objective, mais également avec une composante subjective, le maintien de l'intégrité patrimoniale du lésé.

Ce fait est illustré notamment par l'arrêt sur la perte d'une chance, que le Tribunal fédéral ne considère pas comme constituant une atteinte patrimoniale en raison des canons de la théorie de la différence. Il en va de même avec le terrain qui prend de la valeur suite à son défrichement. La théorie de la différence ne peut appréhender cet état de fait. Il y a besoin de remonter à la notion *d'intérêt subjectif à la non-survenance du dommage* pour trouver une échappatoire raisonnable.

Cette solution possède l'avantage de maintenir l'aspect prévisible et certain de la théorie de la différence, tout en permettant la prise en compte de valeurs dignes de protection ne possédant pas de valeur économique intrinsèque, à l'exemple des arbres d'une villa familiale.

Nous avons exposé que la théorie de la différence est fortement critiquée en doctrine⁸²⁷ et que d'autres modèles ont été proposés pour remédier à ses lacunes. Ce sont ces « nouvelles » théories du dommage que nous allons présenter.

Ces propositions visent principalement les cas dans lesquels il n'y a pas de perte patrimoniale au sens de cette théorie. Il s'agit dès lors de créer un nouveau type de dommages indépendants de toute diminution patrimoniale. Ces théories visent en général à créer des actifs fictifs ou à « normativiser »⁸²⁸ le dommage en le soustrayant à son obligation de revêtir un aspect de perte patrimoniale.

827 Werro, *Commentaire romand ad art. 41 CO*, N. 11, p. 268 ; Dupont, *Le dommage écologique*, N. 467 ss, p. 111 ; Roberto, *Schadensrecht*, pp. 113 ss.

828 La doctrine majoritaire considère que les théories de la frustration et de la commercialisation sont des formes de dommage dit « normatif », car elles permettent d'indemniser des types de dommages qui ne se manifestent pas forcément sous la forme d'une diminution involontaire du patrimoine, voir à ce sujet, notamment, Werro, *Commentaire Romand, ad art. 41 CO*, N. 11 p. 268 ; Roberto, *Haftpflichtrecht 2^e éd.*, § 21.01, p. 91.

B. La réparation en nature

Nous avons démontré dans la partie historique que la lettre du texte du Code des obligations n'exclut nullement la réparation en nature du dommage. La réparation en nature n'est ainsi pas une théorie nouvelle, mais plutôt une théorie qui est parfois passée au second plan dogmatique et jurisprudentiel, même si le Tribunal fédéral emploie encore cette méthode dans sa jurisprudence antérieure à celle de l'arrêt Merck de 1971⁸²⁹, comme nous l'avons relevé dans la partie historique⁸³⁰.

La doctrine récente définit ainsi la restitution en nature :

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 nouveau⁸³¹.

Engel⁸³² souligne que la réparation en nature en tant que telle est rare en pratique, mais que par extension elle est fondamentale, car elle vise « le rétablissement de l'état de choses antérieur, notamment par la publication du jugement dans les cas d'atteinte aux droits de la personnalité, à ceux de la propriété intellectuelle et aussi de la concurrence déloyale ».

Cette réparation en nature correspond en fait à celle qui est mise en avant par la prise en compte de l'intérêt à l'intégrité du lésé. La difficulté de la notion

829 ATF 97 II 168 du 16 mars 1971 dans la cause Merck & Co c. Leisinger.

830 Voir *supra* § 18, p. 244, et notamment le raisonnement sur l'arrêt du Tribunal fédéral paru au JT 1900, p. 466, qui mettait encore au centre de son raisonnement la notion de réparation en nature.

831 Dupont, *Dommage*, p. 479.

832 Engel, *Traité*, p. 502.

provient de ce que, même si l'on emploie la notion de réparation en nature, il est évident que l'auteur ne sera pas condamné à replanter lui-même les arbres qu'il aura illicitement coupés. L'auteur sera condamné à payer les sommes en numéraire nécessaires à la remise en état initial de la chose détruite. Ce montant en espèces permettra toutefois de concrétiser et de matérialiser cette réparation en nature.

De manière surprenante, dans un arrêt non publié récent, le Tribunal fédéral, s'il confirme que la réparation en nature existe en droit suisse⁸³³, décide de la limiter aux objets mobiliers⁸³⁴ :

Lorsqu'il est question de dommage de choses, il est possible d'envisager une réparation en nature, dans laquelle l'auteur remet au lésé un objet similaire à l'objet endommagé, c'est-à-dire qu'il substitue à la chose endommagée une chose de même valeur, afin de reconstituer l'intégrité matérielle du patrimoine du lésé. Ce cas de figure ne s'applique toutefois qu'aux objets mobiliers, dès l'instant où un bien immobilier ne peut bien évidemment pas se remplacer comme une chose mobilière d'usage courant.

Il s'agit de garder à l'esprit que cette décision est non publiée et ne possède pas la même autorité doctrinale qu'un arrêt de principe. L'affaire concernait la destruction partielle d'un immeuble suite à un incendie par négligence. L'auteur de l'acte illicite contestait devoir payer des réparations qui dépassaient la valeur de l'immeuble avant l'incendie. Le Tribunal fédéral admet toutefois que la remise en état de l'immeuble, apportant en cela une plus-value au propriétaire, constitue une indemnisation du préjudice partiel⁸³⁵. Cette indemni-

833 L'arrêt est important en ce sens qu'il confirme l'ATF 129 III 331 : « Autrement dit, c'est l'intérêt concret et particulier – et non abstrait – du lésé au maintien de l'intégralité de son patrimoine qui est pris en compte, c'est-à-dire l'intérêt qu'avait celui-ci à ce que le préjudice ne survienne pas. » Arrêt 4C.7/2007 consid. 5.2.

834 Arrêt 4C.87/2007 consid. 5.2.

835 « L'indemnisation du préjudice partiel subi par un immeuble passe donc par la prise en charge des coûts de réparation que doit assumer le propriétaire, laquelle se substitue à la réparation en nature. Lorsqu'une partie d'un bien immobilier a été détruit, le lésé a en effet le droit d'être remplacé, autant que faire se peut, dans la situation antérieure. C'est l'intérêt subjectif du propriétaire au rétablissement de la situation prévalant avant le sinistre qui est alors prédominant. » Arrêt non publié 4C.87/2007 consid. 5.2.

sation du préjudice partiel est l'équivalent du remplacement de l'épicéa dans l'affaire des arbres coupés sans droit⁸³⁶, ou du remplacement de mâts de drapeaux anciens ayant été détruits, par des mâts nouveaux⁸³⁷. Selon le Tribunal fédéral l'indemnisation du préjudice partiel par une chose neuve n'est pas contraire au droit fédéral et ne porte pas atteinte à l'interdiction de l'enrichissement du lésé des suites de son indemnisation :

On ne saurait voir, lorsqu'il y a destruction partielle d'un immeuble, une surindemnisation du propriétaire du seul fait que des matériaux neufs sont nécessairement utilisés pour effectuer les réparations des bâtiments. De fait, cette dépense a été imposée au lésé par le comportement illicite de l'auteur. L'application du principe connu sous la locution « neu für alt », selon lequel il faut tenir compte, dans l'indemnisation à accorder, que l'espérance de vie de l'objet nouveau est supérieure à celle de l'objet détruit, conduirait dans un tel cas à faire toujours déboursier à la victime une certaine somme pour obtenir le rétablissement de la situation antérieure. Le lésé subirait ainsi inévitablement un désavantage financier que rien ne justifie. Toutefois, s'il est établi que le propriétaire est clairement enrichi par des réparations réalisées au prix fort, le principe « neu für alt » doit être utilisé dans le calcul du préjudice⁸³⁸.

Cela dit, que l'on appelle la prise en compte de l'intérêt subjectif du lésé, réparation en nature ou réparation du préjudice partiel, n'est pas décisif. Il s'agit plus d'une querelle sémantique. Ce qui est déterminant, c'est de considérer que le lésé a le droit d'être replacé dans la situation qui aurait été la sienne si le dommage n'était pas survenu. Cette jurisprudence conduit à une annulation de l'interdiction de la prise en compte du « neu für alt » en cas de réparation en nature. À cette fin, il convient de prendre en compte l'intérêt subjectif et concret du lésé à la non-survenance du dommage. En conséquence, le Tribunal fédéral se réinscrit dans la lignée de la jurisprudence romaine, et corrige de manière fort satisfaisante le problème dogmatique que pose le caractère étroit de la théorie de la différence.

836 ATF 129 III 331 consid. 2.2.

837 Arrêt non publié du Tribunal fédéral 4C.261/2006 consid. 3.2.

838 Arrêt 4C.87/2007 consid. 5.2.

C. La théorie de la commercialisation

Selon cette théorie, *tout bien que l'on peut acquérir contre de l'argent possède une valeur intrinsèque et la privation de l'usage de ce bien doit pouvoir faire l'objet d'une indemnisation*⁸³⁹. Il convient ainsi d'« activer » la jouissance de cette chose dans le patrimoine du lésé. Dès lors, la privation de l'usage de cette chose, quand bien même elle ne causerait pas de diminution du patrimoine selon la théorie classique de la différence, doit être indemnisée. La doctrine mentionne la perte de l'usage d'un véhicule, ou des vacances gâchées suite à un séjour dans un club de vacances éloigné de la mer, alors que le vacancier avait expressément choisi un établissement en bord de mer pour s'adonner à son loisir favori, à savoir la plongée sous-marine.

Cette théorie n'a, à ce jour, pas trouvé grâce devant le Tribunal fédéral. Notre Haute Cour a en effet refusé d'indemniser un couple qui n'a pas pu jouir de la totalité des pièces de sa maison, suite aux malfaçons commises par leur architecte⁸⁴⁰. Le Tribunal fédéral insiste en effet sur le fait que la perte de jouissance d'un bien qui a une « *valeur économique intrinsèque* » n'est que la « *source possible* » d'un dommage qui n'est ainsi pas couvert par la théorie de la différence. Ce n'est qu'à la condition que les lésés subissent une diminution de leur patrimoine, par exemple sous la forme d'une impossibilité de louer les pièces de leur villa à un tiers, que le Tribunal fédéral serait prêt à considérer qu'une indemnisation puisse leur être accordée. Cette jurisprudence témoigne ainsi de l'attachement encore fort vif que notre instance suprême voue aux canons classiques de la théorie de la différence.

À notre sens, le Tribunal fédéral a raison de se montrer sévère sur cette question du dommage de commercialisation⁸⁴¹. En effet, cette théorie, de par son

839 Honsell, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, N. 54, p. 86 ; Werro, *Commentaire romand ad art. 41 CO*, N. 23, pp. 270-271 ; Werro, *Responsabilité civile*, N. 90, pp. 28-29.

840 ATF 126 III 388, 393.

841 La Cour européenne de justice des Communautés européennes dans son fameux arrêt Leitner (CJCE 6^e chambre du 12 mars 2002 affaire c-168/00) avait considéré que des vacances gâchées étaient constitutives d'un préjudice moral : « *L'article 5 de la directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, doit être*

côté quelque peu artificiel, peut laisser courir le risque de transformer tout actif potentiel en une valeur susceptible d'indemnisation. En restant ferme sur cette question, le Tribunal fédéral permet à la théorie de la différence de garder sa cohérence interne.

D. La théorie de la frustration

Selon cette théorie qui prend le contre-pied de celle de la commercialisation, *il convient d'indemniser le lésé suite à des dépenses qu'il a effectuées volontairement et qui lui sont objectivement utiles, mais qui se retrouvent privées de leur raison d'être postérieurement, suite à la survenance de l'événement dommageable*⁸⁴². On songera par exemple aux frais d'assurance automobile qui continuent à courir pour le lésé bien que celui-ci soit alité à l'hôpital, ou à la cotisation déjà acquittée d'un club de golf huppé, alors que le lésé, pendant la belle saison, ne peut poser le pied blessé à terre durant les deux mois qui suivent la survenance de l'acte illicite.

L'admissibilité du dommage de frustration est contestée en doctrine⁸⁴³. Dans le même élan, la jurisprudence du Tribunal fédéral semble avoir rejeté cette théorie dans une affaire relevant de la perte de jouissance du droit aux vacances⁸⁴⁴. Ce complexe état de fait nous semble bien plutôt constituer un

interprété en ce sens qu'il confère en principe au consommateur un droit à la réparation du préjudice moral résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des prestations constituant un voyage à forfait. » L'affaire concernait Mme Leitner qui avait été intoxiquée par des salmonelles lors d'un repas pris au club de vacances en Turquie où elle séjournait avec ses parents. Très malade, Mme Leitner avait vu ses vacances gâchées.

842 Chappuis, C./Werro, F., *La responsabilité civile à la croisée des chemins*, p. 251 ; Werro, *Responsabilité civile*, p. 90.

843 Werro, *Commentaire romand, ad art. 41 CO*, N. 22, p. 270 ; Fellmann, *Normativierungstendenzen*, pp. 17-18.

844 Le Tribunal fédéral considère en effet que : « *Le droit suisse n'admet pas la réparation d'un dommage "immatériel". Juridiquement, les atteintes aux droits non patrimoniaux ne constituent pas un dommage. Les sommes allouées de ce chef ne sont pas des dommages-intérêts ; elles représentent la réparation d'un tort moral. Il en va de même lorsqu'une dépense perd après coup sa raison d'être, le but visé ayant disparu ; dans ce cas aussi, il ne s'agit pas d'une atteinte au patrimoine mais d'un espoir déçu.* » ATF 115 II 474 = JT 1990 216, pp. 222-223.

cas de dommage de commercialisation. Il montre la fragilité de la distinction entre les théories jumelles de la commercialisation et de la frustration⁸⁴⁵.

Les deux jurisprudences que nous avons citées nous semblent avoir mis un terme définitif à ces deux théories. Étant à juste titre fortement critiquées en doctrine, on peut avec le recul affirmer que le Tribunal fédéral a eu raison de les rejeter.

E. Le dommage normatif

Peu de termes juridiques sont aussi difficiles à définir que le dommage normatif. Si la doctrine s'accorde à dire que cette théorie provient du droit germanique, rares sont les auteurs qui parviennent à en définir les contours ou à s'accorder sur son origine. Si l'on ajoute à ce concept que la majorité des commentateurs en donnent une définition différente, il n'est pas excessif de dire que ce terme est d'une déconcertante complexité.

On a ainsi proposé une approche dite « *normative* » du dommage. Sous cette expression extrêmement difficile à définir se cache la volonté de laisser au juge la possibilité de décider du caractère dommageable ou non d'une action sans tenir compte de la réalité de la perte patrimoniale considérée. L'expression est empruntée au droit allemand⁸⁴⁶. Si la notion a été introduite en Suisse par la doctrine, elle a été popularisée par le fait que le Tribunal fédéral l'a utilisée dans l'un de ces célèbres arrêts sur la notion de dommage ménager. Le dommage normatif est entré dans le droit suisse par un arrêt du Tribunal fédéral qui a considéré que le préjudice ménager devait s'examiner de manière « normative », c'est-à-dire indépendamment de toute diminution de patrimoine du lésé⁸⁴⁷.

845 Roberto, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, N. 615, p. 180 ; Fellmann, *Normativierungstendenzen*, p. 18 : « *Tatsächlich signalisiert die Unterscheidung zwischen Kommerzialisierungs- und Frustrationschäden eine "Scheinunterscheidung". Bei beiden Unterscheidungen geht es nur um die Frage, ob entgangene Nutzungsmöglichkeiten zu entschädigen sind.* »

846 Gauch, *Grenzüberschreitungen*, p. 297 et les références citées.

847 Arrêt non publié du Tribunal fédéral, in *Praxis*, 1995, p. 556 ; Chappuis, G., *Calcul du dommage*, p. 173.

Si l'on se donne toutefois la peine de remonter aux origines du terme « normatif », ses caractéristiques s'éclaircissent. Selon le dictionnaire *Robert* on parle de sciences normatives lorsque leur objet est « *constitué par des jugements de valeur et qui donnent des règles, des préceptes* ». Le *Trésor de la langue française* est plus explicite. Il parle quant à lui de normatif comme de ce qui « *fixe, prescrit une norme, émet des jugements de valeur* ».

Il faut comprendre, par l'expression de normativité, que l'on vise à notre sens les situations dans lesquelles l'on décide de considérer qu'il y a dommage, alors que selon la théorie de la différence, il n'y aurait en fait pas de perte patrimoniale⁸⁴⁸. On pose qu'un certain type de dommages est normatif, ce qui entraîne que l'on peut dès lors l'examiner indépendamment de toute diminution effective du patrimoine⁸⁴⁹. Cette catégorie de dommage devient fixée.

Die Besonderheit des Haushaltschadens liegt somit darin, dass er nach der Rechtsprechung auch zu ersetzen ist, soweit er sich nicht in zusätzlichen Aufwendungen niederschlägt, mithin gar keine Vermögensverminderung eintritt. Der Haftpflichtige hat insoweit für normativen Schaden einzustehen, der sich nicht konkret, sondern nur abstrakt berechnen lässt.

Si l'expression normative n'a plus été employée systématiquement par la suite par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence publiée⁸⁵⁰, le terme est resté dans la bouche de l'ensemble des commentateurs du droit suisse qui

848 Gauch, *Grenzüberschreitungen*, pp. 301-302 : « *Mit einer gewissen Zähigkeit hat sich allerdings der Begriff des « normativen Schadens » gehalten, der im Wesentlichen aber nichts anderes ist als ein Sammelbegriff, um Schadensfälle kategorial unterzubringen, bei denen auf Grund rechtlicher Wertung ein ersatzfähiger Schaden vorliegt, der er nach herkömmlicher Betrachtung nicht ist.* »

849 La doctrine suisse alémanique reprend l'expression allemande de « *corriger la notion de dommage par des valeurs morales* ». « *Den Schadensbegriff unter Wertungsgesichtspunkten so zu korrigieren* », Gauch, *Grenzüberschreitungen*, p. 297 ; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, N. 2663, p.101.

850 Dans un arrêt non publié du 26 mars 2002, 4C.276/2001, qui confirmait un jugement de l'*Handelsgericht* zurichois du 12 juin 2001 (ZR 2002 N. 94), le Tribunal fédéral, par analogie avec les règles sur le dommage ménager, a considéré qu'une jeune fille gravement handicapée suite à un accident, et qui requérait des soins constants que lui prodiguait sa mère gratuitement, était en droit de demander que l'activité de cette dernière soit remboursée, quand bien même ceux-ci n'étaient pas constitutifs d'une diminution de patrimoine

considèrent le dommage ménager comme étant la seule manifestation de ce concept dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. La notion a au demeurant causé presque plus de difficultés qu'elle n'en a résolu⁸⁵¹.

Pour synthétiser, il convient de considérer que l'expression de *dommage normatif* englobe par attraction (*Sammelbegriff*)⁸⁵² les situations dans lesquelles un dommage, qui n'est pas appréhendé par la théorie de la différence, se réalise.

F. Le dommage ménager

Le dommage ménager consiste en la perte économique de la capacité d'une personne de s'occuper des tâches domestiques suite à une atteinte à la santé dont elle a été la victime⁸⁵³. Il s'agit d'un dommage indépendant de la perte de gain, qui se matérialise par une perte de la capacité théorique de remplir ce type de travaux. Cette perte peut toucher la victime de l'atteinte elle-même, mais également une personne qui bénéficiait de l'aide de la victime pour effectuer des tâches ménagères avant la survenance du dommage⁸⁵⁴. Ce dommage faisant abstraction de l'exigence de différence de pa-

au sens de la théorie de la différence. Le Tribunal fédéral emploie le terme normatif au considérant 6b : « *Gibt ein Familienangehöriger seine Erwerbstätigkeit auf, um die geschädigte Person zu pflegen, entspricht der zu ersetzende Schaden in der Regel dem entgangenen Erwerbseinkommen. Übersteigt der Verdienstaustausch jedoch wesentlich die Kosten der Betreuung durch eine Drittperson, kann der Geschädigte nach den Grundsätzen der Schadenminderungspflicht nur diese tieferen Kosten als Schaden geltend machen. Der notwendige Pflegeaufwand ist als Schaden der verletzten Person selbst im Sinne eines damnum emergens anzusehen. Die Ersatzpflicht für derartigen unter normativen Gesichtspunkten bestimmten Betreuungsschaden wird in der neueren Lehre nicht in Frage gestellt. Zur Berechnung wird vorgeschlagen, die zum Hausfrauenschaden entwickelten Grundsätze analog heranzuziehen. Danach ist zuerst der erforderliche Stundenaufwand für die Pflege und alsdann der ortsübliche Lohn einer Pflegekraft zu ermitteln. Massgebend ist der Bruttolohn zuzüglich Arbeitgeberbeiträge an die Sozialversicherung.* » Dans le même sens, Gauch, *Grenzüberschreitungen*, pp. 297-298.

851 Roberto, *Haftpflichtrecht* 2^e éd, N. 25, qui cite l'auteur allemand Keuk : « Schlagwort, welches in keiner Weise weiterführt und das als beliebig ausfüllbare Leerformel [...] die Gefahr begründet, für die Rechtfertigung unkontrollierter Entscheidungen in Anspruch genommen zu werden. »

852 Roberto, *Haftpflichtrecht* 2^e éd, N. 25.02, p. 205.

853 Landolt, *Zürcher Kommentar ad art. 46 CO*, N. 889 et les références citées.

854 Kissling, *Dogmatische Begründung des Haushaltschadens*, pp. 4-8.

trimoine a été consacré pour la première fois sous cette forme dans l'arrêt Blein/Mercadier⁸⁵⁵. Depuis cet arrêt, de jurisprudence constante, la réparation du préjudice consiste en l'accomplissement d'un travail non rémunéré et de services dans le ménage de la personne blessée ou décédée⁸⁵⁶.

Il se calcule de manière « normative », car l'on ne prend pas en compte la réalité de la diminution patrimoniale effectivement subie par le lésé⁸⁵⁷. En effet, la personne effectuant un travail domestique ne reçoit pas de salaire⁸⁵⁸. Elle n'est dès lors pas la seule à être impactée par le fait qu'elle ne peut plus se consacrer aux travaux du ménage. Ses proches sont également touchés. Il s'agit donc d'un préjudice « réfléchi » traditionnellement non indemnisable en droit de la responsabilité civile. En décidant de poser la fiction selon laquelle cette indemnité ne couvre pas le seul dommage du lésé, mais le dommage de toute la famille, le Tribunal fédéral se laisse guider essentiellement par des « *considérations d'équité, protégeant de ce fait l'ensemble des intérêts de la famille* »⁸⁵⁹.

Cette indemnité compense ainsi la perte pour la famille résultant du fait que le conjoint au foyer victime d'un acte illicite ne peut plus s'occuper du ménage pour lui-même et sa famille.

Cette solution déroge ainsi explicitement à la théorie de la différence qui exige que le dommage se concrétise sous la forme d'une « diminution de patrimoine ». Le dommage ménager est critiqué par certains auteurs qui lui reprochent d'être artificiel et de procéder à une « commercialisation du dommage » en indemnisant une activité qui n'a pas de valeur propre tant qu'elle est exercée par la ménagère, mais qui déploie une valeur économique dès le moment où elle est indemnisée⁸⁶⁰. Dans la pratique, le dommage se calcule de manière concrète, en prenant en considération les expertises médicales

855 ATF 108 II 434 ; Chappuis, G., *Calcul du dommage*, p. 173.

856 Landolt, *Zürcher Kommentar ad art. 46 CO*, N. 894, p. 447.

857 Voir à cet effet les ATF 57 II 94, 57 II 555 et 99 II 223.

858 Brehm, *La réparation du dommage corporel*, N. 561, p. 252.

859 Brehm, *La réparation du dommage corporel*, N. 562, p. 252.

860 Brehm, *La réparation du dommage corporel*, N. 567 ss, pp. 255 ss ; Honsell, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, N. 79, pp. 92-93 ; Chappuis, G., *Calcul du dommage*, pp. 172-180.

qui attestent des limitations fonctionnelles dont est victime la personne qui effectuait le travail domestique⁸⁶¹. La nature « fictive » du revenu est ainsi plus théorique que pratique⁸⁶².

Pour calculer le montant de l'indemnité, le Tribunal fédéral a recours à des données statistiques se basant sur la moyenne de la population suisse qui ne dépend pas individuellement de la situation précise du lésé⁸⁶³. Il s'agit des données se basant sur l'enquête SAKE (Schweizerische Arbeitskräfteerhebung des Bundesamt für Statistik) qui prennent en compte 18 critères allant de faire des courses, à s'occuper des enfants. Les tables prennent également en considération la taille du ménage, le nombre d'enfants, le taux d'activité ou l'âge des personnes composant le ménage⁸⁶⁴. Ces tables représentent une aide au calcul du dommage, mais ne dispensent pas les parties et le juge d'appréhender le cas de manière concrète, afin de calculer le dommage effectif. Dans ce cas de figure, la perte économique calculée selon la théorie de la différence sert encore de jalon conceptuel permettant d'obtenir une indemnisation se rapprochant le plus possible de la perte effective du lésé⁸⁶⁵.

G. Le dommage écologique

Le dommage écologique est une des questions les plus thématiques ces dernières années⁸⁶⁶. Que ce soit en raison de grandes catastrophes environnementales causées par le naufrage du *Prestige* ou de *l'Erika*, ou encore par la jurisprudence sur le gypaète barbu, le thème ne cesse d'être abordé et commenté.

861 Rey/Wildhaber, N. 323-325, pp. 59-60.

862 Roberto, *Haftpflichtrecht* 2^e éd., N. 29-31, p. 236.

863 Chappuis, G., *Calcul du dommage*, pp. 173-177.

864 Rey/Wildhaber, N. 324, p. 60.

865 Sur les questions encore ouvertes à ce jour, voir Moreno, Ignacio, *Der Haushaltschaden – die verbliebenen schwarzen Löcher*, in HAVE 3/2018, pp. 269-274.

866 Voir par exemple le vaste débat judiciaire et public au sujet du naufrage du pétrolier *Erika* en décembre 1999 et l'immense marée noire qu'il a causée au large des côtes de Bretagne. En première instance, par jugement du 16 janvier 2008, le Tribunal de grande instance de Paris a reconnu pour la première fois l'existence d'un préjudice écologique en droit français.

Une partie de la doctrine reproche à la théorie de la différence de ne pas permettre d'appréhender ce type de dommages, car les biens de la nature ne possèdent pas de valeur économique intrinsèque. Ce faisant, cette théorie qui se baserait sur la seule diminution de patrimoine ne serait pas opérante.

Ces critiques sont à notre sens justifiées, même s'il convient de souligner que, dans le cas de l'affaire du gypaète barbu⁸⁶⁷, c'est une appréhension très restrictive du concept de possession qui conduit à la non-indemnisation de la fondation qui a réintroduit le rapace, plutôt que la rigueur de la définition du Tribunal fédéral.

On peut se demander s'il sied de créer une catégorie à part pour le dommage écologique, ou bien plutôt de le rattacher à la réparation en nature, voire à l'intérêt à l'intégrité du patrimoine. Nous discuterons plus avant et en détail cette question dans la partie consacrée à la révision du droit suisse⁸⁶⁸, de même que dans notre partie consacrée au droit comparé.

En tout état de cause, la prise en compte de l'intérêt du propriétaire du terrain victime de la pollution ou de l'atteinte à l'environnement d'être replacé dans la situation qui aurait été la sienne si le dommage ne s'était pas produit, sans intégrer une quelconque composante de patrimoine, devrait permettre d'appréhender ce type de dommage.

H. Le dommage non patrimonial ou tort moral

Le dommage non patrimonial est reconnu en Suisse sous la forme du tort moral prévu aux articles 47 et 49 CO. De même, d'un point de vue dogmatique, les nouvelles dispositions sur le préjudice relevant de la mort d'animaux de compagnie sont rattachées au tort moral⁸⁶⁹.

⁸⁶⁷ Cf. *supra* § 19 F.

⁸⁶⁸ Cf. § 27. 5.

⁸⁶⁹ Voir *supra* § 23 I.

La définition du tort moral est large en droit suisse et prend en considération de nombreuses atteintes, allant du tort moral causé par le décès d'un proche au préjudice causé par l'invalidité grave du conjoint suite à un accident rendant les rapports sexuels normaux impossibles⁸⁷⁰.

Par contre, les autres types de dommages non économiques ne sont pas englobés dans la définition du dommage reconnue en droit suisse, vu que le Tribunal fédéral a posé que le dommage se devait d'avoir une composante de nature économique⁸⁷¹.

Étant donné le sujet de notre étude, nous ne discuterons pas la question du tort moral en ce sens qu'elle est constitutive du dommage non patrimonial par excellence en droit suisse, dommage visant justement à compenser des sentiments de douleur et de perte qui ne possèdent pas de valeur marchande.

I. Le dommage causé aux animaux domestiques

Les articles 42 al. 3⁸⁷² et 43 al. 1bis⁸⁷³ CO entrés en vigueur le 1^{er} avril 2003⁸⁷⁴ ont fixé dans la loi une nouvelle manière d'évaluer le dommage et de calculer l'indemnité en cas de mort ou de blessure d'un animal domestique que le propriétaire ne gardait pas dans un but patrimonial ou de gain. Ce fait provient du changement de la manière de concevoir l'animal en droit suisse qui n'est désormais plus considéré comme une chose⁸⁷⁵. Pourtant, ces deux nouveaux articles ne visent pas à maintenir l'animal en vie, malgré des frais de

870 Pour une définition générale, Gurzeler, *Beitrag zur Bemessung der Genugtuung*, pp. 72-75.

871 ATF 87 II 290 consid. 4c, p. 293.

872 Article 42 al. 3 CO : « *Les frais de traitement pour les animaux qui vivent en milieu domestique et ne sont pas gardés dans un but patrimonial ou de gain font l'objet d'un remboursement approprié, même s'ils sont supérieurs à la valeur de l'animal.* »

873 Article 43 al. 1bis CO : « *Lorsqu'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.* »

874 Articles introduits par la loi fédérale du 4 avril 2002 sur les animaux (FF 2002 3885 5418).

875 Voir le nouvel article 641a CC : « *1. Les animaux ne sont pas des choses. 2. Sauf disposition contraire, les dispositions s'appliquant aux choses sont également valables pour les animaux.* » Pour une critique quant à l'utilité de cet article, voir l'amusant article de Steinauer, *Tertium datur*, in *Mélanges Tercier* 2003, pp. 51-60.

traitement plus élevés que sa valeur vénale, mais à protéger « *l'attachement du détenteur à son animal* »⁸⁷⁶.

Comme le soulignent à raison certains auteurs⁸⁷⁷, ces dispositions ne sont pas essentielles, et amènent à se demander si le législateur choisit toujours les bonnes priorités⁸⁷⁸. Certains vont même jusqu'à soutenir qu'elles sont inutiles, dans la mesure où la pratique reconnaissait déjà le préjudice d'affection et les frais de guérison de l'animal⁸⁷⁹. Christine Chappuis le relève à juste titre, ces dispositions existent toutefois et méritent d'être considérées, dans la mesure où il est important d'analyser si elles peuvent apporter une « *ouverture* » sur la notion de dommage « *qui a été peu à peu enserrée par la jurisprudence et une partie de la doctrine* »⁸⁸⁰ ou, au contraire, si elles ne sont que des règles particulières qui n'ont pas d'influence sur la notion de dommage en général.

Dans le cadre de notre problématique, il ne nous appartient pas de définir en détail ce que l'on entend par « *animaux qui vivent en milieu domestique et ne sont pas gardés dans un but patrimonial ou de gain* ». Nous nous contenterons d'en reprendre les définitions données par la doctrine⁸⁸¹ en insistant sur le fait que ces deux nouvelles dispositions exigent qu'il s'agisse d'un animal domestique qui ne soit pas gardé « dans un but économique ». C'est cette absence de but économique de l'animal, protégeant l'affection que son maître lui porte, qui est l'enjeu central des articles 42 al. 2 et 43 al. 1 bis CO.

Il est important de rappeler à ce stade du raisonnement ce que nous avons mentionné en matière de distinction entre le dommage et l'indemnité. En ef-

⁸⁷⁶ Brehm, *Les nouveaux droits du détenteur d'un animal*, p. 119.

⁸⁷⁷ Chappuis, C., *Que vaut Médor*, p. 35.

⁸⁷⁸ À la date de bouclage de la présente thèse, tant les moteurs de recherche électroniques Swisslex que celui du Tribunal fédéral ne font état d'aucune décision jurisprudentielle, ni cantonale ou fédérale appliquant les nouveaux articles 42 al. 3 CO et 43 al. 1^{bis} CO. Ce fait peut toutefois provenir de la faible valeur litigieuse en jeu, ne permettant pas la saisine d'une Cour d'appel, voire du Tribunal fédéral.

⁸⁷⁹ Chappuis, G., *Les nouveaux droits du détenteur de l'animal*, pp. 95-96, Brehm, *Les nouveaux droits du détenteur d'un animal*, p. 121.

⁸⁸⁰ Chappuis, C., *Que vaut Médor*, pp. 32 et 35.

⁸⁸¹ Chappuis, C., *Que vaut Médor*, pp. 18-25 et les nombreuses références aux travaux préparatoires.

fet, le juge raisonne en deux temps, en fixant d'abord le dommage au sens juridique du terme, puis dans un deuxième temps le montant de l'indemnité en fonction des circonstances et de la gravité de la faute (article 43 al. 1 CO).

L'article 42 al. 3 CO vise la prise en compte des frais de traitement de l'animal, même si ceux-ci dépassent la valeur totale de ce dernier. Cet article traite en principe de la fixation du dommage⁸⁸² et de notion juridique. Selon lui, les frais de traitement d'un animal de compagnie blessé font l'objet d'un remboursement approprié, même s'ils sont supérieurs à la valeur de l'animal. Cet article consacre un véritable changement du paradigme du dommage. Nous avons en effet vu que, si les frais de réparation d'une chose sont supérieurs à sa valeur vénale, il s'agit d'un dommage total, ayant pour conséquence que l'auteur ne devra que la valeur d'une nouvelle chose du même genre, mais non à des frais de réparation supérieurs à la chose détruite⁸⁸³. On se rapproche ainsi de la notion développée de l'intérêt à l'intégrité du patrimoine du propriétaire de la chose⁸⁸⁴. Le remboursement doit être approprié, selon Brehm, cela implique que le juge devra juger en équité (art. 4 CC) ou, selon Guy Chappuis, suivant les règles de la bonne foi en se demandant comment se comporterait dans la même situation un propriétaire raisonnable⁸⁸⁵.

L'article 43 al. 1bis CO prend en considération quant à lui la souffrance causée par le fait que l'animal du propriétaire a été blessé ou tué. Il traite en principe de la fixation de l'indemnité⁸⁸⁶. Il vise à couvrir l'intérêt d'affection du propriétaire de l'animal, qui ne serait en principe pas couvert par la vision restrictive de l'arrêt Véronèse. Selon la lettre de la loi, cette indemnité

882 Chappuis, C., *Que vaut Médor*, p. 18. Le même auteur, p. 23, souligne que l'utilisation du terme « remboursement approprié » à l'article 42 al. 3 CO concerne plutôt la détermination de l'indemnité et opère une confusion peu satisfaisante entre les deux notions.

883 « L'article 42 al. 3 CO pose la règle selon laquelle, s'agissant des frais de soins d'un animal blessé, le montant de ceux-ci n'est pas limité par le plafond usuel en matière de dégâts matériels, à savoir la valeur de la bête au moment de l'accident. » ; Brehm, *Les nouveaux droits du détenteur d'un animal*, p. 119.

884 Chappuis, C., *Que vaut Médor*, p. 23.

885 Chappuis, G., *Les nouveaux droits du détenteur de l'animal*, p. 96.

886 Chappuis, C., *Que vaut Médor*, p. 19. À nouveau, cet auteur fait justement remarquer que la prise en compte de la valeur affective de l'animal revient à poser un jugement sur la notion juridique de dommage. Sa place dans l'article 43 CO traitant de la fixation de l'indemnité n'est ainsi pas satisfaisante d'un point de vue dogmatique.

doit être versée au propriétaire de l'animal, que celui-ci ait été blessé ou tué. De manière surprenante, deux auteurs se refusent d'accorder une indemnité au propriétaire d'un animal blessé en estimant que l'atteinte n'est pas assez grave⁸⁸⁷.

La nature de cette indemnité est contestée⁸⁸⁸. Elle se trouve à cheval entre le tort moral et une valeur immatérielle qui est une composante du préjudice matériel⁸⁸⁹.

Le rapport entre les deux dispositions n'est pas non plus évident à cerner. Il existe une importante controverse de doctrine entre les auteurs qui défendent l'opinion selon laquelle l'on ne peut cumuler des prétentions sur la base des articles 42 al. 3 CO et 43 al. 3bis CO⁸⁹⁰, et ceux qui soutiennent que cela est possible⁸⁹¹.

Pour notre part, nous ne pensons pas que ces deux nouveaux articles changent fondamentalement la donne de la définition juridique du dommage ou de l'indemnité. Il s'agit plutôt d'une *lex specialis* édictée dans le but de prendre en considération la nouvelle sensibilité de la population pour les animaux domestiques. Il n'est pas évident de définir si l'article 43 al. 1bis CO vise un tort moral ou un préjudice d'affection. Les opinions des deux courants doctrinaux sont intéressantes.

⁸⁸⁷ Chappuis, G., *Les nouveaux droits du détenteur de l'animal*, p. 94 ; Brehm, *Les nouveaux droits du détenteur d'un animal*, p. 121 ; Chappuis, C., *Que vaut Médor*, p. 96, conteste à juste titre ce raisonnement. On ne voit pas pourquoi il faudrait aller contre la volonté expresse et claire de la lettre du texte légal. Un animal qui a perdu une patte, car elle a été écrasée par une voiture, peut certainement causer un préjudice d'affection particulier à son propriétaire. Cela dit, on peut effectivement se demander si le choix du législateur qui protège mieux les proches de l'animal blessé que ceux d'un être humain gravement blessé pour lesquels l'atteinte se doit d'être particulièrement grave et entraînant une invalidité très importante (voir par exemple l'ATF 123 III 5, 7) est judicieux. Nous en doutons fortement.

⁸⁸⁸ Brehm, *Les nouveaux droits du détenteur d'un animal*, p. 121, opère un parallélisme entre l'indemnité de l'article 43 al. 1^{bis} CO et le tort moral, mais constate que le législateur a refusé de franchir ce pas, en n'intégrant pas cette disposition dans un alinéa 2 de l'article 47 CO pour ne pas donner l'impression qu'il s'agit d'un tort moral comparable à celui que peut ressentir un être humain.

⁸⁸⁹ Chappuis, C., *Que vaut Médor ?*, p. 26.

⁸⁹⁰ Chappuis, G., *Les nouveaux droits du détenteur de l'animal*, p. 96.

⁸⁹¹ Chappuis, C., *Que vaut Médor*, pp. 29-30 ; Brehm, *Les nouveaux droits du détenteur d'un animal*, p. 121 ; Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, N. 308, pp. 71-72.

Ces interrogations sur la nature de ce nouveau type de dommages, que certains rapprochent du fameux « petit tort moral », démontrent que toute modification législative ponctuelle, sur un point de droit de la responsabilité civile, peut entraîner d'importantes conséquences d'ordre dogmatiques. Par ailleurs, ces articles 42 al. 3 et 43 al. 1bis CO, dans la mesure où ils confondent la notion du dommage et de l'indemnité, sont sources de confusion. En l'absence de jugement de quelque juridiction que ce soit sur ces sujets, on ne peut rester que perplexe devant les difficultés que ces deux articles introduisent dans le droit de la responsabilité civile⁸⁹².

On peut en effet craindre que cette indemnité à la nature incertaine vienne brouiller le message entre le tort moral qui exige un grand degré de gravité et le préjudice d'affection qui n'est en principe pas reconnu par le droit suisse. Cette brèche dans le « *système parfaitement cohérent* » du droit de la responsabilité civile, pour reprendre l'expression du Tribunal fédéral dans l'arrêt Véronèse⁸⁹³ pose beaucoup plus de questions qu'elle n'en résout. Sur ce point, le droit romain, qui se montrait certes très strict et refusait tout préjudice d'ordre moral ou d'affection, contient une rigueur interne que le droit suisse semble de plus en plus vouloir abandonner.

892 Le seul arrêt que nous connaissons est un arrêt thurgovien du 28 octobre 1965 (RSJ 1966, p. 328) qui avait refusé de considérer que la mort d'un chien donnait lieu à une indemnisation pour tort moral.

893 ATF 87 II 290 consid 4c, p. 292.

§ 24. La théorie de la différence, mythe fondateur ou bouclier commode ?

A. Une nouvelle définition du dommage, une impossibilité ?

Après le rejet par le Tribunal fédéral du dommage de commercialisation et de frustration, du dommage écologique, de la perte de jouissance, de même que de la théorie de la perte d'une chance, on peut se demander s'il reste vraiment une marge de manœuvre importante pour faire évoluer la notion de dommage dans le droit suisse de la responsabilité civile pour la prochaine décennie. Si l'on ajoute à ces constatations que l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile semble condamné avec toutes les innovations qu'il contient en matière de dommage écologique ou de perte d'une chance, les perspectives semblent bien faibles de voir la matière évoluer.

Même le célèbre dommage « *normatif* » n'arrive pas à dépasser le cadre du préjudice ménager où il est cantonné depuis sa reconnaissance par le Tribunal fédéral. Au contraire, la jurisprudence récente donne l'impression que le Tribunal fédéral essaye de contenir au mieux le concept, en évitant qu'il « *contamine* » d'autres domaines du droit privé⁸⁹⁴.

Dans le même élan, il convient de relever que la définition de la notion d'illicéité de comportement semble se resserrer et ne permet de prendre en compte

⁸⁹⁴ Fellmann, *Normativierung*, p. 27.

les atteintes constitutives d'une infraction pénale, que si tous les éléments constitutifs objectifs de celle-ci sont remplis⁸⁹⁵.

Il est dès lors difficile de se prononcer quant à l'émergence possible de nouvelles théories du dommage.

La question principale est celle relative à l'exigence d'une diminution effective du patrimoine. De nombreux auteurs considèrent que cette exigence est totalement dépassée dans la société moderne. Au-delà du côté vieilli de la théorie, ils lui reprochent même d'être dangereuse en ne prenant en compte que les atteintes ayant une valeur économique, au détriment des biens écologiques ou de la capacité de travail d'une personne inactive, à l'instar du célèbre cas du moine incapable de travailler, mais qui n'exerce pas d'activité économique⁸⁹⁶.

C'est toute l'importance de la vision normative du dommage qui permet justement d'appréhender les dommages, indépendamment de toute diminution effective du patrimoine. Le Tribunal fédéral ne choisit point cette voie. Notre instance suprême se cantonne à l'exigence de cette diminution de patrimoine, quitte à en oublier l'intérêt subjectif propre du lésé à ce que le dommage ne se soit pas produit. Le risque principal avec cette approche restrictive est que, si le bien détruit n'a pas de valeur économique, la théorie de la différence ne lui permet pas de se voir allouer une somme permettant de remplacer le bien. Car en effet, son patrimoine ne se retrouve pas appauvri.

Dans l'affaire relative aux arbres détruits, le Tribunal fédéral prend en compte l'intérêt subjectif du lésé au maintien de son patrimoine. Même si le terrain a en fait augmenté de valeur suite à la destruction de ceux-ci, il met en avant l'intérêt des lésés à ce que leur terrain ne soit pas détruit, indépendamment de

⁸⁹⁵ Voir l'ATF 133 III 323, dans lequel le Tribunal fédéral a considéré que le blanchiment d'argent « par négligence » n'était pas illicite au sens de l'article 41 al. 1 CO ; Corboz/Fleury, pp. 258-262.

⁸⁹⁶ Il s'agit d'un cas fictif discuté par le professeur Peter Jäggi en 1966. Il se posait la question de savoir si un moine n'exerçant pas d'activité lucrative pouvait, en l'absence de toute perte de gain effective, se prévaloir d'un dommage causé à sa capacité théorique de gain. L'avis de droit, ainsi qu'une discussion a été reproduit dans HAVE 3/2004, pp. 245-259.

toute diminution du patrimoine. En faisant abstraction de la valeur de la chose détruite, il démontre que tout en restant dans le cadre classique de la théorie de la différence, il est tout à fait possible de prendre en compte d'autres types de dommages que ceux qui tombent exactement sous la formulation peut-être trop étroite de la théorie de la différence.

L'arrêt du Tribunal fédéral qui avait refusé d'indemniser la veuve s'étant vu expropriée de son terrain est aussi une bonne illustration. Dans la mesure où la demanderesse avait été indemnisée pour l'expropriation de son terrain, elle ne subissait pas de perte patrimoniale. Dès lors, malgré une négligence professionnelle grave de son avocat qui avait eu pour conséquence l'irrecevabilité de son recours, la demanderesse ne pouvait prétendre à aucune somme en matière de dommages et intérêts. Les critères du tort moral n'étaient pas remplis, malgré une violation grave de l'obligation contractuelle du mandataire. Cet arrêt rend perplexe, car il laisse totalement démunie la victime de ladite violation. On pourrait certes objecter qu'il aurait été loisible à la demanderesse d'inclure une clause pénale dans le contrat. Mais dans un domaine régi par les us et coutumes des avocats et un modèle type de procuration, il n'est pas possible d'exiger de chacune des parties de sauvegarder ses intérêts au moyen de clauses fort techniques à rédiger.

Les dommages à l'environnement posent aussi de difficiles problèmes. C'est notamment le cas dans les affaires relatives aux poissons morts de la Broye ou dans l'affaire du gypaète barbu. Faute d'être propriétaires ou possesseurs des poissons ou de l'oiseau de proie, les collectivités publiques ou bien le groupement qui a réintroduit l'oiseau ne peuvent, faute de légitimation active, faire valoir leur droit contre le responsable de la pollution ou de la mort de l'oiseau. La théorie de la différence les empêche dès lors de faire valoir l'étendue de leur droit et offre une impunité choquante à l'auteur du dommage.

Il y a donc matière à réforme. Nous verrons lorsque nous discuterons de l'avant-projet de révision suisse, que le projet offre des solutions modérées et flexibles qui permettent de ne pas perdre les avantages du système actuel tout en répondant de manière idoine aux défis posés par les dommages causés à l'environnement.

Le choix fondamental nous semble être la distinction entre l'indemnisation en nature ou par le biais d'un équivalent.

La formulation du Tribunal fédéral dans l'affaire des arbres coupés sans droit nous semble être un excellent critère à l'aune duquel on peut mesurer si la prise en compte de l'intérêt à l'intégrité du patrimoine du lésé doit être envisagée. Si l'intérêt de celui-ci est tangible « *sachlich* » il doit d'être pris en compte. Il s'agit en fait d'une double démarche. Dans un premier temps, on subjectivise l'intérêt du lésé à la réparation en nature. Dans un deuxième temps, on analyse objectivement si cet intérêt est tangible et mérite une protection de la part de l'ordre juridique. Il en irait ainsi par exemple pour le dommage écologique qui, d'un point de vue objectif, représente une valeur émergente et largement partagée par la communauté. Par contre, dans le cas d'un automobiliste qui se plaint de ce que sa nouvelle voiture a été endommagée par un minuscule caillou ayant provoqué une marque non visible à l'œil nu et n'entraînant pas de diminution de patrimoine, il serait douteux de considérer que cet intérêt soit « *sachlich* » et considéré comme objectif.

B. La fonction du droit de la responsabilité civile

La question sous-jacente au débat sur le droit suisse que nous avons analysée est celle de la fonction du droit de la responsabilité civile. En effet, s'interroger sur la détermination idoine du dommage revient également à se demander quelle fonction le dommage doit avoir en droit de la responsabilité civile⁸⁹⁷.

Si l'interprétation de la *lex Aquilia* par les jurisconsultes classiques a mis en avant la finalité protectrice de cette législation sur le patrimoine du lésé, cet axiome réparateur nous semble contesté dans la doctrine la plus récente en droit suisse, alors que la doctrine plus ancienne soulignait à l'instar du droit romain la fonctionnalité protectrice du droit de la responsabilité civile⁸⁹⁸.

⁸⁹⁷ Serozan, *Tendenzen zur Normativierung*, pp. 448 ss.

⁸⁹⁸ Engel, *Traité*, p. 472 : « *La fin de la législation en matière de responsabilité civile étant la réparation, il faut logiquement qu'il y ait dommage pour que les règles en la matière s'ap-*

Il n'est ainsi pas surprenant de constater que ce sont les auteurs qui critiquent la théorie de la différence de la manière la plus virulente qui considèrent que le droit de la responsabilité civile ne possède pas qu'une finalité de nature réparatrice. Certains auteurs parlent ainsi de l'indemnité comme d'une « sanction »⁸⁹⁹.

Au contraire, selon la tradition suisse, l'indemnité ne peut avoir de fonction punitive, mais pour seul but de replacer le lésé dans la situation qui aurait été la sienne si le dommage n'était pas survenu. Il ne s'agit dès lors pas d'un but punitif, mais de restitution.

Nous verrons dans la partie qui va suivre et que nous consacrerons à l'avant-projet de révision et d'unification du droit de la responsabilité civile que cette révision ne change pas fondamentalement la nature de la notion de dommage. Celle-ci garde une composante éminemment patrimoniale et ne vise en aucun cas à punir l'auteur du dommage, mais à le condamner à indemniser sa victime.

pliquent. Ce truisme permet de rappeler que le droit civil a pour but de réparer et non de punir. Une tentative d'acte dommageable ne donne lieu à aucune réparation. »

⁸⁹⁹ Dupont, *Dommage*, p. 478, explique ainsi que : « [...] 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. »

§ 25. Résumé conclusif de la troisième partie

Cette partie consacrée au droit suisse nous a permis de démontrer que ni le Code fédéral des obligations de 1881, ni le Code des obligations actuel ne contenaient de définition du terme de dommage. C'est la jurisprudence qui a sculpté les contours de la notion. Le Tribunal fédéral n'a pas immédiatement posé que le dommage devait être nécessairement de nature patrimoniale. L'indemnité devait viser la réparation en nature et, si celle-ci n'était pas possible, la compensation de l'intérêt du lésé à ce que le dommage ne se soit pas produit.

C'est dans l'après-guerre que la jurisprudence du Tribunal fédéral s'est durcie, insistant sur le fait que le dommage devait nécessairement revêtir une composante économique et excluant le préjudice d'affection. C'est finalement en 1971 que l'instance suprême donnait au dommage sa définition actuelle en le faisant équivaloir à la théorie de la différence, soit à une diminution effective du patrimoine de la victime se manifestant sous la forme d'une perte éprouvée ou d'un gain manqué.

Cette façon de verrouiller la théorie du dommage dans celle de la différence comporte une erreur dogmatique en ce sens qu'elle supprime la notion d'intérêt du lésé à la non-survenance du dommage, à la base de la notion évolutive du dommage que nous ont laissée les jurisconsultes romains. C'est un raccourci de faire équivaloir dommage et diminution de patrimoine. Il faudrait commencer par l'intérêt du lésé à la non-survenance du dommage. S'il s'agit d'une atteinte à un bien ne possédant pas de valeur patrimoniale, la réparation en nature doit être prise en considération. C'est ce qu'a fait récemment

le Tribunal fédéral dans l'affaire des arbres coupés sans droit, en mettant en avant la théorie de la différence corrigée par la prise en compte de l'intérêt subjectif du lésé. Cette composante subjective se manifeste sous la forme du droit au maintien de la propriété du lésé, même dans un cas où il n'y a pas de diminution effective de patrimoine. Cet intérêt subjectif garantit ainsi l'intérêt à l'intégrité du patrimoine de la victime qui est une forme de réparation en nature. Cette jurisprudence ayant été confirmée encore récemment dans un arrêt non publié, il convient de considérer que cet intérêt subjectif du lésé au maintien de son patrimoine fait partie intégrante de la définition du dommage au sens du Tribunal fédéral, quand bien même elle n'apparaît pas dans la formulation standard de la notion de dommage.

Pour un dommage de nature patrimoniale, la théorie de la différence reste la meilleure solution, en n'oubliant pas de poser que ce n'est que la partie du patrimoine du lésé affectée par l'événement dommageable qui doit d'être examinée, et non le patrimoine dans sa globalité.

Cette théorie de la différence imprègnera à notre sens encore longtemps la jurisprudence postérieure du Tribunal fédéral. Notre plus haute instance lui accordera ses faveurs en rejetant sur sa base toute nouvelle tentative de définition du dommage qui a pour effet de lui faire perdre la maîtrise et la prévisibilité de sa jurisprudence future. Il en ira ainsi du dommage de frustration, de la théorie de la commercialisation ou récemment de la perte d'une chance.

Seul le dommage ménager ouvrira une brèche dogmatique dans la théorie de la différence, sous la forme du dommage normatif, non constitutif d'une diminution effective de patrimoine. Loin de calmer les ardeurs de la doctrine, cette brèche menaçait de mettre en cause le système, ce qui a amené le Tribunal fédéral à circonscrire de manière très stricte le dommage ménager et à limiter la portée du concept de dommage normatif.

La naissance d'un enfant non désiré a été considérée par l'autorité judiciaire suprême comme une atteinte au patrimoine des parents. Pour fonder son raisonnement, elle a eu recours à la théorie de la différence, qui possède le très grand avantage de se concentrer sur la réalité de la perte financière, indépen-

damment de la prise en considération de toute valeur de nature éthique ou morale.

Nous montrerons dans la dernière partie de notre thèse que la théorie de la différence, aussi critiquable soit-elle, demeure un instrument essentiel de la détermination du dommage qui est au centre des quatre projets de révision que nous allons discuter.

Quatrième partie : Le droit européen

**Les projets de réforme ou l'éclatement de la notion
de dommage patrimonial**

Les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites : qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir ; qu'il faut laisser le bien, si on est en doute du mieux ; qu'en corrigeant un abus, il faut encore voir les dangers de la correction même ; qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection, dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative ; qu'au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer ; que l'histoire nous offre à peine la promulgation de deux ou trois bonnes lois dans l'espace de plusieurs siècles.

Extrait du discours préliminaire du premier projet de Code civil français présenté par MM. Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu et Maleville

§ 26. L'élan de révision et d'harmonisation en droit de la responsabilité

Le droit de la responsabilité civile donne l'impression qu'il est figé et incapable d'évoluer. Notre thèse pourrait laisser entendre que la marge est minime, qu'en matière de dommage, tout a déjà été dit et proposé, et notre analyse du droit suisse laisser supposer que le concept du dommage est inapte à sortir du cadre étroit qui lui a été fixé par sa définition insistant sur la perte économique.

Ce sentiment est loin de se vérifier dans la dogmatique en cours. En effet, quatre projets de révision du droit de la responsabilité civile sont actuellement en discussion à différents niveaux en Suisse, en Autriche, en France et en Turquie. Un autre encore, à l'échelle européenne, est à l'étude sous la forme des *European Principles of Tort Law* (ci-après PETL).

Le fait que ces cinq projets coexistent démontre tout d'abord que le droit de la responsabilité civile, juste après celui de l'harmonisation du droit contractuel⁹⁰⁰, est au centre de la réflexion juridique européenne.

Ils contiennent tous des dispositions novatrices en matière de dommage qui corrigent et se proposent d'amender certaines des difficultés que nous avons mentionnées, et de se réapproprier une vision contemporaine et moderne de

⁹⁰⁰ On pensera, par exemple, au projet Lando (*Principles of European Contract Law, Parts I and II*, O. Lando & H. Beale éd., La Haye etc., 2000) ou aux *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, 2004, qui cristallisent la discussion d'harmonisation européenne et mondiale du droit contractuel.

la notion de dommage. Un autre projet, celui de von Bar, que nous n'étudierons pas dans la présente thèse, s'est également attelé à une unification du droit privé de la responsabilité civile au niveau européen⁹⁰¹. Nous n'examinerons pas non plus le projet de réforme turc, car nous ne parlons pas cette langue et avons estimé ne pas pouvoir analyser la doctrine y relative⁹⁰².

Il est intéressant de relever que tous ces travaux examinent la figure du dommage en mettant au premier plan des notions que nous avons traitées en droit romain et en droit suisse, à l'exemple de l'intérêt du lésé, du préjudice d'affection, ou de la réparation en nature. De plus, les quatre projets que nous discuterons contiennent tous en eux, d'une certaine manière, une réception de la théorie de la différence, théorie fortement critiquée en doctrine suisse, mais qui garde les faveurs des initiants des nouveaux projets.

Nous allons dès lors nous livrer à l'analyse de ces quatre projets de réforme en centrant bien évidemment notre discussion sur la notion de dommage et le traitement qui lui est donné dans ces différents textes.

Notre analyse du droit suisse, la plus détaillée, visera à discuter de la compatibilité du projet avec le droit existant. Nous essayerons de démontrer que loin d'opérer une rupture nette avec la tradition, le projet suisse offre un système cohérent, qui apporte des solutions judicieuses, tout en permettant de traiter les cas difficiles de manière efficace.

En ce qui concerne les droits autrichien, français et les principes PETL nous exposerons les principales lignes de ces projets, en concentrant notre analyse sur la problématique liée à la notion de dommage et la manière dont la notion est appréhendée de façon moderne, par la prise en compte des figures de la réparation en nature, du dommage patrimonial, ou des intérêts de nature purement idéale.

901 Les principes sont disponibles à l'adresse Internet suivante : www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm (Study Group on a European Civil Code, version 2006).

902 La traduction française non officielle du projet turc dans sa version de 2007 par Monsieur le professeur H. Burcuoglu est toutefois accessible dans l'ouvrage édité par Bénédicte Winiger, *La responsabilité civile européenne de demain*, Genève, 2008, pp. 331-337.

§ 27. L'avant-projet d'unification et de révision du droit suisse de la responsabilité civile

A. Les idées directrices et la genèse de l'avant-projet suisse

L'avant-projet suisse concrétise un vieux rêve qui trouve son origine dès l'année 1903, dans la contribution du professeur Burckhardt qui appelait de ses vœux une réforme du droit de la responsabilité civile⁹⁰³. Les professeurs Stark et Gilliard l'ont reprise dans deux rapports parus en 1967 dans le cadre d'un colloque de la Société suisse des juristes. Réunie en assemblée générale, celle-ci adopta à l'unanimité une résolution allant dans le sens de l'unification du droit de la responsabilité civile⁹⁰⁴.

En 1991, une commission d'étude publiait de nombreuses thèses sur l'avenir du droit de la responsabilité civile⁹⁰⁵. Ces idées ont été concrétisées par les professeurs Pierre Wessner et Pierre Widmer dans un avant-projet de révision et d'unification du droit de la responsabilité civile⁹⁰⁶ assorti d'un commentaire publié en 1997⁹⁰⁷.

903 Burckhardt, *Revision*, pp. 469 ss.

904 RDS 1967 II p. 819 ; pour plus de détails sur l'historique, Tercier, *Chronique d'une mort annoncée*, p. 28.

905 Rapport de la commission d'étude 1991, pp. 215 ss.

906 Révision et unification du droit de la responsabilité civile, projet, Berne, 1997, ci-après Avant-projet suisse.

907 Révision et unification du droit de la responsabilité civile, rapport explicatif, Berne, 1997, cité Rapport explicatif suisse.

Le projet a pour but d'unifier tout le droit de la responsabilité civile suisse, à l'exception des lois spéciales, en un seul corps de règles cohérentes comme l'avait exigé la commission de 1991 en « *tenant compte de toutes les normes et réglementations du droit positif qui prévoient directement une compensation du dommage ou qui influencent celle-ci d'une manière ou d'une autre* »⁹⁰⁸.

En raison du manque d'empressement du pouvoir politique pour le projet, ainsi que de par l'opposition des milieux économiques et des assureurs qui craignent une augmentation de la charge financière des dommages et intérêts plus lourds à payer, le projet a été malheureusement condamné à une mort injuste⁹⁰⁹. Une petite faiblesse du projet résidait peut-être dans le fait dénoncé de manière outrancière par les milieux économiques, selon lesquels il s'agirait d'un *droit de professeur* qui ne prend pas assez en compte la réalité économique à laquelle sont confrontées les entreprises suisses évoluant dans un marché global et mondialisé. Les résultats de la procédure de consultation semblent démontrer cet état de choses⁹¹⁰. Cette petite réserve mise à part, touchant plus à l'analyse économique du droit qu'à la technique juridique, le projet suisse est extrêmement abouti et mérite une analyse approfondie. Son influence se fait d'ailleurs sentir tant dans les principes PETL que dans les projets autrichien ou français.

Un récent communiqué de presse du Conseil fédéral⁹¹¹ annonce que si le gouvernement souhaite réviser tout le droit de la prescription, qui nécessite à l'évidence d'importants remaniements, il décide de renoncer à réviser celui de la responsabilité civile suisse :

Le Conseil fédéral a décidé au terme de sa discussion de ne pas poursuivre le projet, envoyé en consultation en 2000, qui visait à une réforme et à une unification du droit de la responsabilité civile. La consultation

908 Rapport explicatif suisse, pp. 16-17.

909 Pour une analyse dénonçant à raison l'inertie ainsi que la frilosité du législateur suisse, voir Tercier, *Chronique d'une mort annoncée*, pp. 25 ss.

910 Réponses à la procédure de consultation, pp. 61 ss.

911 Communiqué de presse du 21 janvier 2009 accessible sur www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht.html (dernière consultation le 2 février 2019).

a mis en évidence l'impossibilité de trouver un consensus sur la plupart des nouvelles règles proposées. De plus, l'avant-projet est déjà obsolète sur certains points.

Le Conseil fédéral ne pense pas que l'institution d'une commission d'experts permettrait d'obtenir un meilleur résultat. La réforme et l'unification de ce domaine du droit sont surtout, estime-t-il, un souhait émanant des milieux universitaires. Le fait que les principes du droit de la responsabilité civile sont souvent non pas fixés dans la loi, mais établis par la jurisprudence ne gêne pas les praticiens. Sur le plan politique, ce ne sont pas les questions de systématique mais les solutions apportées aux problèmes concrets de la société qui viennent au premier plan. En sont témoins les dispositions plus strictes en matière de responsabilité civile adoptées ces dernières années dans le domaine de la biotechnologie et du génie génétique.

Notre étude étant consacrée au dommage, nous mentionnerons seulement qu'il nous semble loin d'être évident d'affirmer que la responsabilité pour risque (art. 50 APS) ou la responsabilité dans les entreprises (art. 49a APS) ne sont pas nécessaires.

L'abandon de la réparation du préjudice environnemental (art. 45d APS) nous paraît impossible à défendre⁹¹², car le projet comble une véritable lacune du code, que même le Tribunal fédéral se refuse à pallier, laissant en droit suisse un vide juridique qui a pour effet que l'environnement n'est pas protégé de manière adéquate.

Le projet apportait aussi certaines définitions bienvenues, surtout en matière de perte d'usage d'une chose (art. 45c APS) ou de définition des postes complémentaires du dommage (art. 45c APS).

Il n'en demeure pas moins que ces diverses polémiques n'ont pas de réelle influence sur le sujet de notre étude. En effet, l'avant-projet ne contient pas de décisions vraiment novatrices en ce qui concerne la notion de dommage,

⁹¹² Voir *infra* p. 355.

mis à part le dommage écologique. L'avant-projet se refuse d'ailleurs probablement à raison de définir la notion, se contentant de distinguer entre le dommage patrimonial, du tort moral, du dommage purement économique.

Les craintes suscitées dans certains milieux d'une éventuelle américanisation du droit ne sont ainsi point fondées sur cette question. L'introduction de la clause générale pour le risque ne joue aucun rôle dans la matière que nous considérons. L'avant-projet n'introduit pas les dommages et intérêts punitifs à l'instar de ce que prévoit le projet français. De même, aucune volonté d'introduire une *class action* selon le modèle américain n'est prévue.

B. Analyse du traitement de la notion de dommage dans le projet suisse

1. Généralités

Tout comme le régime actuel contenu à l'article 41 CO, la notion de dommage n'est pas définie de manière positive dans l'avant-projet⁹¹³. L'article 45 APS mentionne que « *le dommage comprend le dommage patrimonial et le tort moral* »⁹¹⁴. Ce diptyque entre dommage patrimonial et tort moral semble aller de soi et ressortir de l'évidence, mais notre analyse des projets européens aura tôt fait de nous convaincre que le droit suisse offre une clarté sur ce point que d'autres projets ne possèdent pas.

Les auteurs de l'avant-projet exposent qu'ils ont volontairement renoncé à définir cette notion complexe⁹¹⁵. Il est important de considérer que pour Wid-

913 « *Suivant les constatations de la commission d'étude, les auteurs de l'avant-projet observent que la question du dommage et de son calcul est intimement liée à celle de la réparation et que, en ce domaine, il est inopportun, voire irréaliste, d'envisager une réglementation complète* » Widmer/Wessner, Rapport explicatif, p. 336.

914 Selon les auteurs de l'avant-projet : « *Ces deux formes de dommage se distinguent selon que le fait générateur de responsabilité entraîne pour la victime des conséquences patrimoniales ou affecte sa personnalité.* » Widmer/Wessner, Rapport explicatif, p. 76.

915 « *Les auteurs de l'avant-projet ont jugé inutile que la loi pose une définition positive du dommage patrimonial. Ce dommage correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine et le montant que ce dernier aurait atteint si le fait dommageable n'était pas survenu. Un désavantage qui ne se traduit pas par une perte pécuniaire, comme l'est selon la jurisprudence le soi-disant préjudice de frustration résultant de vacances gâchées, ne constitue*

mer/Wessner, la théorie de la différence reste le fondement principal de l'idée de dommage patrimonial, et que sur ce point il n'y a pas de remise en cause fondamentale de ce concept⁹¹⁶. Les auteurs constatent que tous les dommages ne peuvent être réparés et qualifient le dommage juridique au sens du terme en *dommage réparable* qu'ils connotent d'une légère teinte normative⁹¹⁷.

L'article 45 al. 2 APS dispose que le dommage patrimonial comprend les catégories mentionnées aux articles 45a à 45d APS, ainsi que le dommage purement économique. Ces différents types de dommages patrimoniaux se composent du dommage causé par l'atteinte à la vie et ses conséquences (art. 45a APS), l'atteinte à l'intégrité corporelle et psychique (art. 45b APS), aux atteintes causées aux choses (art. 45c APS), de même qu'aux atteintes portées à l'environnement (art. 45d APS).

Ce choix peut sembler curieux et porte justement à discussion. À l'instar de Koziol⁹¹⁸, nous exprimons nos doutes quant à la validité dogmatique de cette proposition de rajouter un troisième type de dommages, à savoir les atteintes à l'environnement. Les dommages matériel et immatériel sont les deux seuls types de dommages, sans qu'il soit nécessaire d'en rajouter un troisième très difficile à concevoir⁹¹⁹. Au demeurant, la jurisprudence du Tribunal fédéral permet déjà d'appréhender le dommage écologique⁹²⁰.

donc pas un dommage patrimonial, ou un dommage normatif, selon une expression utilisée en Allemagne et reprise récemment par le TF. Il peut suivant les circonstances engendrer un tort moral » Widmer/Wessner, Rapport explicatif, p. 79.

916 *Ibid*, p. 79.

917 « Il en découle que l'avant-projet appréhende l'essentiel, tout en mentionnant les principaux types de dommages réparables. Cette dernière expression peut paraître à première vue tautologique. Elle révèle pourtant que la notion de dommage comporte une connotation normative en droit de la responsabilité civile. Certains dommages en effet ne sont pas réparables, non parce qu'on ne peut les réparer, mais parce qu'on ne veut pas les réparer » Widmer/Wessner, Rapport explicatif, pp. 76-77.

918 Koziol, *Der Schweizer Vorentwurf*, p. 148.

919 Koziol, *Der Schweizer Vorentwurf*, p. 148 : « Nicht sehr glücklich scheint mir Art. 6 Abs. 1 VE [en fait art. 45 al. 2 APS], der neben dem Vermögen- und dem immateriellen Schaden noch "weitere Schadensposten" kennt. Mit den materiellen und den immateriellen Nachteilen sind jedoch schon Schäden erfasst, so dass es kein dritte Schadenskategorie mehr geben kann. »

920 Cf. *supra* § 23 B. ATF 129 III 331 consid. 2.2.

Les atteintes de nature non patrimoniale sont énoncées pour leur part à l'article 45e APS. Cet article définit la notion de tort moral en ces termes : « *La personne qui subit une atteinte à sa personnalité a droit à satisfaction pour tort moral, si la gravité de l'atteinte, notamment les souffrances physiques ou psychiques, le justifie.* »

Il y a dès lors une dichotomie de la notion de dommage, comme on l'a exprimé d'ailleurs en droit actuel entre le dommage de nature patrimoniale et le dommage immatériel, sous la forme de la notion de tort moral⁹²¹. Les auteurs de l'avant-projet définissent ce dernier en s'inspirant d'une théorie défendue par Tercier comme *une diminution involontaire du bien-être [...] qu'une personne subit à la suite d'une atteinte à sa personnalité*⁹²². Il est ainsi fondamental de relever que cette définition est calquée sur la théorie de la différence, en ce sens que le critère décisif se retrouve dans une diminution du bien-être qui devient un bien juridique dont la perte de valeur doit être quantifiée.

L'article 45f de l'avant-projet contient encore une disposition sur les postes complémentaires du dommage. Il comprend ainsi les mesures prises de bonne foi par le lésé pour prévenir une atteinte imminente, de même que celles prises pour atténuer les conséquences d'une atteinte actuelle ou déjà survenue. L'alinéa 2 de l'article 45f précise que les frais effectués de bonne foi par le lésé pour faire valoir sa prétention sont aussi compris dans les postes complémentaires du dommage.

921 « *Ces deux formes de dommage se distinguent selon que le fait générateur de responsabilité entraîne pour la victime des conséquences patrimoniales ou affecte sa personnalité* » Widmer/Wessner, Rapport explicatif, p. 76.

922 Widmer/Wessner, Rapport explicatif, p. 88.

2. Le dommage patrimonial en cas d'atteinte à la vie

L'article 45a APS dispose qu'en cas de mort d'homme, le préjudice réparable comprend deux postes⁹²³. Premièrement, celui des frais qui résultent immédiatement de l'atteinte, notamment ceux d'inhumation. Cette règle correspond presque mot pour mot à la définition donnée par l'actuel article 45 al. 1 CO. Le deuxième poste est composé de l'article 45a al. 2 APS qui dispose que si la mort a privé des personnes de leur soutien, ce dommage est également réparable. De manière similaire, la teneur de l'article 45a al. 2 APS correspond à l'actuel article 45 al. 3 CO.

L'article 45a APS retranche toutefois l'actuel alinéa 2 de l'article 45 CO qui énonce les frais de traitement ainsi que le préjudice résultant de l'incapacité de travail lorsque la mort n'est pas survenue immédiatement. En effet, les auteurs estiment cette disposition inutile⁹²⁴ dans la mesure où cet article n'apporte rien de nouveau à la règle du dommage patrimonial.

3. Le dommage patrimonial en cas d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique

L'article 45b APS reprend le principe contenu à l'article 46 CO. L'article 45b APS dispose qu'en cas de lésions corporelles, le dommage réparable comprend les frais de traitement, le manque à gagner ou toute autre perte résultant de l'incapacité de travail et de l'atteinte à l'avenir économique⁹²⁵. Il convient de comprendre de la note marginale de cet article 45b APS que, sous l'expression de lésions corporelles, se cachent à la fois les lésions à l'intégrité physique et psychique.

923 Widmer/Wessner, Rapport explicatif, p. 80.

924 En effet, Widmer/Wessner, Rapport explicatif, p. 80, estime à raison que la règle est superflue car la créance est fondée sur l'actuel art. 46 CO (art. 45b APS) et que cette créance passerait aux héritiers au sens de l'article 560 CC.

925 Widmer/Wessner, Rapport explicatif, pp. 80-81.

L'avant-projet renonce toutefois à reprendre la règle contenue à l'article 46 al. 2 CO. En effet, les initiateurs du projet considèrent que cette règle offrant un délai de deux ans au juge pour réserver son jugement n'a plus de raison d'être, car son application pose des problèmes pratiques et était de toute manière exceptionnelle⁹²⁶.

Le projet n'aborde pas la problématique des calculs des rentes en matière de dommage corporel ou de perte de soutien⁹²⁷. La question du calcul de ces rentes et leur détermination sont laissées à la seule jurisprudence⁹²⁸.

Dans la pratique, les praticiens ont recours aux tables de capitalisation de Stauffer et Schaetzle qui ont depuis quelques années été compilées sur un logiciel. La manipulation de ces tables de même que leur emploi sont techniques et ne reflètent pas, selon certains auteurs⁹²⁹, la réalité de ce qu'exige le texte légal.

4. Le dommage en cas d'atteinte aux choses

L'article 45c APS se divise en trois alinéas offrant des règles à la foi connues et novatrices. Les deux premiers opèrent la distinction entre le dommage total et le dommage partiel. Le troisième pose la question de l'indemnisation de la perte d'usage d'une chose.

La volonté des auteurs vise à introduire des dispositions régissant la prise en compte du dommage matériel, car de telles dispositions n'existent pas de manière générale en droit actuel⁹³⁰.

⁹²⁶ Widmer/Wessner, Rapport explicatif, p. 81.

⁹²⁷ En effet, sur ces questions, le droit est otage d'une casuistique extrêmement difficile à maîtriser et repose sur des tables de calcul émanant d'une association privée, ce qui pose à notre sens un sérieux problème de légitimité démocratique et d'accessibilité à la loi.

⁹²⁸ Pour une vision récente défendant le système actuel, voir Weber S., *Vereinfachung, Visionen und Illusionen*, pp. 291 ss.

⁹²⁹ Voir notamment, Brehm, *Herausfordernde Gedanken*, pp. 323 ss.

⁹³⁰ Widmer/Wessner, Rapport explicatif, p. 82 ; les règles spéciales qui existent en la matière ont déjà été mentionnées dans notre analyse détaillée du droit suisse, cf. *supra* § 23.

Cet article a pour but de donner une définition minimale de certains concepts, car les auteurs, qui reprennent en cela l'avis de la commission d'étude, craignent qu'une réglementation détaillée de cette problématique complexe ne conduise la pratique à donner des réponses *a contrario* en se basant sur ces dispositions⁹³¹. Dès lors, l'avant-projet se contente de poser quelques principes de base *afin de faciliter la mise en œuvre de la réparation et de créer un parallèle avec les autres types de dommage patrimonial*⁹³². Le projet ne vise ainsi pas l'exhaustivité, mais expose quelques lignes directrices quant à la manière de calculer le dommage causé aux choses.

Comme mentionné, l'article 45c APS se divise en trois alinéas qui disposent respectivement du dommage matériel total, du dommage partiel et enfin de la compensation de la perte d'usage.

Le premier alinéa traite de la question du dommage causé à la chose en cas de destruction totale, ou lorsque la réparation est impossible, voire économiquement contre-indiquée⁹³³. En cas de destruction totale, le dommage réparable correspond au coût d'acquisition d'une chose équivalente à l'état neuf⁹³⁴. Comme le soulignent les auteurs de l'avant-projet, cet alinéa ne consiste qu'en un canevas qui n'a aucune volonté de tendre à l'exhaustivité⁹³⁵. La mission d'en préciser les contours appartient essentiellement à la jurisprudence⁹³⁶. Cette manière de procéder concrétise la méthode d'évaluation subjective de la chose qui met essentiellement en avant *l'intérêt que représentait la chose dans le patrimoine de la victime*⁹³⁷. Cette valeur subjective peut, comme nous l'avons vu, être plus élevée ou égale à sa valeur objective⁹³⁸. Cette manière de déterminer le dommage n'est pas nouvelle et concrétise le *id quod interest* romain qui est similaire à ce que le Tribunal

931 Widmer/Wessner, Rapport explicatif, p. 82 : « [La commission d'étude] craignait aussi qu'une réglementation ne conduise la pratique à donner des réponses *a contrario* non souhaitables aux questions qui ne seraient pas expressément appréhendées par la loi. »

932 Widmer/Wessner, Rapport explicatif, p. 82.

933 Widmer/Wessner, Rapport explicatif, p. 82.

934 Widmer/Wessner, Rapport explicatif, p. 82.

935 Widmer/Wessner, Rapport explicatif, p. 82.

936 Widmer/Wessner, Rapport explicatif, p. 82.

937 Widmer/Wessner, Rapport explicatif, p. 82.

938 Widmer/Wessner, Rapport explicatif, p. 82.

fédéral a jugé dans le cas du terrain qui ne perdait pas de valeur suite à la coupe illicite de plusieurs arbres⁹³⁹.

Si la chose est sujette à dépréciation, l'indemnité accordée peut être réduite en considérant un amortissement équitable. Les auteurs se contentent à ce sujet de renvoyer à la doctrine établie en la matière énonçant qu'il appartiendra au juge de faire usage de son pouvoir d'appréciation⁹⁴⁰. Pour les objets usuels, cette valeur doit se calculer à la *valeur d'utilisation qu'ils représentent pour la personne lésée*⁹⁴¹.

L'alinéa 2 dispose qu'en cas de dommage partiel de la chose le dommage comprend les frais de réparation, ainsi qu'une éventuelle moins-value résultant du fait que la chose a été endommagée.

L'alinéa 3 de l'article 45c APS a créé le plus de discussions. Il prévoit en effet que lorsque la chose atteinte était nécessaire ou utile à la personne lésée, notamment en raison de son usage professionnel, le dommage réparable comprend également les frais de location d'une chose équivalente. Le gain manqué résultant de l'indisponibilité de la chose pendant la période de remplacement doit aussi être indemnisé, pendant la durée de réparation de la chose, ou le temps d'acquisition d'une chose nouvelle.

Cette règle a été critiquée par la doctrine qui la trouve trop restrictive. De l'avis même des auteurs de l'avant-projet, cet article vise à éviter que toute perte d'usage puisse donner lieu à des indemnisations superflues⁹⁴². Il veut clairement empêcher les abus auxquels peuvent conduire les théories jumelles de la commercialisation et de la frustration⁹⁴³. On assiste sur ce point à un alignement des auteurs suisses sur la jurisprudence et la doctrine allemandes qui n'ont accepté la théorie de la frustration qu'en cas de perte d'usage d'un véhicule utilisé à des fins professionnelles.

939 ATF 129 III 331, cf. *supra*, p. 231.

940 Widmer/Wessner, Rapport explicatif, p. 83.

941 Widmer/Wessner, Rapport explicatif, p. 83.

942 Widmer/Wessner, Rapport explicatif, p. 83.

943 Pour une définition de ces concepts, voir *supra*, p. 317.

Cet alinéa limite certes la prise en compte de la théorie de la frustration ainsi que celle de la commercialisation, mais n'offre rien de véritablement nouveau en la matière que la jurisprudence du Tribunal fédéral n'ait déjà tranché.

5. Le dommage en cas d'atteinte à l'environnement

C'est la principale innovation de l'avant-projet suisse⁹⁴⁴. Nous avons démontré dans la partie consacrée au droit suisse que celui-ci connaît de véritables lacunes en matière de dommage écologique. En effet, que ce soit dans l'affaire du repoissonnement de la rivière Broye⁹⁴⁵, ou dans l'affaire du gypaète barbu⁹⁴⁶, le Tribunal fédéral a toujours refusé de considérer que le dommage réparable au sens de la théorie de la différence puisse englober les cas dans lesquels la victime du dommage ne bénéficiait pas d'un droit réel sur les espèces tuées. De la même façon, la manière restrictive dont est envisagée la notion de possession a pour conséquence qu'en cas de catastrophe écologique, aucune collectivité publique ne pourra être titulaire d'une quelconque possession sur un animal sauvage.

L'article 45d APS comble cette lacune. Son premier alinéa dispose que le dommage réparable comprend notamment les frais résultant des mesures prises de bonne foi par le lésé pour (1) prévenir une atteinte imminente ; (2) atténuer les conséquences de l'atteinte actuelle ou survenue ; (3) restaurer les composantes détruites ou détériorées de l'environnement, ou y introduire un équivalent.

L'alinéa 2 de l'article 45d APS précise que lorsque les composantes de l'environnement menacées, détruites ou détériorées ne font pas l'objet d'un droit réel ou que l'ayant droit ne prend pas les mesures commandées par les circonstances, le droit à réparation appartient à la collectivité publique compé-

⁹⁴⁴ Pour une étude détaillée des raisons de l'introduction de cet article et son rapport avec la législation sur l'environnement, voir Widmer/Wessner, Rapport explicatif, p. 85.

⁹⁴⁵ ATF 90 II 417.

⁹⁴⁶ Arrêt non publié du 20 février 2004 4C.317/2002, voir son analyse *supra* au § 19, p. 276.

tente ou à certaines organisations nationales et régionales de protection de la nature⁹⁴⁷. Cette adjonction de qualité pour agir aux organisations écologistes a été fortement critiquée en doctrine⁹⁴⁸, mais est probablement indispensable en cas de dommage porté à la nature.

6. Le tort moral

L'article 45e APS consacre la figure déjà connue en droit actuel du tort moral. Il remplace en un seul article les actuels articles 47 et 49 CO⁹⁴⁹.

Sur cette question, le projet ne comporte pas de véritables innovations. Il nous semble même que sa formulation n'est pas à la hauteur de celle des articles existants et pourrait créer un risque pour la victime.

Nous ne nous attarderons pas davantage sur le tort moral vu que notre étude porte sur le dommage patrimonial, mais nous tenons à relever que ce concept n'est pas fondamentalement modifié par l'avant-projet suisse qui ne contient pas de véritable rupture conceptuelle. Cet état des choses provient du fait

⁹⁴⁷ Pour plus de détails sur la question, Widmer/Wessner, Rapport explicatif, p. 87. Même quand une telle législation existe, comme en droit français, la jurisprudence se montre très restrictive, comme dans le récent arrêt de l'*Erika* dans lequel seules certaines organisations s'étant attelées au démaçoutage d'oiseaux marins ont obtenu la reconnaissance de leur préjudice. Jugement du tribunal de grande instance de Paris, 11^e chambre, 4^e section, pp. 250-251 : « Afin d'évaluer le préjudice résultant de l'atteinte à l'environnement, dont l'association, eu égard à son but statutaire, peut également demander réparation, il convient de prendre en compte, tout d'abord, l'ampleur de la pollution – il est établi qu'elle a causé un véritable désastre ornithologique [...] en deuxième lieu, le rôle effectif que la LPO (Ligue pour la protection des oiseaux) a su tenir pour les soins apportés aux oiseaux pendant plusieurs mois, ainsi que son investissement sur le terrain auprès des collectivités publiques et de la population et enfin, sa représentativité au plan national et international. »

⁹⁴⁸ La qualité pour agir donnée aux organisations de défense de l'environnement a été fortement critiquée tant par les milieux économiques que la doctrine. L'essentiel des critiques se résume bien dans la position du Touring Club Suisse (club de défense des automobilistes), Classement des réponses à la procédure de consultation, p. 401 : « Les ayants-droit seraient les collectivités publiques et les organisations [...] de protection de l'environnement. Or le TCS ne saurait admettre que des organisations de protection de l'environnement, surtout locales, puissent être un ayant-droit. Quant aux collectivités publiques, ce ne sont pas elles qui sont réellement lésées, mais l'environnement, lequel appartient à tous. D'où une première difficulté à déterminer la personne du lésé. »

⁹⁴⁹ Widmer/Wessner, Rapport explicatif, pp. 88-89.

que la notion de tort moral y est encadrée par la jurisprudence, laquelle ne commande pas de grandes évolutions.

7. Les postes complémentaires du dommage

L'article 45f APS prend en considération les postes complémentaires du dommage. Ces postes comprennent les mesures préventives et les frais engagés pour faire valoir la prétention considérée⁹⁵⁰.

L'article 45f al. 1 permet expressément d'exiger le remboursement des mesures préventives ou d'atténuation du dommage. Quand bien même discutées dans la doctrine, ces mesures avaient été expressément prises en considération par le Tribunal fédéral dans un arrêt publié, mais néanmoins peu connu concernant un local d'injection de drogue bâlois⁹⁵¹. Il est à ce titre bienvenu que l'avant-projet mentionne que ce type de dépenses peut être indemnisé de manière générale.

L'alinéa 2 consacre essentiellement les frais de justice et les frais d'avocat mis en œuvre par le lésé dans le cadre de la voie judiciaire. Sur cette question l'avant-projet innove, car une telle règle n'est pas connue dans l'actuel Code des obligations, même si elle est reconnue par la jurisprudence⁹⁵².

⁹⁵⁰ Widmer/Wessner, Rapport explicatif, pp. 93-95.

⁹⁵¹ ATF 119 II 411 du 22 décembre 1993. Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral avait considéré que les dépenses préventives nécessaires engagées par les voisins du local d'injection de drogues pour se protéger des nuisances étaient indemnisables au sens des articles 679 et 684 CCS.

⁹⁵² Les frais d'avocat avant procès font partie du dommage réparable s'ils sont justifiés, nécessaires et raisonnables. Les frais d'avocat en procédure sont réglés exclusivement par le droit de procédure. ATF 139 III 190 consid. 4 et 117 II 394. Voir également, Müller, Christoph, ad art. 41 CO, in Handkommentar zu 1-183 CO, N. 32a p. 288, Zurich, 2016.

C. Les critiques apportées à la notion de dommage dans le projet suisse

Il est difficile de faire le tour complet de toutes les critiques qui ont été émises à l'encontre de l'avant-projet suisse⁹⁵³. Elles sont nombreuses et n'émanent pas toutes de milieux juridiques. Les plus fondamentales proviennent du cercle de l'industrie ainsi que des fabricants de produits chimiques⁹⁵⁴. Elles refusent surtout le principe de la responsabilité générale pour risque de l'article 50 APS, mais ne concernent pas directement notre sujet en rapport avec le dommage.

Si l'on se concentre sur les critiques émanant de la doctrine, celles-ci sont essentiellement de deux ordres. Certains reprochent au projet d'en dire trop, d'autres de ne pas en dire assez. Nous nous focaliserons sur ces critiques en tant qu'elles ont trait à la question de la notion de dommage et de son calcul. Nous écarterons les autres points de discussion de notre raisonnement dans la mesure où ils n'éclairent pas notre analyse.

Certains auteurs ont reproché aux concepteurs du projet suisse de ne pas plus s'attarder sur la notion de dommage. Ils estiment que l'avant-projet devrait plus aller dans les détails et définir les modalités de calcul du dommage, voire faire référence aux nouvelles théories régissant la matière, à l'instar des dommages de frustration ou de commercialisation⁹⁵⁵. On a aussi reproché au texte suisse de ne pas permettre de prendre en considération le dommage immatériel dans une mesure suffisante ; ou de n'être qu'une longue énumération de postes de dommage, et de manquer ainsi de cohérence interne⁹⁵⁶. Comme

953 Pour une bibliographie exhaustive sur le sujet, voir *Retuschen oder Reformen, Die hängigen Gesetzesrevisionen im Bereich Haftung und Versicherung auf dem Prüfstand*, Zurich, 2004, Weber S. et Fuhrer S. éd., pp. 123-128.

954 Classement des réponses à la procédure de consultation, SGCI (Société suisse des industries chimiques, pp. 58-64).

955 Classement des réponses à la procédure de consultation, Portmann, pp. 174-175 ; dans le même sens, Schwenzer, *Kritische Stellungnahme*, p. 80.

956 Classement des réponses à la procédure de consultation, Honsell, p. 173 : « *Die Arten des Ersatzes (Geldersatz, Naturalrestitution, Kompensation und Restitution) hätten einer eingehenden Regelung bedurft, anstatt bloss fragmentarischer Nennung anlässlich der Aufzählung von Schadensarten.* »

le souligne Winiger⁹⁵⁷, le projet rompt avec le modèle de la clause générale au profit d'une responsabilité civile qui ne cesse de s'étendre pour prendre en compte des situations de plus en plus complexes. Il s'agit à l'évidence d'une nouvelle manière de codifier. Sur ce point, l'avant-projet suisse est une petite révolution.

Il est vrai que l'APS n'est pas particulièrement novateur quant à la notion de dommage, si l'on fait exception de sa prise en compte du dommage écologique, qui comble une indiscutable lacune du droit suisse dans ce domaine. Cette réflexion est juste si l'on songe aux deux arrêts que nous avons mentionnés plus haut dans la partie consacrée à notre législation. Nous allons donc nous atteler à résumer l'état de ces critiques, tant dans le cadre des résultats de la procédure de consultation que dans les nombreux avis doctrinaux qui ont été prononcés sur cette difficile question.

La première critique se concentre sur le fait que l'article 45 al. 2 du projet comprend le dommage patrimonial qui est défini aux articles 45a à 45d, et le dommage purement économique, pour sa part nullement défini. Certains auteurs, à l'image d'Honsell, se demandent si cette sous-catégorie de dommage n'ouvre pas la voie à une véritable dérive du droit de la responsabilité civile vers la réparation de dommages qui ne sont pas indemnisables actuellement à l'instar du dommage par ricochet⁹⁵⁸. Comme le souligne Honsell, il ne s'agit certainement pas de la volonté réelle des auteurs, mais elle est source de confusion et pourrait renfermer en elle une évolution de la notion, surtout dans la mesure où le principe de bonne foi devient une norme de comportement au sens de l'article 46 al. 2 APS⁹⁵⁹. Le professeur Portmann

957 Winiger, *Architecture de l'avant-projet*, p. 311-312 : « Il s'agit là sans doute d'une réponse à une responsabilité civile dont le champ d'application ne cesse de s'étendre. Peut-être, et sans doute au grand regret des juristes, l'âge d'or des législations succinctes de responsabilité civile est révolu, cédant notamment à la multiplication des risques qui, en même temps, changent de nature et à l'extension du champ d'application des normes. »

958 Classement des réponses à la procédure de consultation, Honsell, pp. 169-170 : « Die spezielle Erwähnung des reinen Vermögensschaden unter den möglichen Schadensposten in Art. 45 Abs. 2 VE, legt die Annahme nahe, primäre (reine) Vermögensschäden seien künftig auch im Deliktsrecht zu ersetzen. Indessen ist es kaum vorstellbar, dass der Entwurf reine Vermögensschäden generell auch im Deliktsrecht ersetzen will. »

959 Classement des réponses à la procédure de consultation, Honsell, p. 170.

de l'Université de Zurich émet des critiques qui vont dans le même sens et regrette la systématique interne des différents postes de dommage⁹⁶⁰.

Cette absence de définition a suscité de nombreuses interrogations dans le cadre de la procédure de consultation. Les critiques, venues tant des milieux universitaires⁹⁶¹ qu'économiques, craignaient une définition trop large de la notion de dommage. Certains auteurs ont aussi regretté que ce dommage purement économique ne soit pas défini par rapport au préjudice réfléchi, circonstance dans laquelle il n'est pas réparable⁹⁶².

D'autres reprochent également au projet de ne pas se prononcer expressément sur la question du dommage de frustration ou de commercialisation dans le cadre de l'article 45c al. 3 APS⁹⁶³. Schwenger a peut-être porté les critiques les plus dures en affirmant que le projet est énumératif de détails⁹⁶⁴, tout en ne réformant pas en profondeur la théorie de la différence⁹⁶⁵.

La notion de dommage écologique a aussi provoqué certaines contestations doctrinales, même si comme nous avons pu le voir, cette concrétisation est une nécessité⁹⁶⁶. Diverses critiques ont été émises. Elles semblent plus relever de la politique que de la saine dogmatique⁹⁶⁷. L'une d'entre elles nous

960 Classement des réponses à la procédure de consultation, Portmann, pp. 170-171, propose une formulation plus claire de cet article : « *Der Vermögensschaden umfasst insbesondere die in Artikeln 45a-45d aufgeführten Kategorien sowie den reinen Vermögensschaden.* » Cette formulation vise à permettre de prendre en compte le dommage purement économique (*reiner Vermögensschaden*).

961 Schwenger, *Kritische Stellungnahme*, p. 81

962 Classement des réponses à la procédure de consultation, Université de Lausanne, pp. 168-169.

963 Classement des réponses à la procédure de consultation, Université de Zurich, Portmann, pp. 174-175 ; Schwenger, *Kritische Stellungnahme*, p. 81.

964 Schwenger, *Kritische Stellungnahme* : « *Die in den Art. 45a – Art. 45f aufgeführten Schadensposten erscheinen teilweise überflüssig. Teilweise unklar, teilweise nicht überzeugend.* »

965 Schwenger, *Kritische Stellungnahme*, p. 82 : « *Stattdessen kodifiziert der Entwurf auf der Basis der Differenztheorie bereits unter dem geltenden Recht vertretene Auffassungen und versperrt damit Rechtsprechung und Lehre für die Zukunft jegliche behutsame Weiterentwicklung und Anpassung des Schadenersatzrechtes an die Anforderungen des 21. Jahrhunderts.* »

966 Winiger, *Architecture de l'avant-projet*, p. 309, qualifie la reconnaissance du dommage écologique de véritable progrès.

967 Par exemple, Schwenger, *Kritische Stellungnahme*, regrette que le préjudice à l'environnement figure dans le CO et non dans une loi spéciale.

semble toutefois fondée, celle d'accorder aux organismes chargés de la protection de la nature le droit d'agir contre le responsable du dommage. Ce système est novateur, mais peut poser à notre sens de délicates questions de délimitation entre la collectivité publique touchée et l'organe de protection de la nature. Dans un tel cas, en effet, qui doit être considéré comme la victime du dommage ? Le projet suisse est le seul qui sur ce point étend aussi loin le dommage écologique en permettant à une association privée d'agir pour la défense d'intérêts collectifs.

D. La notion de dommage suisse dans le droit civil européen

La notion de dommage développée dans l'avant-projet suisse n'est pas vraiment innovante, à l'exception notable de la prise en compte du dommage écologique, de même que des règles particulières relatives aux dommages causés aux choses.

L'APS se caractérise par sa sobriété ainsi que sa volonté de définir le moins possible le terme de dommage. Sept articles y sont consacrés (art. 46e-f APS), alors que le Code des obligations actuel en contient déjà sept. Nous avons vu dans la démonstration qu'il supprime même des articles ou des dispositions du droit existant que les auteurs jugent inutiles. Ce souci de clarté et de concision est à saluer. Sur ce point il cherche à éviter d'alourdir le droit existant le plus possible. Il est louable, face au détail parfois exaspérant du projet autrichien ou des principes PETL.

En ceci, le projet suisse s'inscrit dans la tradition helvétique qui a toujours fait en sorte qu'une modification législative améliore le droit existant ou le précise, sans changer profondément la nature du droit matériel. L'APS est ainsi plus une concrétisation des principes généralement admis par la jurisprudence et la doctrine qu'une véritable révolution visant à transformer totalement le droit actuel. Le reproche qu'on lui a fait d'une véritable rupture à l'américaine du droit n'est nullement fondé.

Nous avons discuté dans l'introduction des raisons qui ont conduit à la non-adoption du projet suisse, il ne s'agit pas d'y revenir, mais retenons que ce n'est assurément pas la notion de dommage, si peu révolutionnaire, qui aura fait pencher la balance en défaveur de son approbation.

C'est peut-être le paradoxe de ce projet. Alors qu'il ne verra probablement jamais le jour, il a eu une importance décisive sur les autres travaux européens, notamment les principes PETL, les projets turc, autrichien, voire français.

D'une manière plus générale, c'est peut-être là que réside la raison principale de l'échec de l'APS. À vouloir tellement lisser les concepts, à être consensuel jusqu'à l'extrême, il a dérouter une partie de la doctrine qui l'a trouvé extrêmement timide et non adapté aux questions actuelles qu'elle se pose⁹⁶⁸.

Il nous semble que cet avant-projet restera dans l'histoire comme un important jalon dans la question de la révision européenne du droit de la responsabilité civile⁹⁶⁹, mais que faute de soutien des milieux tant économiques que doctrinaux, il ne dépassera pas le cadre de l'étude académique.

⁹⁶⁸ On peut également retourner l'argument et affirmer que ce sont les innovations essentielles du projet qui l'ont condamné. Vu l'accueil timide réservé tant par la doctrine que par les milieux économiques, on se dit que les auteurs ont finalement eu raison de ne pas introduire trop de nouveautés dans leur projet. L'auraient-ils fait que le rejet en eût été encore plus vif.

⁹⁶⁹ Koziol, *Sicht aus dem Ausland*, p. 24.

§ 28. L'avant-projet autrichien

A. Les idées directrices de l'avant-projet autrichien

Il ne nous appartient heureusement pas dans le cadre du présent travail de prendre position sur ces querelles de personnes ou de doctrine, mais de plutôt poursuivre notre méthode en donnant au lecteur un aperçu des enjeux du projet et d'en commenter la notion de dommage, telle qu'elle y est définie.

La volonté de réviser le droit de la responsabilité civile autrichien provient du département de Justice fédéral autrichien. Le projet qui a cristallisé l'attention est celui de la plume de I. Griss, G. Kathrein et H. Koziol paru en 2006⁹⁷⁰.

Ce projet a pour ambition d'adapter le droit existant de l'Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch du 1^{er} juin 1811 (ci-après ABGB) aux réalités ainsi qu'aux valeurs du monde actuel et notamment pour les dommages de nature immatérielle⁹⁷¹. Il a, comme nous l'avons dit, suscité de très importantes critiques, surtout de la part d'un groupe de recherches dirigé par les professeurs Reischauer/Speilbüchler et Welser qui se sont efforcés d'analyser le plus méthodiquement possible tous ses tenants et aboutissants⁹⁷².

⁹⁷⁰ *Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*, 2006.

⁹⁷¹ Koziol, *Projet autrichien* commentaire N. 2, p. 21 : « *Einige Regelungen entsprechen auch nicht mehr den heutigen Wertungen, insbesondere [...] einzelne Bestimmungen über den Ersatzes ideeler Nachteile sind nicht mehr zeitgemäss.* »

⁹⁷² Reischauer/Speilbüchler/Welser, *Reform des Schadenersatzrechts*, 3 vol., Vienne.

La critique la plus importante, que nous retrouverons tout au long du projet, a trait à sa conception même qui se base fondamentalement sur les conceptions du juriste autrichien Walter Wilburg et de son système mobile⁹⁷³. Les concepts indéterminés⁹⁷⁴ que cet auteur utilise portent atteinte, comme nous le verrons, au principe de sécurité juridique ainsi qu'à celui d'égalité entre les citoyens⁹⁷⁵.

B. Analyse du traitement de la notion de dommage dans le projet autrichien

1. La définition de la notion de dommage

Le § 1292 du projet autrichien (ci-après APA) dispose que le but du droit de la responsabilité civile est de compenser le dommage et d'ainsi créer une incitation à éviter sa survenance⁹⁷⁶. Le droit de la responsabilité civile autrichien déploie dès lors un double effet qui se veut à la fois de compensation et de prévention⁹⁷⁷. Au contraire du projet français, le projet autrichien n'a pas pour but d'instaurer une volonté de punition de l'auteur du dommage⁹⁷⁸.

973 Wilburg, *Die Elemente des Schadensrechts*, Marburg, 1941.

974 Koziol, in *Projet autrichien commentaire* N. 3, p. 28, défend sa conception mobile de cette manière : « *Ein mehr an relevanten Vorgaben kann nicht zu einem geringeren Mass an Bestimmtheit führen, und umgekehrt kann die Unterlassung der Angabe der relevanten Faktoren keine grössere Bestimmtheit erzielen.* »

975 Widmer, in *Projet autrichien commentaire* N. 14, p. 140.

976 Koziol, in *Projet autrichien commentaire* N. 22, p. 31. Le texte du § 1292 al. 1 APA énonce : « *Aufgabe des Schadenersatzrechts ist es, Schaden auszugleichen und damit zugleich einen Anreiz zu schaffen, Schäden zu vermeiden.* »

977 Widmer, *Projet autrichien commentaire* N. 6-7, p. 129, doute à notre sens à raison de la possibilité d'attribuer au droit de la responsabilité civile une fonction préventive, car celle-ci survient toujours lorsqu'il est déjà trop tard : « *Prävention kann also bestenfalls eine sympathische – und natürlich nicht erwünschte – Nebenwirkung der Kompensation sein. Das Haftpflichtrecht – dass muss man sich immer wieder ins Bewusstsein rufen – ist gerade dadurch charakterisiert, dass es immer zu spät kommt, nämlich erst dann, wenn die Prävention eben versagt hat.* »

978 Koziol, in *Projet autrichien commentaire* N. 23-24, p. 32 : « *Mit der Betonung des primären Zwecks des Ausgleichs und der Beschränkung auf die beiden genannten Zwecke wird nämlich zugleich klargestellt, dass das Schadenersatzrecht nicht der Verhängung von Sanktionen dient und dieser Gedanke daher auch keine Abweichung vom Ausgleichsprinzip zu rechtfertigen vermag. [...] Die Betonung von Ausgleich und Prävention bedeutet nämlich im Ergebnis*

Il suit en cela la tradition existante à l'actuel § 1293 ABGB, une des rares grandes codifications qui en définit la notion⁹⁷⁹.

Le § 1293 al. 1 APA définit le dommage comme tout désavantage qu'une personne subit à sa personne, son patrimoine ou à tout autre intérêt protégé. La deuxième phrase du § 1293 al. 1 divise le dommage en deux catégories, à savoir le dommage patrimonial en cas de désavantage pécuniaire (*Vermögensschaden*)⁹⁸⁰ et le dommage idéal (*ideeller Schaden*)⁹⁸¹ dans tous les autres cas. Pour Koziol, la différence fondamentale entre les deux types de dommage réside dans le fait que le dommage idéal ne doit être remboursé qu'avec retenue, car il se base sur des valeurs de nature subjective, au contraire des valeurs patrimoniales qui se calculent de manière objective⁹⁸².

Le § 1293 al. 2 APA énonce que la protection des intérêts se calcule en particulier selon leur rang et leur valeur et également de l'intérêt que la collectivité publique leur donne⁹⁸³. Cette manière de considérer les différents intérêts en cause est une des conséquences du système mobile⁹⁸⁴. La même conception est reprise comme nous le verrons dans l'art. 2:102 des principes PETL⁹⁸⁵.

eine eindeutige Absage an sogenannte Ersatzleistungen, die ausschliesslich der Prävention oder Sanktion dienen, wie insbesondere die in den USA geläufigen "punitive damages". »

979 « *Schade heißt jeder Nachteil, welcher jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinnes, den jemand nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten hat.* »

980 Koziol, in *Projet autrichien commentaire* N. 26, p. 34.

981 Koziol, in *Projet autrichien commentaire* N. 26, p. 34 : « *Ideeller Schaden liegt somit immer dann vor, wenn der Nachteil nicht zu einer in Geld messbaren Verminderung des Vermögens führt ; der Nachteil nicht – auf der Grundlage realer Marktvorgänge – in Geld bewertet werden kann.* »

982 Koziol, in *Projet autrichien commentaire* N. 26, p. 34.

983 « *Der Schutz der Interessen richtet sich insbesondere nach deren Rang und Wert, Abgrenzbarkeit und Offenkundigkeit, aber auch nach den Interessen anderer an freier Entfaltung und an der Ausübung von Rechten sowie nach den Interessen der Allgemeinheit.* »

984 Koziol, in *Projet autrichien commentaire* N. 27, p. 35 : « *Die Berücksichtigung all dieser Faktoren dient der optimalen Verwirklichung zweier gegenläufiger Prinzipien : Einerseits sollen die Interessen jedermanns möglichst weitgehend geschützt werden, andererseits soll die Bewegungsfreiheit jedes einzelnen möglichst wenig eingeschränkt werden.* »

985 Art. 2:102 al. 1 Principes PETL : « *The scope of protection of an interest depends on its nature ; the higher its value, the precision of its definition and its obviousness, the more extensive is its protection.* »

2. La réparation en nature

Le § 1314 APA prévoit la réparation du dommage en nature avant d'énoncer les dommages et intérêts. Cet article ouvre la 8^e section qui présente la nature et l'étendue de la compensation. En prévoyant une réparation en nature, le projet autrichien rejoint la conception défendue par le projet français⁹⁸⁶ et les principes PETL⁹⁸⁷.

Selon ce § 1314, le lésé a le droit d'exiger le rétablissement de l'état antérieur de la chose ou d'un état identique ou de même prix, pour autant que la réparation en nature soit possible et qu'il ne dépasse pas l'intérêt de l'auteur au paiement de dommages et intérêts⁹⁸⁸. L'auteur peut toutefois poursuivre sa volonté d'offrir la réparation en nature, lorsque son intérêt à ce mode de réparation est prédominant.

3. Le dommage patrimonial et les dommages et intérêts

Selon le § 1315 APA, s'il n'a pas lieu d'accorder de réparation en nature, l'auteur doit compenser l'entier du dommage en argent. Le dommage doit s'analyser en prenant en compte l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, notamment de la perte de gain du lésé (méthode de calcul du dommage concrète). La volonté d'ancrer le dommage en nature n'est pas une nouveauté. Cette possibilité existe déjà dans l'actuel § 1323 al. 1 de l'ABGB en vigueur⁹⁸⁹.

986 Art. 1369 APF.

987 Art. 10:104 Principes PETL.

988 § 1314 APA : « *Der Geschädigte kann die Wiederherstellung des vorigen oder eines gleichartigen oder gleichwertigen Zustands verlangen, soweit Naturalersatz möglich ist und das Interesse des Schädigers am Geldersatz nicht erheblich überwiegt. Der Schädiger kann auf Naturalersatz bestehen, wenn sein Interesse daran erheblich überwiegt.* »

989 § 1323 al. 1 ABGB : « *Um den Ersatz eines verursachten Schadens zu leisten, muss alles in den vorigen Stand zurückversetzt, oder wenn dieses nicht tunlich ist, der Schätzwert vergütet werden.* »

Selon le commentaire de l'avant-projet autrichien, la réparation en nature concrétise l'intérêt de la victime au maintien concret de l'état antérieur de la chose (*Das Interesse am schadensfreien Zustand real verwirklichen*)⁹⁹⁰. Cette réparation en nature n'est pas à prendre littéralement, mais comme la création d'un état de même type et de même valeur à l'état antérieur, par exemple sous la forme d'une réparation de la chose endommagée ou détruite⁹⁹¹.

L'alinéa 2 du § 1315 APA dispose que si aucun intérêt de l'auteur ne s'y oppose, le lésé a le droit d'exiger, à la place de la réparation en nature au sens du § 1314, le montant qu'il y a employé ou une avance. L'alinéa 3 complète la règle en énonçant que si la réparation en nature n'est pas possible, et que le lésé a créé une nouvelle chose en remplacement de l'ancienne, il peut exiger le paiement de la valeur de la chose détruite. Si la chose détruite ne possède pas de valeur de restauration, les frais de création de la nouvelle chose sont pertinents, moins une déduction pour la possibilité d'usage plus longue qui en découle.

L'alinéa 4 du § 1315 permet au lésé, si la chose possède une valeur de marché, d'exiger le paiement de la valeur de marché de la chose au moment de son endommagement (valeur abstraite)⁹⁹².

L'alinéa 5 du § 1315 pose le principe que les dommages de durées sont à compenser en général au moyen du paiement d'une rente. Si d'importantes raisons l'exigent, le lésé peut exiger le paiement d'un capital, lorsque cela peut raisonnablement être exigé de l'auteur. Ce capital doit être calculé et capitalisé selon la durée prévisible de la rente.

⁹⁹⁰ Apathy, in *Projet autrichien* commentaire N. 13, p. 79.

⁹⁹¹ Apathy, in *Projet autrichien* commentaire N. 13, p. 79 : « *Dass es dabei [beim Naturalersatz] nicht immer um die Zurückversetzung in den vorigen Stand geht, sondern vielfach um die Herstellung eines gleichartigen und gleichwertigen Zustandes, etwa durch Reparatur der beschädigten Sache, entspricht der heutigen Auffassung.* »

⁹⁹² Apathy, in *Projet autrichien* commentaire N. 14, pp. 80-81.

4. Le dommage idéal

Le § 1316 APA définit le dommage idéal comme étant un dommage non patrimonial⁹⁹³. Sa réparation est déjà possible en droit autrichien actuel⁹⁹⁴, mais elle est soulignée dans l'avant-projet. L'alinéa 1 du § 1316 dispose que le dommage idéal doit toujours être réparé, pour autant que la réparation en nature soit possible et souhaitable.

L'alinéa 2 du § 1316 énonce dans quel cas il convient d'accorder des dommages et intérêts sous forme d'argent et le fait principalement dépendre de la gravité de l'atteinte. Les § 1323 et 1324⁹⁹⁵ de l'ABGB en vigueur règlent actuellement la question⁹⁹⁶. Le projet fait dépendre l'allocation d'un dommage idéal sous la forme d'un tort moral, indépendamment de l'existence d'un choc nerveux. Le commentaire du projet fait à cet effet expressément référence à la conception contenue dans l'actuel article 49 du Code des obligations suisse⁹⁹⁷. De manière identique à la jurisprudence suisse, le commentaire du projet autrichien prévoit que non seulement le proche d'une personne tuée, mais encore également le proche d'une personne gravement blessée peut prétendre à l'octroi d'un tort moral⁹⁹⁸.

993 § 1316 al. 1 et 2 APA : « (1) *Ideelle Schäden sind stets zu ersetzen, soweit die Naturalherstellung möglich und tunlich ist. (2) Ob Geldersatz zu leisten ist, hängt von der Bedeutung des verletzten Gutes, der objektiven Nachvollziehbarkeit, dem Ausmass und der Dauer der Beeinträchtigung sowie dem Gewicht der Zurechnungsgründe ab. Für schwere und objektiv nachvollziehbare Verletzungen von Persönlichkeitsrechten ist jedenfalls Geldersatz zu leisten.* »

994 Karner, in *Projet autrichien commentaire* N. 2, p. 84.

995 § 1324 ABGB : « *In dem Falle eines aus böser Absicht, oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens; ist der Beschädigte volle Genugtuung; in den übrigen Fällen aber nur die eigentliche Schadloshaltung zu fordern berechtigt. Hiernach ist in den Fällen, wo im Gesetze der allgemeine Ausdruck : Ersatz, vorkommt, zu beurtheilen, welche Art des Ersatzes zu leisten sei.* »

996 Karner, in *Projet autrichien commentaire* N. 3, pp. 84-85.

997 Karner, in *Projet autrichien commentaire* N. 7, p. 86 : « *In Fortentwicklung der Trauerschmerz-Entscheidung des OGH[OGH in ZVR 2001/73] und nach Vorbild des art. 49 des Schweizer OR sieht § 1316 abs. 3 Z 2 Entw ein Angehörigenschmerzensgeld vor, dass unabhängig vom Eintritt eines Schockschadens bei jedem Grad des Verschuldens und in der Gefährdungshaftung gebührt.* »

998 Karner, in *Projet autrichien commentaire* N. 8, p. 86.

L'alinéa 3 du § 1316 énonce le dommage idéal pour les atteintes graves à l'intégrité corporelle, sexuelle, de même qu'aux discriminations raciales⁹⁹⁹. Le catalogue est très vaste et nous renvoyons à la lecture de l'article pour bien le comprendre.

Le § 4 est beaucoup plus important pour le sujet qui nous préoccupe principalement, à savoir celui du dommage non patrimonial provenant de la lésion à un intérêt patrimonial¹⁰⁰⁰. En effet, cet alinéa dispose qu'en cas de lésion intentionnelle d'un bien patrimonial, il convient de prendre en considération la valeur particulière d'affection pour cet objet. De même, en cas d'inexécution contractuelle, il sied d'indemniser le dommage idéal, particulièrement lorsque le contrat a pour but la satisfaction d'intérêts idéels, et que ceux-ci ont été atteints de manière significative et qu'une compensation appropriée ne peut avoir lieu par la répétition des prestations. Cette réglementation vise justement à corriger et à régler les cas dans lesquels le contrat violé avait justement comme but la satisfaction d'un but de nature idéelle à l'instar du cas valaisan de la veuve n'ayant pas été indemnisée suite à l'expropriation de son champ¹⁰⁰¹. Les auteurs de l'avant-projet sont conscients du fait qu'il est très difficile de circonscrire cet intérêt non patrimonial et d'éviter d'ouvrir par trop grandes les portes de la responsabilité civile, et veulent le limiter¹⁰⁰².

L'alinéa 5 du § 1316 dispose que dans la détermination des dommages et intérêts, il convient de prendre en considération les circonstances énoncées au § 1316 al. 2 de même que les avantages que l'auteur a obtenus par le biais de son comportement illicite¹⁰⁰³. Les auteurs ne le mentionnent pas dans leur commentaire, mais à notre sens la prise en compte du degré de faute de l'au-

999 Karner, in *Projet autrichien commentaire* N. 9-12, pp. 86-87.

1000 Karner, in *Projet autrichien commentaire* N. 15, p. 88

1001 ATF 87 II 290.

1002 Karner, *Projet autrichien commentaire* N. 15-16, p. 88 : « *Zur Vermeidung einer Haftungsauferung kommt ein solcher Ausgleich allerdings nur bei erheblichen Beeinträchtigungen in Betracht und setzt überdies voraus, dass ein angemessener Ausgleich nicht ohnedies schon durch die Rückabwicklung des Vertrages erfolgen kann. Besondere Schwierigkeiten bereitet regelmässig die Bemessung des ideellen Schadens, wobei auch hier die schon von § 1292 Abs. 1 Entw betonte Ausgleichsfunktion des Schadenersatzrechtes massgeblich ist.* »

1003 § 1316 abs. 4 APA : « *Bei vorsätzlicher Schädigung von Vermögensgütern ist der Wert der besonderen Vorliebe zu ersetzen. Bei nicht gehöriger Erfüllung eines Vertrags ist der ideelle Schaden zu ersetzen, wenn der Vertrag vor allem auf die Befriedigung ideeller Interessen*

teur dans la fixation de l'indemnité pour tort moral rajoute un aspect punitif au droit de la responsabilité civile. Cette conception n'est toutefois pas totalement étrangère à celle que le Tribunal fédéral a développée dans certains arrêts que nous avons critiqués dans la présente étude¹⁰⁰⁴. C'est d'ailleurs la vision qui est également défendue par les initiants de ce projet¹⁰⁰⁵.

L'alinéa 6 du § 1316 termine l'exposé du dommage idéal en posant que les prétentions découlant de sa survenance sont cessibles par la victime à une autre personne. Cet article ne fait que concrétiser le droit existant autrichien qui le prévoit déjà¹⁰⁰⁶.

5. Le dommage corporel

L'alinéa 1 du § 1319 règle la question du préjudice causé au lésé de par les lésions corporelles ou les atteintes à la santé qu'il a subies. Ce préjudice comprend les frais de soins, et ceux résultant d'une augmentation du besoin en ressources (par exemple en cas de handicap)¹⁰⁰⁷. Il prend également en compte l'atteinte à l'avenir économique ainsi qu'un tort moral au sens du § 1316. De même, la diminution de la capacité de travail donne lieu à réparation, même si le gain effectif n'est pas diminué. Le projet autrichien tranche ainsi une importante controverse doctrinale¹⁰⁰⁸ en concrétisant le principe de la rente abstraite et non de la rente concrète, c'est-à-dire qu'une rente est due au

gerichtet ist, diese erheblich beeinträchtigt sind und ein angemessener Ausgleich nicht ohnehin durch die Rückabwicklung des Vertrags erfolgen kann. »

1004 Par exemple 131 III 26 consid. 12.2.2.

1005 Karner, in *Projet autrichien* commentaire N. 17, p. 89 : « *Bedacht zu nehmen ist weiters auf die Schwere der Zurechnungsgründe auf Seiten des Schädigers. Schon heute ist nämlich völlig anerkannt, dass ein besonders schwerer Unrechtsgehalt der Schädigung den ideellen Schaden noch vertiefen kann. Überdies kann der stets gegebene Ermessensspielraum umso eher ausgeschöpft werden, je schwerer die Zurechnungsgründe wiegen. »*

1006 Karner, in *Projet autrichien* commentaire N. 20, p. 89.

1007 Kathrein, in *Projet autrichien* commentaire N. 9, p. 97.

1008 Kathrein, in *Projet autrichien* commentaire N. 9, pp. 97-98 : « *Die Berechnung dieser "abstrakten Rente" überlässt der Entwurf der Judikatur. Anders als nach geltendem Recht soll der Bezug einer "abstrakten Rente" den Geschädigten aber nicht hindern, ab Eintritt eines verletzungsbedingten konkreten Verdienstentgangs auch diesen Schaden zu begehren. »*

lésé, indépendamment de la possible perte économique éprouvée par celui-ci, en raison par exemple de la perte théorique d'une capacité de gain.

En cas de mort d'homme au sens du § 1319 al. 2 APA, l'auteur doit rembourser les frais funéraires, de même que l'entretien passé et futur perdu par les personnes qui avaient ce droit de par la loi ou pour lesquels le lésé payait l'entretien nécessaire.

6. Le dommage causé aux choses

Le § 1322 APA règle la question du dommage causé tant aux choses qu'aux animaux. Tout comme le droit suisse, le projet autrichien contient des règles précises sur le sujet. Selon l'alinéa 1 de cette disposition, en cas de destruction d'une chose, l'auteur doit compenser au minimum la valeur de marché de la chose, mais en cas d'acte volontaire, également sa valeur d'affection¹⁰⁰⁹.

L'alinéa 2 du § 1322 contient une règle qui octroie au lésé, en cas de dommage de la chose, le droit d'exiger le paiement d'une somme pour la réparation supérieure au prix de la chose¹⁰¹⁰. Ceci, à condition qu'une victime raisonnable ait effectué ces dépenses, notamment en raison d'un intérêt idéal à la chose. L'alinéa 3 du § 1322 énonce que les mêmes règles s'appliquent *mutatis mutandis* aux animaux¹⁰¹¹.

1009 § 1322 al. 1 APA : « Zerstört der Schädiger eine Sache, so hat er zumindest der Verkehrswert (§ 1315 Abs. 4), bei Vorsatz jedoch den Wert der besonderen Vorliebe zu ersetzen. »

1010 § 1322 al. 2 APA : « Wird eine Sache beschädigt, so kann der Geschädigte auch einen den Wertverlust übersteigenden Aufwand zur Wiederherstellung (§1315 Abs. 2) begehren, soweit ein verständiger Geschädigter die Aufwendungen, insbesondere aufgrund eines ideellen Interesses an der Sache, getätigt hat. »

1011 § 1322 al. 3 APA : « Gleiches gilt für die Tötung oder Verletzung eines Tieres. »

7. Le dommage écologique

Le projet autrichien à son § 1336 connaît également une réglementation spécifique du dommage écologique, à l'instar de ce que prévoit l'article 45d APS :

Ist ein Sachschaden zugleich eine Beeinträchtigung der Umwelt, so ist bei der Beurteilung des Anspruchs auf Naturalersatz (§ 1314) oder auf Ersatz des dafür aufgewendeten Geldbetrags (§ 1315 Abs. 2) die Bedeutung der beschädigten oder zerstörten Sache für die Umwelt angemessen zu berücksichtigen.

Le § 1336 est une concrétisation du devoir de réparation en cas de dommage matériel à l'environnement. En effet, en cas de dommage environnemental, les institutions de la réparation en nature (§ 1314 APA) ainsi que du remplacement des frais de remise en état (§ 1315 al. 2 APA) sont étendues. La concrétisation contenue dans le § 1336 vise à permettre la prise en compte de l'intérêt de l'environnement, même si les frais de remise en état de celui-ci vont au-delà de la valeur de marché du bien détruit. Ce raisonnement se fonde sur la prise en compte de l'intérêt subjectif de l'environnement au maintien de son intégrité¹⁰¹². Le projet autrichien renoue sans le dire expressément avec la dogmatique romaine qui, comme nous l'avons vu, met en avant l'intérêt subjectif du propriétaire à ce que le dommage ne soit pas survenu. Dans le cas d'espèce, on peut voir que l'intérêt de l'environnement à son intégrité peut se concevoir dans la filiation conceptuelle de l'intérêt subjectif romain.

Le projet autrichien ne procède ainsi pas de la même manière que l'article 45 APS qui insiste dans son alinéa premier sur les différents postes du dom-

¹⁰¹² Hinteregger, M., in *Projet autrichien* commentaire N. 14, p. 125 : « Sowohl bei der Bewertung des Anspruchs auf Naturalersatz (§ 1314 Ebtw.) als auch beim Ersatz der Wiederherstellungskosten gemäß § 1315 Abs. 2 Entw ist nicht nur das subjektive Interesse des Geschädigten an der Sache (insbesondere ihr Marktwert), sondern auch die Bedeutung der Sache für die Umwelt angemessen zu berücksichtigen. Dies hat zur Folge, dass der Schädiger auch dann zur Wiederherstellung der Sache bzw zum Ersatz der Wiederherstellungskosten verpflichtet werden kann, wenn die Kosten der Wiederherstellung den Marktwert der Sache wesentlich übersteigen. »

mage, et dans son deuxième alinéa sur la difficile question de la titularité des droits environnementaux.

Si nous devons nous risquer à formuler une synthèse du § 1336 APS et l'article 45d al. 2 APA, notre préférence irait à la solution autrichienne en ce sens qu'elle laisse une plus grande marge au juge en renouant avec le noyau conceptuel romain de l'intérêt de la chose pour l'environnement (*die Bedeutung der beschädigten oder zerstörten Sache für die Umwelt angemessen zu berücksichtigen*) sans énoncer des postes précis de dommage comme le fait le projet suisse¹⁰¹³. En revanche, l'article 45d al. 2 APS contient une très utile précision en ce qui concerne la titularité des droits environnementaux. L'article 45d al. 2 APS permet ainsi d'attribuer à la collectivité publique ou à des organisations de défense de la nature la titularité de droits environnementaux. Cela nous semble une très utile précision, car par définition la faune sauvage ne possède ni possesseur ni propriétaire rendant par là très délicate la question de la titularité des droits environnementaux.

Il n'en demeure pas moins que tant l'article 45d al. 2 APS que le § 1336 APA sont indispensables, car ils comblent une véritable lacune des ordres juridiques modernes, en permettant de prendre en considération la préservation d'une valeur essentielle pour la collectivité, mais dépourvue de valeur de marché immédiate. Des dispositions idoines de protection sont ainsi prévues dans le code, rendant nécessaire leur prise en compte par le juge.

¹⁰¹³ Il convient toutefois de remarquer la lettre de l'article 45d al. 1 lit. a APS qui permet expressément au juge d'ordonner des mesures provisionnelles de prévention de l'environnement, précision très utile, vu la difficulté à obtenir des mesures provisionnelles positives.

C. Les critiques apportées à la notion de dommage dans le projet autrichien

La principale critique opposée au projet autrichien est son caractère trop vague¹⁰¹⁴. Le projet emploie trop souvent des termes comme *circumstances appropriées*, *justes motifs* et autres formules qui laissent un énorme degré d'incertitude et portent même atteinte au principe de sécurité juridique¹⁰¹⁵.

Certains critiques vont même jusqu'à parler de véritable abdication voire de démission du législateur. D'autres font valoir que le texte du projet autrichien ressemble plus à des principes qu'à la densité normative que l'on peut exiger d'une loi formelle figurant dans un grand code¹⁰¹⁶. Ces critiques proviennent de la notion même de système mobile¹⁰¹⁷ qui pose à la doctrine de véritables problèmes quant à la nature même du système autrichien proposé.

Ce système mobile dérouté à juste titre le juriste étranger au droit autrichien. Le juriste suisse peut à notre sens opérer une comparaison avec les articles 42 à 44 CO qui consacrent également la prise en compte d'éléments de nature indéterminée ou même relatifs à la faute pour fixer le dommage sans pour autant porter atteinte au principe de sécurité du droit. Le système mobile se veut ainsi plus comme une opposition au *alles oder nichts Prinzip* allemand qui peut parfois conduire à des résultats matériellement insuffisants.

1014 Schauer, Discussion du projet autrichien, p. 57 : « *Die Unbestimmtheit des Gesetzesbegriffe zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen kann.* »

1015 Schauer, *Allgemeine Bemerkungen*, p. 42 : « *Die Liste dieser Zweifelsfragen liesse sich noch lange fortsetzen. Und hierin liegt ein Grundproblem des Entwurfs. Er wird durch unbestimmte Gesetzbegriffe geprägt. Ausdrücke wie Rang und Wert der Interessen, Bedeutung des verletzten Gutes, Gewicht der Zurechnungsgründe, schwere Zurechnungsgründe, zumutbar, zumutbar besondere Sorgfalt, wirtschaftlich zumutbar, krasses Missverhältnis, [...], berechtigtes Interesse, erhebliche Interessen, oder erhebliches überwiegen des Interesses ziehen sich durch den gesamten Entwurf.* »

1016 Schauer, *Allgemeine Bemerkungen* : « *Er der Entwurf] scheint in zentralen Teilen eher die Qualität von "Principles" als von "Rules" zu besitzen. Für diese Einschätzung spricht auch, dass er in manchen Punkten deutliche Parallelen zu den beinahe zeitgleich erstellten Principles of European Tort Law aufweist, die – vollkommen zu Recht – als Principles bezeichnet werden.* »

1017 Wendehorst, Discussion du projet autrichien, p. 59.

Nous ne nous attarderons toutefois pas plus sur les critiques du système mobile qui consistent plus en une question de technique de rédaction juridique. Nous entrerons plutôt dans le fond de la discussion de la nature du dommage dans le projet autrichien. Une importante critique porte sur la notion même de dommage cristallisée au § 1293 al. 1 APA. Elle se focalise essentiellement sur les autres intérêts qui sont mentionnés dans le texte sous le libellé *sonstigen Interessen*.

Schaden ist jeder Nachteil, den jemand an seiner Person, an seinem Vermögen oder an seinen sonstigen geschützten Interessen erleidet.

La délimitation de ces autres intérêts est difficile et peut conduire à une certaine insécurité juridique de la notion¹⁰¹⁸. Cela provient peut-être du fait que le projet autrichien vise à s'adapter aux nouvelles valeurs de la société, et que celles-ci ne sont plus nécessairement partagées par tous¹⁰¹⁹. Cette exigence de normativité est aussi une difficulté de compréhension du projet autrichien.

De manière paradoxale, c'est peut-être la formulation large retenue par les Codes civils français et suisse actuels qui est la plus appropriée, car elle n'enferme pas le juge dans des catégories juridiques dont il ne peut que difficilement sortir. Même la formulation précise de l'article 45c de l'avant-projet suisse laisse le juge plus libre que cette formulation prévoyant d'autres droits, nullement définis, laissant ouverte la question de savoir si le dommage est exhaustivement défini ou non.

¹⁰¹⁸ Schauer, Discussion du projet autrichien : « Jetzt kommen aber noch zusätzlich die sonstigen geschützten Interessen und stossen dabei auf den neuen § 1293 abs. 2 mit dieser sehr weiten Öffnung, die den Kreis der zu ersetzenden Schäden ganz erheblich erweitern kann. »

¹⁰¹⁹ Koziol, *Österreichische Entwurf*, Have 2005, p. 310 : « Nach fast zwei Jahrhunderten zeigt sich aber dennoch, dass die schadenersatzrechtlichen Regelungen den heutigen Anforderungen nicht mehr ganz gerecht werden können. Einige Normen entsprechen nicht mehr den heutigen Wertungen [...]. »

D. Le projet autrichien dans le droit civil européen

L'influence directe du projet autrichien est peut-être quelque peu réduite en raison du fait que peu de juristes en dehors des pays germanophones parlent l'allemand et sont en véritable mesure de le comprendre dans son intégralité. Les rares articles provenant d'auteurs étrangers à l'Autriche discutant le projet sont plutôt de la main d'auteurs allemands¹⁰²⁰ et suisses¹⁰²¹. Ceci est regrettable, car le projet autrichien comporte de nombreuses qualités essentielles qui échappent ainsi à l'attention de la communauté des juristes.

Il s'agit tout d'abord d'un projet très structuré et accompagné d'un commentaire rédigé par d'excellents juristes autrichiens. Il traite également les questions « chaudes » du droit actuel de la responsabilité civile en matière de définition de la notion de dommage. Toutes représentent des problématiques que la doctrine discute abondamment en Suisse. Contrairement au projet helvétique, le projet autrichien règle ces questions dans la loi, et n'a à ce sujet pas du tout la même approche que son pendant suisse qui se refuse le plus souvent à apporter des définitions de la notion de dommage ou à régler dans les moindres détails l'indemnisation du dommage idéal et de ses corollaires, préférant laisser au juge un large pouvoir d'examen. La méthode employée en droit autrichien est ainsi différente de celle du droit suisse et contient un degré de précision bien plus important. Le code autrichien et la législation suisse correspondent en ceci à deux traditions différentes.

Si l'on fait abstraction des critiques en relation avec le système mobile choisi par les auteurs, force est de constater que le projet autrichien est extrêmement séduisant d'un point de vue dogmatique. Il règle d'importantes questions, est très cohérent d'un point de vue organique et systématique.

¹⁰²⁰ Wagner, *Reform des Schadenersatzrechts*, pp. 1-22.

¹⁰²¹ Widmer, *Der österreichische Entwurf aus der Sicht des Auslandes*, pp. 127-141.

§ 29. L'avant-projet français¹⁰²²

1. Les idées directrices de l'avant-projet français

Comme l'ont souligné de nombreux commentateurs, les dispositions du Code civil français de 1804 n'ont absolument pas été amendées en matière de responsabilité civile. Le célèbre article 1240 CCF (ancien art. 1382) régit toujours de par sa formule si caractéristique les arcanes du droit français. Celui-ci est composé de formules concises, dont la clause générale contenue à l'article 1240¹⁰²³ en est l'archétype.

Cette absence d'évolution de la lettre du droit français est toutefois trompeuse. En effet, la jurisprudence a énormément développé et façonné le droit de la responsabilité civile. Elle a souvent donné à la loi un sens qu'elle ne contenait pas en elle-même, et derrière cette apparente simplicité se cachent de nombreuses difficultés que nul ne peut appréhender sans connaître en détail la jurisprudence.

¹⁰²² Le projet français n'a pas été adopté à ce jour. Une réforme de plus grande ampleur est en cours d'examen. Conformément au programme annoncé le 29 avril 2016, lors de la publication du texte de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile, le ministre de la Justice a dévoilé le 13 mars 2017 une version plus aboutie de celui-ci, destinée à servir de base à un futur projet de loi (note de Gaël Chantepie et Mathias Latina) dernière consultation le 2 février 2019.

¹⁰²³ « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

Alors qu'on a récemment célébré le bicentenaire du Code civil français¹⁰²⁴, et que de nombreux auteurs ont à juste titre critiqué l'état souvent déplorable de ce grand Code qui a été mutilé par des dispositions non pertinentes¹⁰²⁵, il est à relever que cet avant-projet de réforme du droit des obligations (ci-après APF) apporte un souffle frais et bienvenu sur le droit français. L'APF est plus large que les projets suisse ou autrichien en ce sens qu'il ne réforme pas le seul droit de la responsabilité civile, mais également l'entier du droit des obligations.

De très nombreuses modifications sont apportées en droit des obligations, à l'instar du cumul du régime des responsabilités¹⁰²⁶. Vu l'objet de notre étude, nous n'examinerons pas la réforme du droit des obligations dans son ensemble. Nous n'aborderons la matière contractuelle que dans la mesure où l'avant-projet prévoit des règles communes pour les responsabilités contractuelles et délictuelles. Notre analyse restera toutefois dans le cadre de notre sujet, à savoir l'analyse du dommage aquilien et son traitement dans l'APF.

Le projet vise à intégrer dans le droit français les innovations jurisprudentielles, et surtout à redonner au droit des obligations une cohérence qu'il avait perdue. Comme le souligne Viney :

Les membres du groupe n'ont pas cherché à innover systématiquement. Au contraire, ils ont consacré la plupart des solutions qu'a dégagées la jurisprudence pour compléter les dispositions très elliptiques qui figuraient dans le Code civil. Toutefois, ils n'ont pas voulu se limiter à proposer une "codification à droit constant", estimant qu'ils devaient prendre parti sur des questions délicates à propos desquelles la jurisprudence est divisée ou contestée par la doctrine¹⁰²⁷.

1024 Voir à ce sujet le Code civil français dans le droit européen, actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français de 2004 à Genève (Dunand et Winiger éd.), Bruxelles, 2005.

1025 Voir à ce sujet le brillant article de Philippe Rémy, *Le processus de dé-codification*, in *Le Code civil français dans le droit européen*, actes du colloque sur le bicentenaire du Code civil français de 2004 à Genève, (Dunand et Winiger éd.), Bruxelles, 2005, pp. 197 ss.

1026 Avant-projet Catala, commentaire de Geneviève Viney, p. 144.

1027 Avant-projet Catala, commentaire de Geneviève Viney, p. 143.

L'APF vise également en matière de préjudice à assigner deux nouvelles fonctions au droit de la responsabilité civile. En plus de la volonté de réparation que connaissait expressément le droit actuel, les auteurs assignent au projet une fonction préventive et également, et c'est totalement nouveau, une fonction punitive, dans des cas certes limités.

Comme nous l'avons fait pour l'avant-projet du droit suisse, nous exposerons les idées-forces du projet français, avant de les discuter de manière critique.

A. Analyse du traitement de la notion de dommage dans le projet français

1. La définition du préjudice réparable

Contrairement au projet suisse, le projet français donne une définition de la notion de dommage. Après d'importantes discussions, la commission d'experts a considéré qu'il était nécessaire de définir ce terme capital¹⁰²⁸.

L'article 1343 APF dispose que le préjudice est réparable à la condition *qu'il soit certain et qu'il consiste dans la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou collectif*. Il est important de relever que le droit français opère une distinction entre la notion de préjudice et celle de dommage qui se retrouve dans la loi, à l'inverse de ce qui peut se faire en droit suisse où une telle distinction n'est faite que par certains auteurs romands¹⁰²⁹. La distinction entre le dommage et le préjudice est la suivante :

¹⁰²⁸ Avant-projet Catala, rapport explicatif, p. 153, N. 8 : « Une discussion s'est engagée sur l'opportunité de donner dans le code une définition du dommage (ou du préjudice) réparable, qui fait actuellement défaut. En dépit de la difficulté de cette définition, le groupe décide de ne pas laisser passer l'occasion. Le groupe décide, après discussion, de consacrer deux textes à deux points discutés : les dépenses pour prévenir la réalisation d'un dommage, et la perte d'une chance. En revanche, il n'apparaît pas utile de consacrer un article spécial aux pertes d'exploitation. »

¹⁰²⁹ Telle est par exemple la position de Deschenaux/Tercier, § 3 N. 1 et 2 ; dans le même sens, dans le cadre de la procédure de consultation, l'Université de Genève a regretté que l'article 45 al. 1 APC n'opère pas de distinction entre *dommage* et *préjudice* ; Classement des réponses à la procédure de consultation, p. 168.

« Dans toute la mesure du possible, le groupe a essayé de donner des sens distincts aux termes "dommage" et "préjudice", le dommage désignant l'atteinte à la personne ou aux biens de la victime et le préjudice, la lésion des intérêts patrimoniaux ou extra-patrimoniaux qui en résulte. »¹⁰³⁰ La formulation française peut sembler quelque peu artificielle mais s'inscrit dans le cadre d'un important courant doctrinal.

L'ajout de l'intérêt collectif à la fin de l'article 1343 APF a pour but, de l'avis des auteurs, de prendre en compte l'indemnisation du préjudice écologique¹⁰³¹. Contrairement au projet suisse qui définit la qualité pour agir pour certains types d'associations juridiques œuvrant pour la défense de l'environnement, le projet français s'y refuse estimant que ces questions relevaient plus du droit de procédure¹⁰³² que du fond. Cette disposition peut sembler novatrice, mais ne l'est pas nécessairement, dans la mesure où tant dans des affaires antérieures que dans l'arrêt Erika (un arrêt de première instance certes), la notion de préjudice écologique a été reconnue expressément¹⁰³³.

La définition du préjudice englobe expressément dans l'article 1344 APF les dépenses préventives ainsi que celles qui ont été prises pour éviter l'aggravation de celui-ci et pour en réduire les conséquences¹⁰³⁴. La formulation en est la suivante : « *les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente du dommage ou pour en éviter son aggravation* ».

L'article 1345 APF encadre dans certaines conditions strictes le dommage futur, lorsqu'il est la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel¹⁰³⁵. L'alinéa 2 de l'article 1345 prévoit que si la certitude du préjudice dépend d'un événement futur et incertain, le juge peut condamner immédia-

1030 Avant-projet Catala, rapport explicatif, p. 153.

1031 Avant-projet Catala commentaire, N. 20, p. 154.

1032 Avant-projet Catala commentaire, N. 20, p. 154.

1033 Jugement du 16 janvier 2008 du tribunal de grande instance de Paris, N. 993489510.

1034 Geneviève Viney, Avant-projet Catala commentaire, p. 148, assigne expressément une fonction préventive à cet article.

1035 La commission énonce que cette formulation reprend des formules développées par la Cour de cassation. Avant-projet Catala commentaire N. 21, p. 154. La commission ne définit pas de quels arrêts il s'agit.

tement le responsable en subordonnant l'exécution de la décision à l'avènement de la condition¹⁰³⁶.

L'article 1346 CCF concrétise dans la loi la perte d'une chance en tant que dommage réparable. Ce faisant, cet article transpose dans la loi le principe développé par la jurisprudence de la Cour de cassation de la perte d'une chance.

2. La réparation en nature

L'article 1368 APF énonce que la réparation peut, au choix du juge, prendre soit la forme d'une réparation en nature, soit la forme d'une condamnation à des dommages et intérêts. Ces deux mesures pouvant être cumulées. Cette règle est valable tant en droit délictuel qu'en droit contractuel¹⁰³⁷.

La réparation en nature exerce une fonction de nature préventive de l'avis même des auteurs du projet français :

*Quant à la **prévention** [en gras dans le texte], elle n'est pas présentée comme l'une des fonctions spécifiques de la responsabilité. Cependant, une place discrète lui a été réservée, sous le couvert de la réparation en nature¹⁰³⁸.*

La réparation en nature est expressément mentionnée comme premier mode de réparation au premier paragraphe du 3^e chapitre consacré aux effets de la responsabilité. La réparation en nature est dès lors un mode de réparation à part entière qui, en vertu de la systématique légale, est placé avant les dommages-intérêts mentionnés au 2^e paragraphe.

¹⁰³⁶ La précision provient d'arrêts de la Cour de cassation qui en avait fait bénéficier certaines victimes menacées par le SIDA. Avant-projet Catala commentaire N. 22, p. 154. La commission a décidé de généraliser la règle.

¹⁰³⁷ Avant-projet Catala commentaire, p. 161.

¹⁰³⁸ Avant-projet Catala commentaire de Geneviève Viney, p. 148.

Selon l'article 1369 APF, lorsque le juge ordonne une mesure de réparation en nature, celle-ci doit être spécifiquement apte à supprimer, réduire ou compenser le dommage.

Ce principe est concrétisé par l'article 1369-1 APF qui énonce que lorsque le dommage est susceptible de s'aggraver, de se renouveler ou de se perpétuer, le juge peut ordonner, à la demande de la victime, toute mesure propre à éviter ces conséquences, y compris au besoin la cessation de l'activité dommageable. Selon l'article 1369-1 al. 2, la victime peut prendre elle-même ces mesures aux frais du responsable, ou en exiger l'avance des frais nécessaires pour les effectuer.

3. Les dommages-intérêts dans leur principe

De l'avis des commentateurs, les principales innovations contenues dans ce paragraphe ont trait essentiellement aux dommages-intérêts punitifs (art. 1371 APF), à la possibilité pour le juge d'évaluer distinctement chacun des chefs de préjudice allégués (article 1374) ou à la possibilité reconnue d'affecter les dommages-intérêts à une mesure de réparation spécifique (article 1377)¹⁰³⁹.

L'article 1370 dispose que, sauf dispositions contraires, l'allocation de dommages-intérêts doit avoir pour objet de *placer la victime pour autant que possible, dans la situation qui aurait été la sienne, si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter ni perte ni profit pour la victime.*

Cette définition des dommages et intérêts est connue. Elle renvoie à celle de l'intérêt du lésé à la non-survenance du dommage discutée tant en droit romain qu'en droit suisse. La dernière phrase de l'article est également très intéressante. Elle énonce un principe de neutralité économique des dommages et intérêts selon lequel « il ne doit en résulter ni perte ni profit pour la victime ».

¹⁰³⁹ Avant-projet Catala commentaire, p. 161.

La somme versée à titre de dommages et intérêts ne doit ainsi pas permettre au lésé de se retrouver enrichi ou appauvri. Cette phrase correspond en fait au principe de non-enrichissement du lésé, tel qu'il est discuté dans la théorie de la différence. Le lésé ne doit pas profiter de son dommage pour tenter d'agrandir son patrimoine.

L'article 1374 APF prévoit que le juge doit évaluer distinctement chacun des chefs de préjudice allégués, et en cas de rejet d'un des chefs de préjudice, il doit motiver spécialement sa décision. La finalité de cette règle n'est pas précisée par les auteurs de l'avant-projet. Cet article vise à notre sens à obliger le juge à donner une motivation pour l'allocation de chaque poste du dommage et à l'empêcher de régler la question des dommages et intérêts en allouant une somme unique qui ne couvre pas chaque poste.

L'indemnité peut être allouée tant sous la forme d'un capital que d'une rente (art. 1376 APF).

L'article 1377 APF énonce que, sauf circonstances particulières¹⁰⁴⁰, la victime est libre de disposer comme elle l'entend des sommes qui lui sont allouées. L'article vise probablement les cas dans lesquels la victime décide d'utiliser l'indemnité qui lui sera versée à d'autres fins que celles de réparation de l'objet endommagé ou détruit. Cette règle tend à affirmer que l'indemnité est due quelle que soit l'attitude ultérieure du lésé par rapport à son patrimoine.

4. Règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'une atteinte à l'intégrité physique

L'article 1379 al. APF contient le siège de la matière relatif à l'indemnisation du dommage corporel ainsi qu'à sa détermination effective. La volonté de la commission est de donner un cadre juridique à l'indemnisation du dommage

¹⁰⁴⁰ Ces circonstances particulières sont le plus souvent données en cas de dommage à l'environnement, Avant-projet Catala commentaire, p. 162.

corporel¹⁰⁴¹. Les auteurs sont conscients du fait que cette rédaction n'est pas forcément des plus élégantes :

C'est en second lieu, à propos de la réglementation de l'indemnisation du dommage corporel qu'il est apparu difficile de concilier l'impératif d'une rédaction claire et concise avec la volonté d'apporter les précisions techniques nécessaires pour définir les droits et les obligations des parties [...]»¹⁰⁴².

Selon cette disposition, en cas d'atteinte à l'intégrité physique, la victime a droit à la réparation de ses préjudices économiques et professionnels correspondant notamment aux dépenses exposées ainsi qu'aux gains manqués et pertes de revenus. Sont également incluses dans le présent alinéa les souffrances endurées à titre de préjudices non économiques, à l'instar du préjudice fonctionnel¹⁰⁴³. Sont également englobés les préjudices esthétiques, spécifiques d'agrément, sexuels et d'établissement.

Selon l'alinéa 2 de ce même article 1379, les victimes par ricochet ont droit à la réparation de leurs préjudices économiques consistant en des frais divers et pertes de revenus comprenant également leurs préjudices personnels d'affection et d'accompagnement.

Le dernier alinéa de l'article 1379 enjoint le juge à distinguer dans sa décision chacun des préjudices économiques ou personnels dont il ordonne l'indemnisation.

¹⁰⁴¹ Avant-projet Catala commentaire, p. 163 : « Les dispositions qui suivent ont pour objet de donner un véritable cadre juridique à l'indemnisation du dommage corporel qui est aujourd'hui à peu près abandonnée au pouvoir souverain des juges du fond. Elles visent à restaurer dans ce domaine à la fois la sécurité juridique, l'égalité entre les justiciables et l'efficacité de la réparation. »

¹⁰⁴² Avant-projet Catala commentaire de Geneviève Viney, p. 141.

¹⁰⁴³ Avant-projet Catala commentaire N. 52, p. 163 : « On pourrait désigner ce préjudice par d'autres expressions telles que "préjudice physiologique" ou "déficit fonctionnel". »

5. Règles particulières relatives à la réparation des préjudices résultant d'une atteinte aux biens

Dans leur manière très détaillée d'aborder la question du préjudice, les auteurs du projet ont décidé d'inclure des dispositions réglant la question des atteintes aux biens¹⁰⁴⁴. Ils ne s'attardent pas sur le commentaire de ces dispositions, ce qui rend toute analyse difficile si l'on ne veut pas tomber dans la simple paraphrase.

En cas d'atteinte à un bien, l'article 1380 APF dispose que la victime a droit, sans déduction au titre de la vétusté, à une indemnité lui permettant le remplacement ou la remise en état du bien. L'éventuelle plus-value inhérente à la réparation ne doit pas être prise en compte dans la réparation. L'article 1380-2 al. 1 APF dispose au surplus que, si le bien endommagé a perdu de sa valeur, la victime a droit à une indemnité de dépréciation, indemnité qui sera calculée par le juge.

L'article 1380-2 al. 2 dispose également que la privation de jouissance de la chose et, le cas échéant, les pertes d'exploitation sont indemnisables.

6. L'allocation de dommages et intérêts punitifs

La disposition la plus novatrice du projet français est contenue à l'article 1371 qui dispose que l'auteur d'une *faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné en plus des dommages et intérêts compensatoires, à des dommages et intérêts punitifs, dont le juge a le droit de faire profiter en partie le Trésor public.*

¹⁰⁴⁴ Avant-projet Catala commentaire, p. 165 : « Ces règles reproduisent des solutions admises par la jurisprudence et généralement approuvées par la doctrine. »

Cette décision d'allocation de dommages et intérêts punitifs doit être spécialement motivée. De même, leur montant doit être distingué des dommages et intérêts compensatoires.

Selon Geneviève Viney, ces dommages et intérêts punitifs ne transforment que partiellement la fonction de la responsabilité civile en prévoyant une finalité autre que réparatrice :

*Toutefois, une disposition (l'article 1372) ouvre prudemment la voie à l'octroi de **dommages-intérêts punitifs** [en gras dans le texte]. Elle soumet le prononcé de cette sanction à la preuve d'une faute délibérée, notamment d'une "faute lucrative", c'est-à-dire d'une faute dont les conséquences profitables pour son auteur ne seraient pas neutralisées par une simple réparation des dommages causés. Elle exige également une motivation spéciale et impose au juge de distinguer les dommages-intérêts punitifs des dommages-intérêts compensatoires. Enfin elle interdit leur prise en charge par l'assurance, ce qui est indispensable pour donner à cette condamnation la portée punitive qui constitue sa raison d'être¹⁰⁴⁵.*

Le projet innove en disposant que ces dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables, voulant par là interdire à l'auteur de pouvoir échapper à la sanction.

Cette disposition peut surprendre le juriste continental. En effet, dans les ordres juridiques issus du droit romain, les dommages et intérêts ne peuvent avoir qu'une fonction de compensation, et non une fonction de punition. On peut à notre sens comparer ces dommages et intérêts punitifs avec la législation autrichienne qui module la préparation selon l'intention ou la négligence de l'auteur.

De par l'introduction de ces dommages et intérêts punitifs, le droit français opère une véritable rupture avec le droit existant en donnant au droit de la

¹⁰⁴⁵ Avant-projet Catala, commentaire de Geneviève Viney, p. 148.

responsabilité civile une finalité autre que celle de simple indemnisation du préjudice.

B. Les critiques apportées à la notion de dommage dans le projet français

Un projet de l'importance du projet français ne pouvait laisser la doctrine inactive, et quelques contributions, rares toutefois il est vrai, sont venues le critiquer, mais plus dans un sens positif que négatif¹⁰⁴⁶. Un groupe de travail de la Cour de cassation présidé par Monsieur Pierre Sargos a rendu un rapport en 2007 qui approuve dans les grandes lignes les orientations de l'avant-projet Catala¹⁰⁴⁷.

Les critiques portent essentiellement sur la fusion des notions de responsabilité contractuelle et délictuelle¹⁰⁴⁸. Des auteurs déplorent le style rédactionnel du projet qu'ils trouvent trop détaillé¹⁰⁴⁹. Certains reprochent également à l'article 1340 APF de ne pas avoir de valeur normative, mais de se contenter d'être un simple texte d'annonce¹⁰⁵⁰. D'autres objectent la manière dont certaines innovations jurisprudentielles n'ont pas été concrétisées¹⁰⁵¹.

La notion de dommage ainsi que les conséquences de la réparation du préjudice n'ont pas donné lieu à d'importantes études. Au contraire, les critiques ne se sont que fort peu focalisées sur la question des dommages-intérêts, montrant peut-être par là que l'avant-projet français codifie le droit existant et amène des innovations peu contestées.

¹⁰⁴⁶ Decker, *La réforme du droit français des obligations*, pp. 765 ss ; Mazeaud, *Observations conclusives*.

¹⁰⁴⁷ Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription du 15 juin 2007.

¹⁰⁴⁸ Le Tourneau, *Une voie critique*, pp. 189-193.

¹⁰⁴⁹ Le Tourneau, *Une voie critique*, p. 182.

¹⁰⁵⁰ Le Tourneau, *Une voie critique*, p. 183.

¹⁰⁵¹ Mazeaud, *Observations conclusives*, p. 12.

Tout au plus, en approuvant *dans leurs principes*¹⁰⁵² les règles relatives à l'évaluation du préjudice (art. 1374, 1379 et 1380 APF), le groupe de travail de la Cour de cassation se permet d'apporter quelques bémols, plus motivé en cela par le risque de voir son contrôle juridictionnel augmenté que par des considérations de nature dogmatique¹⁰⁵³. En effet, tout comme en droit suisse, les questions de délimitation du dommage sont souvent des questions de fait, qui se retrouvent par là soustraites au contrôle d'une juridiction suprême.

La question des dommages-intérêts punitifs secoue un peu plus la doctrine. Philippe Le Tourneau approuve certes le fait que ceux-ci soient introduits dans la lettre de l'article 1371 APF¹⁰⁵⁴. Cet auteur regrette toutefois que leur montant puisse être versé à la victime et non à un fonds de garantie, afin d'éviter un enrichissement illégitime de la victime¹⁰⁵⁵. Le rapport de la Cour de cassation va dans le même sens que Philippe le Tourneau en employant une argumentation plus subtile, qui a pour mérite de comparer ces nouveaux dommages et intérêts punitifs au droit anglo-saxon :

Ensuite, la finalité assignée dans le « projet Catala » aux dommages-intérêts punitifs est obscure. Dans la conception anglo-saxonne classique, les dommages-intérêts punitifs sont acquis au créancier insatisfait. Le « projet Catala » opte pour une solution hybride, pour ne pas dire étrange, puisqu'il permet au juge d'en faire partiellement bénéficier le

1052 Rapport de la Cour de cassation, N. 88.

1053 Rapport de la Cour de cassation, N. 88 : « Il faut bien rappeler que la Cour de cassation exerce actuellement un contrôle des plus restreints en la matière. Si la condition tenant à l'existence du dommage est contrôlée, l'évaluation monétaire du préjudice est abandonnée au juge du fond souverain en la matière. Sur ce terrain, la censure n'est guère encourue qu'en cas de violation du principe de la réparation intégrale, d'une méconnaissance des règles régissant la réparation d'une perte de chance ou d'une erreur flagrante de motivation. Les nouvelles règles commandent-elles une extension du contrôle de la Cour de cassation ? Si tel devait être le cas, il conviendrait de mesurer l'impact de la réforme sur l'évolution du contentieux. Le risque n'est pas mince de transformer par ce biais la Cour de cassation en troisième degré de juridiction, alors que sa vocation n'est pas d'arbitrer les incidences financières de la responsabilité, question très largement imprégnée de fait, sous couvert d'un contrôle de légalité de façade. »

1054 Le Tourneau, *Une voie critique*, p. 182, p. 192.

1055 Le Tourneau, *Une voie critique*, p. 192 ; dans le même sens rapport de la Cour de cassation N. 92.

Trésor public. On comprend mal cette intrusion de l'État. Ce qui est certain, c'est que la proposition fait naître une confusion entre dommages-intérêts punitifs et amende civile, pour un objectif assez voisin de celui de l'astreinte.

En définitive, s'il est évident que les sanctions classiques (dommages-intérêts compensatoires, sanctions pénales) ne suffisent pas toujours à neutraliser certains comportements dommageables particulièrement rentables (violations de la vie privée par voie de presse, atteintes à la propriété intellectuelle), il apparaît illogique que la mise en place de mécanismes plus dissuasifs puisse profiter, non à la collectivité, mais à la victime, au prix d'une véritable dénaturation de la finalité indemnitaire de la responsabilité civile. Celle-ci ne doit tendre qu'à la réparation intégrale : tout le dommage et rien que le dommage.

En conséquence, si de nouvelles sanctions devaient s'avérer nécessaires pour prévenir et sanctionner plus efficacement les comportements dénoncés, le dispositif à privilégier, à la fois dissuasif et neutre pour la victime, ne devrait pas être recherché en droit de la responsabilité, mais se traduire plutôt par un développement de sanctions pénales ou administratives plus adaptées, de véritables amendes au profit de l'État ou d'un fonds de garantie par exemple¹⁰⁵⁶.

On voit ainsi qu'à l'instar de ce qui a résulté de l'analyse du droit suisse ou du droit autrichien, la Cour de cassation reste très attachée au principe de la *restitutio in integrum*. Cette restitution intégrale est le corollaire de la finalité indemnitaire du droit de la responsabilité civile que le groupe de travail reconnaît expressément et auquel il est très attaché. Comme il le reconnaît en préambule, la question des dommages et intérêts punitifs est *souvent guidé[e] par des considérations plus morales que juridiques*¹⁰⁵⁷. Cette volonté de punition s'éloigne de la finalité protectrice du droit de la responsabilité civile et est plus animée par des conceptions punitives ou normatives. Selon lui, ce fait a été amorcé par la reconnaissance du tort moral qui ne consiste pas en une réparation intégrale ou équivalente. Sur ce point, le groupe de travail de

¹⁰⁵⁶ Rapport de la Cour de cassation, N. 91.

¹⁰⁵⁷ Rapport de la Cour de cassation, N. 91.

la Cour de cassation rejoint notre analyse selon laquelle le droit de la responsabilité civile a pris un virage normatif ces vingt dernières années, et que le juriste est dans la difficulté de les circonscrire :

S'il est vrai que l'institution des dommages-intérêts punitifs altérerait sensiblement la finalité proprement indemnitaire ou réparatrice habituellement assignée à la responsabilité civile en droit français, au profit d'une logique plus normative ou répressive, d'aucuns affirment que cette évolution n'est pas nouvelle et qu'elle fut discrètement annoncée par l'indemnisation du dommage moral pour lequel le principe de l'équivalence ou de la réparation intégrale n'a pas vraiment de sens¹⁰⁵⁸.

Sur la modalité d'octroi de ces dommages, le groupe de travail regrette qu'il ne soit pas fait usage des termes usuels de « faute intentionnelle » ou de « faute volontaire ». La Cour de cassation craint en effet que la formulation employée à l'article 1371 APF de *faute manifestement délibérée et notamment d'une faute lucrative* ne soit impropre et imprécise. En effet, définir ce nouveau type de faute pourrait conduire à des difficultés de définition et d'application¹⁰⁵⁹. Le groupe de travail craint que la loi n'ouvre par là une véritable *boîte de Pandore* conduisant après un premier débat, nécessaire, sur la nature de la faute, [à] des querelles et des discussions aussi interminables qu'inutiles sur ce qui est manifeste et sur ce qui ne l'est pas. Voilà qui compliquera les débats, ainsi que la rédaction des jugements, puisque l'octroi de dommages-intérêts punitifs doit, selon le texte en projet, être "spécialement motivé", ce qui n'est en soi pas contestable¹⁰⁶⁰.

En définitive, la question du dommage en droit français ne semble pas être une interrogation majeure de la doctrine, ce qui peut surprendre le juriste non français, vu les importants débats qui ont été soulevés dans les autres ordres juridiques que nous avons examinés.

¹⁰⁵⁸ Rapport de la Cour de cassation, N. 91.

¹⁰⁵⁹ Rapport de la Cour de cassation, N. 92.

¹⁰⁶⁰ Rapport de la Cour de cassation, N. 92.

§ 30. Les *European Principles of Tort Law* (PETL)

A. Les idées directrices du projet PETL

À l'instar du projet autrichien, les principes PETL sont basés sur le système mobile développé par le juriste Walter Wilburg¹⁰⁶¹. Édictés en 2005, ils ont pour ambition d'offrir une définition moderne et harmonisée au niveau européen et de proposer des principes universels qui transcendent les différences nationales. Ce projet de grande ampleur¹⁰⁶² a réuni une équipe de juristes venant de différents pays européens. Le travail de rédaction a duré plus d'une dizaine d'années.

Le projet n'a certes pas l'ambition de constituer un *restatement* du droit européen de la responsabilité civile¹⁰⁶³, mais d'être plutôt un pendant des principes contractuels Lando¹⁰⁶⁴. Il a pour but de développer et d'harmoniser le droit de la responsabilité civile européen¹⁰⁶⁵.

La langue officielle utilisée est l'anglais¹⁰⁶⁶. Il existe certes une traduction en français de la plume du professeur Olivier Moréteau¹⁰⁶⁷. Dans la mesure tou-

1061 Wilburg, Walter, *Die Elemente des Schadens*.

1062 Pour une vision détaillée de la genèse et de l'historique de cette œuvre, voir Spier, *in* *Projet PETL commentaire*, N. 1-44, pp. 12-18.

1063 Spier, *in* *Projet PETL commentaire*, N. 31, p. 16.

1064 Spier, *in* *Projet PETL commentaire*, N. 30, p. 16.

1065 Spier, *in* *Projet PETL commentaire*, N. 30, p. 16.

1066 *Projet PETL commentaire*, préface, p.4.

1067 La traduction française est disponible sur le site www.egtl.org/ (dernière consultation le 26 février 2009)

tefois où certains commentateurs ont souligné la faiblesse des traductions existantes, nous nous concentrerons sur la version anglaise¹⁰⁶⁸.

B. Analyse du traitement de la notion de dommage dans le projet PETL

1. La définition des intérêts protégés

Selon l'article 2:101, le dommage exige qu'une atteinte matérielle ou immatérielle ait été portée à un intérêt juridiquement protégé. Le cercle des intérêts protégés est listé à l'article 2:102 PETL. Le commentaire de l'article 2:101 énonce que la notion de dommage dans le projet n'est pas une notion naturelle mais légale¹⁰⁶⁹. La définition du dommage donnée dans le commentaire est en lien direct avec la théorie de la différence¹⁰⁷⁰. Koziol poursuit plus loin et se réfère expressément à cette dernière qu'il ancre dans le texte légal de l'article 10:101 :

In our view damage or harm in ordinary usage implies a comparison between the two states of affairs, i. e., between the hypothetical situation and the real "as it is" situation after the event has occurred – what is known in the terminology of German law as the "Differenzmethode"¹⁰⁷¹.

Selon cet article, l'étendue de la protection d'un intérêt dépend de sa nature. Plus sa définition est précise et évidente, le plus extensif est son champ de protection. En haut de la pyramide, on trouve la vie, l'intégrité corporelle et mentale, et la liberté (art. 2:102 al. 2 PETL). Suivent ensuite les droits de propriété matérielle et immatérielle (art. 2:102 al. 3 PETL).

1068 C'est à notre sens une véritable gageure d'avoir choisi l'anglais comme langue officielle de travail. L'anglais est certes la langue de travail internationale, mais l'anglais juridique est lié avec la *common law*. Il est dès lors très difficile de rédiger des principes d'inspiration presque exclusivement continentale, il faut le reconnaître, dans cette langue.

1069 Koziol, in *Projet PETL* commentaire N. 1, p. 27.

1070 Koziol, in *Projet PETL* commentaire N. 1, p. 27 : « *The provision has the effect that recoverable damage involves a negative variation in the injured party's protected sphere; the notion of damages is thus not a "natural" but a "legal" one.* »

1071 Koziol, in *Projet PETL* commentaire N. 2, p. 28.

L'article 2:102 al. 4 dispose que la protection des intérêts de nature purement économique ou les relations de nature contractuelle peuvent être plus limitées dans leur étendue. Dans la prise en compte de ces intérêts, il convient de considérer le rapport de proximité entre l'auteur et sa victime. La connaissance subjective de l'auteur qu'il va créer un dommage, bien qu'il sache que ses intérêts soient moins dignes de protection que ceux de sa victime.

L'article 2:102 al. 5 PETL dispose enfin que l'étendue de la protection d'un intérêt peut également dépendre de la nature de la responsabilité, de sorte qu'un type d'intérêt peut recevoir une protection plus extensive en cas de dommage intentionnel que dans d'autres cas. L'alinéa 6 enjoint enfin au juge de prendre en considération les intérêts que l'auteur possédait dans sa liberté d'action, de même que l'intérêt public. Ces constatations ne touchent pas directement à la définition du dommage, mais dans la mesure où elles énoncent quels intérêts sont protégés, elles définissent ce qui peut être considéré comme un dommage réparable.

2. La définition de la notion de dommage en général

L'article 10:101 définit les dommages et intérêts dans le chapitre qui est consacré aux *remedies*. D'ailleurs tout le chapitre *damages* est contenu au titre VI qui formule les *remedies*¹⁰⁷². La section 1 expose les dommages et intérêts en général.

Au sens de l'article 10:101 PETL, les dommages et intérêts sont un paiement monétaire, dans la mesure où l'argent permet de replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne si l'acte illicite dont elle s'est plainte n'avait pas été commis¹⁰⁷³. La dernière phrase de l'article 10:101 énonce que les

¹⁰⁷² Magnus, in *Projet PETL* commentaire N. 1 et 2 p. 150 : « *The remedy of damages is the most important tool to compensate an injured party's loss of what kind so ever. [...] The term "damages" is understood to mean a money payment only. Other form of restoration like restoration in kind or similar remedies are not covered by the term.* »

¹⁰⁷³ Magnus, in *Projet PETL* commentaire N. 4, p. 150 : « *By requesting that money, so far as money can, should restore the victim to his or her non-violated position, the article states*

dommages et intérêts possèdent également une fonction de prévention du dommage¹⁰⁷⁴. Le montant des dommages n'est toutefois pas absolu, et se mesure en utilisant un critère très proche de celui de la théorie de la différence¹⁰⁷⁵.

Les principes ne sont également pas opposés, même si ce n'est pas leur but premier, à ce que la victime récupère, par le biais de la remise de gain, les bénéfices injustement perçus par le truchement d'une activité illicite¹⁰⁷⁶.

Au sens de l'article 2:104, les mesures prises à titre préventif pour éviter la survenance du dommage sont récupérables, à la condition qu'elles soient raisonnables.

L'article 2:105 contient une règle qui impose au juge de prouver le dommage selon les règles de procédure standard, permettant toutefois au juge d'estimer l'étendue du dommage s'il était trop coûteux ou difficile d'en apporter sa preuve exacte.

L'article 10:201 dispose que l'indemnité de dommages et intérêts peut être payée sous la forme d'un capital ou de paiements périodiques, en ayant à l'esprit l'intérêt de la victime.

implicitly that compensation is the primary aim of damages. On this primary aim all European systems agree. Also the aim of prevention of harm is accepted while a punitive purpose of the law of damages is implicitly refused by not mentioning it. »

1074 Magnus, in *Projet PETL commentaire* N. 3, p. 150 : « *This notion needs hardly explanation. It means that by the prospect of the imposition of damages, a potential tortfeasor is forced or at least encouraged to avoid doing harm to others. »*

1075 Magnus, in *Projet PETL commentaire* N. 7, p. 151 : « *In general the whole damage has to be compensated. However, it should not be overlooked that there are also certain limits which control the principle of restitution; for instance the value of damaged property is typically the limit of recovery. [...] This implies a certain standard and method of assessment: the present position of the victim has to be compared with the hypothetical situation. [...] Thus, the difference between the present and the hypothetical state is generally the yardstick by which the recoverable loss is measured. »*

1076 Magnus, in *Projet PETL commentaire* N. 9, p. 152 : « *The principles are silent on the possibility of gain-stripping as a means of compensation because this is mainly the province of the law of unjust enrichment or restitution. Nonetheless, in some systems this possibility plays a – limited – role in certain areas of tort law, too for instance when intellectual property rights are infringed. In these cases and within the general limits which the aims of compensation and prevention set also the gain of the tortfeasor made can be taken into account when assessing the amount of damages. »*

3. La réparation en nature

L'article 10:104 permet au juge d'allouer, en lieu et place de dommages et intérêts, la réparation en nature, à la condition que cela soit possible et pas trop onéreux pour l'autre partie. Cette manière de rédiger est à nouveau influencée par le système mobile de Wilburg qui prône la prise en considération de nombreuses circonstances dans le cadre de la fixation du dommage.

4. Le dommage pécuniaire

Le dommage patrimonial réparable est défini à l'article 10:201 alinéa 1 comme étant constitutif d'une diminution du patrimoine¹⁰⁷⁷ de la victime causée par l'événement dommageable¹⁰⁷⁸. L'article 10:201 définit d'abord le dommage patrimonial comme représentant une diminution de patrimoine, et l'exemplifie ensuite en donnant des lignes directrices expliquant de quelle manière il doit être calculé¹⁰⁷⁹.

Un tel dommage doit généralement être déterminé de la manière la plus concrète¹⁰⁸⁰ possible, mais peut également être mesuré de manière abstraite¹⁰⁸¹, en prenant par exemple en compte la valeur de marché¹⁰⁸². Ces deux manières de calculer nous sont connues, car elles sont également utilisées en droit suisse.

1077 Magnus, *in* Projet PETL commentaire, définit le patrimoine (*victim's patrimony*) comme : « *The wide expression "victim's patrimony" includes not only the actual tangible property rights which the victim posses but also the capacity to earn money or the right to use a thing.* »

1078 Article 10:201 PETL : « *Recoverable pecuniary damages is a diminution of the victim's patrimony caused by the damaging event. Such damages is generally determined as concretely as possible but it may be determined abstractly when appropriate, for example by reference to a market value.* »

1079 Magnus, *in* Projet PETL commentaire N. 1, p. 161.

1080 Magnus, *in* Projet PETL commentaire N. 5, pp. 161-162 : « *The adverb "concretely" refers to a certain method or prevailing assessment of damages. Here it means that damage have to be determined with respect to the specific situation of the actual victim.* »

1081 Magnus, *in* Projet PETL commentaire N. 6, p. 162.

1082 Magnus, *in* projet PETL commentaire N. 7, p. 162.

5. Le dommage causé aux personnes

L'article 10:202 dispose du dommage résultant de lésions corporelles ou de la mort d'homme.

L'alinéa 1 définit le préjudice réparable en cas de lésions corporelles ou psychiques pour autant qu'il s'agisse d'une maladie mentale reconnue induite par l'acte illicite. Le dommage pécuniaire comprend la perte de revenus, la perte de la capacité de gain (même dans les cas où il n'y a pas de perte de gain effective) de même que toutes autres dépenses raisonnables, à l'instar des coûts relatifs aux frais médicaux.

L'alinéa 2 énonce qu'en cas de mort, les personnes, dont notamment les membres de la famille que le lésé entretenait ou aurait entretenus si la mort ne s'était pas produite, sont traitées comme si elles avaient elles-mêmes subi un dommage réparable à la hauteur de cette perte de soutien.

6. Le dommage causé aux choses

En ce qui concerne le dommage causé aux choses, l'article 10:203¹⁰⁸³ considère que si une chose a été détruite ou endommagée, la mesure de base des dommages et intérêts est la valeur de la chose ou la diminution de sa valeur. Il n'est pas relevant que la victime veuille remplacer le bien endommagé ou non. Toutefois, si la victime fait procéder à la réparation de la chose, elle a le droit d'exiger le paiement de ses frais de réparation, même plus élevés, s'il semble raisonnable de le faire¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸³ Art. 10:203 PETL : « (1) *Where a thing is lost, destroyed or damaged, the basic measure of damages is the value of the thing or the diminution in its value and for this purpose it is irrelevant whether the victim intends to replace or repair the thing. However, if the victim has replaced or repaired it (or will do so), he may recover the higher expenditure thereby incurred if it is reasonable to do so.* (2) *Damages may also be awarded for loss of use of the thing, including consequential losses such as loss of business.* »

¹⁰⁸⁴ L'article 10:203 parle des « *higher expenditure thereby incurred if it is reasonable to do so.* »

L'article 10:203 al. 2 dispose que la perte d'usage de la chose doit aussi donner lieu à indemnisation, en y incluant les dommages qui en découlent, à l'instar des pertes d'exploitation commerciale¹⁰⁸⁵.

7. Le dommage non patrimonial

Le dommage non patrimonial est défini à l'article 10:301. Il est divisé en trois alinéas¹⁰⁸⁶. La raison d'être de cet article est d'indemniser les dommages de nature non pécuniaire, comme le sentiment de souffrance découlant de la mort d'un être cher.

Le premier alinéa définit ce qu'il faut comprendre comme atteintes donnant lieu à l'allocation d'un préjudice non patrimonial. Cette hypothèse est donnée dans les cas où un intérêt de la victime au sens de l'article 2:102 a été violé.

L'alinéa 2 de l'article 10:103 énonce qu'il convient de prendre en compte toutes les circonstances du cas telles que la gravité de l'atteinte, sa durée ainsi que ses conséquences¹⁰⁸⁷. De même, il sied de considérer la gravité de la faute de l'auteur, mais seulement dans la mesure où elle contribue de manière significative aux douleurs de la victime.

L'alinéa 3 contient une règle spécifique en cas d'atteintes à l'intégrité corporelle. Le dommage non patrimonial correspond aux souffrances de la victime, ainsi qu'à l'atteinte à son intégrité physique et corporelle.

Il convient de souligner que même si les dommages et intérêts dans le cadre des principes PETL n'ont pas de finalité punitive, leur détermination en cas de dommage non patrimonial doit, de l'avis des commentateurs, prendre en considération le degré de faute de l'auteur¹⁰⁸⁸.

1085 Art. 10:203 al. 2 : « *Damages may also be awarded for loss of use of the thing, including consequential losses such as loss of business.* »

1086 Voir le texte des principes en fin de volume.

1087 Rogers, in *Projet PETL commentaire* N. 1 ss, p. 156.

1088 Rogers, in *Projet PETL commentaire* N. 9, p. 175 : « *However, even among the majority group there is a discernible tendency to take account of the conduct of the tortfeasor in determining*

C. Les critiques apportées à la notion de dommage dans le projet PETL

Les principes PETL, dans la mesure où ils visent à harmoniser et à unifier le droit de la responsabilité civile dans une perspective de droit comparé, ont été à ce titre justement salués par la doctrine comme une étape majeure dans la consolidation du droit de la responsabilité civile européen¹⁰⁸⁹.

Une des principales critiques adressées aux principes PETL concerne le fait que ceux-ci sont très académiques et difficiles à mettre en pratique. On a notamment reproché au projet que de nombreux articles soient nécessaires pour définir la notion de causalité¹⁰⁹⁰, ou même celle de dommage¹⁰⁹¹. Il ne faut pas oublier que, comme son nom l'indique, les principes PETL ne sont pas destinés à être intégrés tels quels dans un projet européen, mais visent bien plutôt à l'harmonisation du droit européen de la responsabilité civile, à l'instar de ce que prévoit la méthode suivie par les principes Lando¹⁰⁹².

Une autre critique porte sur la formulation du langage, ainsi que ses traductions. Certains auteurs, tels que Kadner, trouvent les principes souvent vagues¹⁰⁹³ et mal traduits¹⁰⁹⁴. Comme nous l'avons exposé plus haut, seule la version anglaise des principes fait foi et doit servir d'étalon de mesure. Il est toutefois vrai que ce problème de langue est une des faiblesses du projet

what is just "satisfaction" by way of damages for non-pecuniary loss. While that may often be legitimate, it arguably involves a "drift" towards a punitive element. In our view the way to take conduct into account but remain faithful to the principle of compensation is to provide that the conduct of the tortfeasor only comes into the picture when it contributes to the grievance of the victim. »

1089 Kadner, *Principles of European Tort Law, forces et faiblesse*, pp. 220-236 ; Blackie, *The torts provisions of the study group*, p. 55.

1090 À ce sujet, Winiger, *Discussion du projet autrichien*, p. 249.

1091 Kadner, *Principles of European Tort Law, forces et faiblesse*, pp. 242-243.

1092 Spier, in *Projet PETL commentaire* N. 30, p. 16.

1093 Jansen, *The State of the Art of European Tort Law*, pp. 33-34, nous semble à raison faire découler ces problèmes de formulations vagues du système mobile telles que l'emploi des formules incertaines *may*, *value of the protected interest* ou *foreseeability* : « *But this, it is submitted, is unsatisfactory. It leaves the judge without any concrete guidance. [...] The lack of a prior analysis distinguishing truly flexible elements from non-flexible ones is probably the main flaw of the PETL.* »

1094 Kadner, *Principles of European Tort Law, forces et faiblesse*, p. 237.

PETL, et que les versions ultérieures se devront d'améliorer le niveau général de traduction, afin de *convaincre les juristes en Europe*¹⁰⁹⁵. Dans le même élan, Kadner regrette que la qualité du commentaire des principes ne soit pas à la hauteur de celui des principes Lando, notamment par rapport aux renvois jurisprudentiels¹⁰⁹⁶.

Au-delà des critiques de forme ou relatives à d'autres conditions de la responsabilité civile qui ne nous intéressent pas dans la présente étude, force est de constater que la notion de dommage n'a pas été au centre des discussions. Celles-ci se sont plus portées sur la responsabilité pour risque ou la causalité.

Quelques rares remarques ont été faites à la notion de dommage ou à tout le moins à sa définition. Kadner relève à juste titre que le champ d'application des articles 2:102 et 10:301 des principes PETL prête à confusion¹⁰⁹⁷. En effet l'article 2:102 al. 2 définit, au titre II des conditions générales de la responsabilité, les intérêts protégés comme étant *Life bodily or mental integrity, human dignity and liberty*. De la même manière l'article 2:102 al. 4 définit les intérêts économiques et contractuels en leur accordant un champ de protection plus restreint¹⁰⁹⁸. Toutefois, l'article 10:301 ajoute une nouvelle catégorie d'intérêts dans sa définition du dommage non patrimonial en y incluant la dignité humaine (*human dignity*) ou d'autres droits de la personnalité (*other personality rights*).

Blackie, dans une perspective anglo-saxonne bienvenue met en avant le fait que le projet emploie le terme de *legally relevant damage*, afin d'opérer une synthèse entre la notion européenne d'*iniuria* et de *compensable damage*¹⁰⁹⁹. Cette notion est dès lors centrale dans les principes et n'est pas toujours extrêmement facile à interpréter et à situer¹¹⁰⁰.

1095 Kadner, *Principles of European Tort Law, forces et faiblesse*, p. 237.

1096 Kadner, *Principles of European Tort Law, forces et faiblesse*, p. 237-238.

1097 Kadner, *Principles of European Tort Law, forces et faiblesse*, p. 238.

1098 Jansen, *The State of the Art of European Tort Law*, pp. 18-19.

1099 Blackie, *The torts provisions of the study group*, pp. 64-65.

1100 Blackie, *The torts provisions of the study group*, pp. 66-70.

La question de la nature du dommage méritera ainsi d'être retravaillée sur ces quelques points fondamentaux. Il nous semble que les principes devraient mieux définir le cercle des intérêts protégés, et préciser la notion de dommage réparable qui peut ouvrir la voie à l'incertitude.

Les principes PETL peuvent toutefois valablement être considérés comme apportant une très belle pierre à la consolidation du droit européen de la responsabilité civile et servir de source d'inspiration importante tant aux législateurs futurs, qu'à la jurisprudence¹¹⁰¹. Le côté international des principes, ainsi que la synthèse qu'ils opèrent entre les différents ordres juridiques sont un outil appelé à jouer un rôle certain dans l'évolution européenne du droit privé, à tout le moins d'un point de vue académique.

¹¹⁰¹ Kadner, *Principles of European Tort Law, forces et faiblesse*, pp. 244-245.

§ 31. Résumé conclusif de la quatrième partie

À ce jour, aucun des projets n'a été adopté. Nous estimons, pour notre part, que malgré le fait que tous contiennent en eux-mêmes d'indéniables avancées doctrinales, ils sont souvent la marque d'un *droit de professeur*¹¹⁰² qui risque de difficilement être accepté tant par la pratique judiciaire que les milieux économiques. Il y a à notre sens une part de vérité dans cette analyse. Ces textes manquent parfois de concision et font entrer dans le droit des notions qui n'ont pas directement leur place dans un code au sens moderne du terme¹¹⁰³. Le juriste se met à regretter la clause générale qui englobait un nombre infini de solutions sous sa lettre à l'instar de l'actuel article 1382 CCF ou de l'article 41 CO¹¹⁰⁴.

1102 Cette critique a été émise tant à l'égard du projet français que du projet suisse ; Le Tourneau, *Une voie critique*, p. 182 ; c'est celle qu'a apportée également le Conseil fédéral au projet suisse dans son communiqué de presse du 21 janvier 2009 : « *La réforme et l'unification de ce domaine du droit sont surtout, estime-t-il, un souhait émanant des milieux universitaires. Le fait que les principes du droit de la responsabilité civile sont souvent non pas fixés dans la loi mais établis par la jurisprudence ne gêne pas les praticiens.* »

1103 Déjà en 1904 Planiol, *Inutilité d'une révision générale du Code civil*, p. 960, doutait de la nécessité de réviser le Code civil français en mettant en question le besoin de l'adapter au goût du jour : « *Une révision du code n'est pas seulement d'une utilité faible ou contestable : elle serait dangereuse : On ne la ferait pas uniquement pour retoucher des points de détail, pour modifier quelques textes mal rédigés, pour compléter ceux qui sont insuffisants ou pour supprimer les parties mortes qui sont devenues encombrantes ; si on entendait se borner à ces retouches de pure forme, ce serait entreprendre une bien grosse affaire pour un mince profit. [...] Ce qui a fait la force du code Napoléon, c'est que ses auteurs n'ont pas profité de l'occasion qui s'offrait à eux pour glisser dans la loi leurs idées particulières et pour nous donner un code à l'image de leur esprit : leur code a duré parce qu'il était impersonnel et exempt de toute idée tendancieuse. Rien ne vieillit si vite que les systèmes doctrinaux, et la loi n'est pas faite seulement pour l'usage d'une génération ou pour la satisfaction intellectuelle d'une école. [...].* »

1104 Chappuis, C. in *Discussion générale du projet français*, p. 198.

De manière plus profonde toutefois, on peut affirmer que la plus grande lacune de ces projets réside en ce que chacun d'entre eux se veut un système autonome se suffisant à lui-même, et ne se posant que rarement la question de son intégration dans le reste du Code civil. Aussi importante soit-elle en pratique, la responsabilité civile n'est qu'un des remèdes disponibles, et le droit privé contenu dans un code aborde de nombreux autres problèmes qu'il convient de traiter également en sus du domaine de la responsabilité civile.

Dès lors, ces grandes constructions doctrinales que sont les projets peuvent apparaître comme des œuvres en elles-mêmes, qui peuvent sembler quelque peu artificielles et difficilement applicables en pratique. Ces systèmes tournent autour de certaines idées phares, à l'image de la responsabilité pour risque aggravée, les dommages corporels ou l'amélioration de la position de la victime. On ne discute que peu des questions de nature économique, bancaire ou de droit des sociétés. Il ne s'agit nullement de contester le renforcement de la position de la victime, mais ce n'est pas la seule interrogation d'importance dans un système moderne de responsabilité civile.

Ces projets-systèmes modernes oublient à notre sens que le droit privé est un grand ensemble cohérent qui ne tourne pas nécessairement autour de l'action aquilienne. La force des grands codes civils européens résulte de ce que ces codifications offrent un système général et abstrait pouvant englober de nombreuses situations sous la lettre de leurs dispositions.

Ces quatre projets, aussi divers soient-ils, offrent toutefois une réflexion de premier choix sur le droit de la responsabilité civile, et méritent à ce titre d'être déjà examinés et étudiés. Ils concrétisent souvent les mêmes solutions à l'instar de la réparation du dommage en nature, des méthodes d'évaluation abstraites et concrètes du préjudice, ou de la prise en compte des dommages immatériels. Cette convergence de vues doctrinales est remarquable et démontre que le dommage au sens du droit privé possède tout de même des contours identiques dans les grands ordres juridiques européens.

La théorie de la différence tant décriée par une majorité de la doctrine suisse comme étant un helvétisme archaïque se retrouve consacrée dans les quatre

projets sous des formes presque identiques, démontrant par là qu'elle reste une méthode de choix pour le calcul du dommage de nature patrimoniale, à tout le moins.

Dans le même élan, les quatre travaux mettent en avant la finalité essentiellement protectrice et compensatoire du droit de la responsabilité civile. La finalité est avant tout de réparer les pertes patrimoniales subies par la victime. Tous les projets, à l'exception du projet suisse, mettent également l'accent sur la volonté de prévenir la survenance de dommage de par la menace pesant sur l'auteur de devoir payer des dommages et intérêts. Le droit français va plus loin en introduisant des dommages-intérêts punitifs et en donnant par là une finalité autre au droit de la responsabilité civile que la simple réparation. Le projet français opère ainsi une rupture très nette avec le système développé sous la *lex Aquilia*.

L'étude de ces quatre projets montre que la question du dommage n'est pas traitée de manière révolutionnaire dans les différents textes. Ceux-ci codifient souvent le droit existant ou cristallisent des solutions patiemment mûries par la doctrine. Les innovations sont relativement rares, ce qui explique qu'à part dans le projet autrichien, la critique est peu présente par rapport à la notion de dommage.

Ces travaux n'ont pas toujours eu l'attention qu'ils méritaient, peut-être aussi parce que les praticiens ne s'y sont que peu intéressés, accaparés par les questions immédiates à traiter pour leurs clients.

Même s'ils ne devaient pas être adoptés, ils démontrent toutefois que le droit privé européen va vers une harmonisation et qu'après l'unification du droit des contrats, celle de la responsabilité civile est un chantier d'une égale importance.

§ 32. Conclusion générale

Iavolenus D. 50,17,102

Omnis definitio in iure civili periculosa est : parum est enim, ut non subverti possit.

Toute définition en droit civil est dangereuse, car il est rare qu'on ne puisse la renverser.

Comme l'exprime ce jurisconsulte romain du I^{er} siècle après J.-C., qui a parmi les premiers défini la notion d'intérêt dans l'action aquilienne, il convient de se méfier des définitions dans le domaine du droit civil. Toute définition est dangereuse, car on trouve souvent une circonstance ou un contre-exemple qui peut renverser la définition que l'on se propose d'apporter. La notion de dommage aquilien nous semble illustrer à merveille les propos de Iavolenus et dépasser le cadre de la casuistique romaine de son époque pour s'appliquer également dans une très large mesure au droit contemporain.

Nous avons rencontré dans notre étude les notions de talion, de peine, d'amende, d'indemnité patrimoniale, d'intérêt à la non-survenance du dommage, d'estimation, de théorie de la différence, de perte d'usage, de théories de la commercialisation et de la frustration, de perte d'une chance, de réparation en nature, ou de dommage ménager ou pire encore de dommage normatif. Cette longue énumération non exhaustive des termes juridiques que nous avons discutés dans notre thèse, démontre si besoin en est encore, de quelle manière la notion de dommage est protéiforme et difficile à appréhender.

Nous avons certes analysé la notion de dommage aquilien dans différentes époques et dans différents cadres juridiques. Notre horizon de travail a été très large depuis la loi des XII Tables, jusqu'à la discussion des principes PETL, voire du contre-projet à l'avant-projet autrichien.

L'ensemble de ces discussions éparées peut laisser le lecteur perplexe, et à notre sens à raison. Même les notions de dommage proposées par les projets européens qui s'y risquent semblent éclatées et difficilement pouvoir se réduire à un principe fondamental et clair. Nous avons bien plus l'impression de nous retrouver plongés au milieu d'un magma de principes et valeurs souvent antagonistes et parfois presque plus dictés par une volonté d'équité ou de redistribution de pertes patrimoniales, voire de sanction de l'auteur de l'acte illicite, que par un sain raisonnement dogmatique et juridique.

Cet état de fait provient, à notre sens, de ce que la notion de dommage a perdu ces dernières années la neutralité que lui conférait la définition, en apparence nécessairement économique préconisée par la doctrine, pour y faire entrer de nouveaux paramètres de nature sociale et d'équité. Ces idées sont fort séduisantes, mais sont souvent étrangères au droit privé, droit qui ne prend que difficilement en considération les évolutions de la société.

Le droit est toutefois un phénomène évolutif depuis ses origines. Il n'y a qu'à regarder l'exemple du droit romain qui passe d'un système connaissant la loi du talion ainsi qu'un système primitif de peines sous la loi des XII Tables, pour aller vers la prise en compte du dommage comme principe patrimonial, et de celle de l'intérêt du lésé à la non-survenance du dommage. Cette définition du dommage n'englobe toutefois que des pertes économiques certaines, à l'exception de toute perte de nature hypothétique ou toute souffrance morale¹¹⁰⁵.

Ce dogmatisme a été repris par les droits continentaux actuels à l'instar du droit suisse qui ne s'est écarté du modèle du droit romain que sous l'angle de

¹¹⁰⁵ Jansen, *The State of the Art of European Tort Law*, p. 26.

la reconnaissance du préjudice moral à la fin du XIX^e siècle et plus récemment du dommage normatif.

Derrière la question de la notion de dommage se cache en réalité la question de la finalité du droit de la responsabilité civile. La responsabilité civile a-t-elle pour unique but de compenser les pertes patrimoniales subies par la victime, et de la replacer dans la situation qui aurait été la sienne sans la survenance de l'acte illicite, à l'image de ce que prévoit le noyau conceptuel du *damnum* développé dans le cadre de la *lex Aquilia*, ou au contraire d'englober d'autres fins, telles que compenser la douleur, prévenir les dommages ou punir les comportements inacceptables ?

En effet, la révolution à laquelle on assiste dans les projets autrichien et français, et même dans une moindre mesure dans les principes PETL, marque une volonté de détacher la notion de préjudice économique en tant qu'élément intrinsèque du dommage. Le dommage reste certes notamment défini par l'aspect économique au sens de la théorie de la différence, mais plus uniquement. Les initiants de ces nouveaux projets veulent donner à la notion une acception plus large en y faisant entrer d'autres paramètres que ceux de la prise en compte de la seule valeur économique du bien détruit ou de la perte de gain d'une personne.

Il en va ainsi de la volonté de prendre en compte un objet de prévention du dommage à l'instar du projet autrichien ou d'instaurer une finalité punitive aux dommages et intérêts. Derrière cette volonté d'étendre la notion de dommage, on trouve souvent l'argumentation selon laquelle l'acte illicite ne devrait pas avoir d'effet positif pour son auteur. En d'autres termes, on vise à faire entrer d'une certaine manière une vision de nature punitive dans le système du droit de la responsabilité civile.

Ces projets consacrent une petite révolution en ce sens qu'ils se détachent du modèle romain et de sa prise en compte économique du dommage. C'est ce qui est d'ailleurs frappant dans notre analyse. Alors que l'on pouvait se douter du fait que le droit romain avait perdu une bonne partie de son influence en matière de source d'inspiration pour le droit privé contemporain, force est de

constater que son influence dans les projets actuels est quasiment nulle¹¹⁰⁶. Contrairement aux codes civils européens du XIX et XX^e siècle qui ont tous trouvé une importante part de leur inspiration dans le modèle romain, les projets actuels se dessinent comme étant des projets autonomes qui se basent plus sur les conceptions philosophiques et normatives de leurs auteurs, que sur une volonté de systématique et de neutralité conceptuelle. La théorie de la différence en est l'illustration, dans la mesure où elle a été cristallisée par Georg-Friedrich Puchta, un auteur pandectiste de la première partie du XIX^e siècle qui a synthétisé les définitions romaines en une formule faisant équivaloir intérêt et différence de patrimoine.

On assiste à un réel changement de paradigme. Les sociétés postmodernes ont eu à opérer de véritables tris entre différents types de valeurs et à s'atteler à en élaborer une difficile synthèse. Synthèse qui ne peut se réconcilier en une seule formule séduisante, comme l'est celle de la théorie de la différence.

Ces interrogations posées, il convient de conclure notre travail en tentant de résumer la notion de dommage.

À notre sens, l'intérêt du lésé à la non-survenance du dommage est l'élément central qui devrait conduire le juge dans son raisonnement¹¹⁰⁷. Si cet intérêt subjectif du lésé est objectivement tangible, il y a lieu de considérer que la lésion de cet intérêt est constitutive d'un dommage au sens juridique du terme, dans la filiation conceptuelle du *id quod interest non esse occisum* développé par les jurisconsultes romains.

Dans le cadre de la détermination de cet intérêt, il sied dans un premier temps d'utiliser une vision économique du dommage à même de résoudre la majorité des cas. À cet effet, la théorie de la différence partielle¹¹⁰⁸ nous semble

1106 Sur la perte d'influence du droit romain, voir Honsell, Heinrich, *Die Zukunft des Privatrechts*, in *Revue de droit suisse* 2007, pp. 219 ss, p. 234.

1107 Il est évident qu'à ce stade du raisonnement, les conditions de la faute et de l'illicéité de l'acte sont considérées comme remplies, notre étude ne s'interrogeant que sur la notion de dommage.

1108 Nous entendons par théorie de la différence partielle, la prise en compte de la diminution patrimoniale non dans sa globalité, mais uniquement en rapport avec l'évènement

être un excellent point de départ, apte à répondre à la majeure partie des situations soumises à l'examen du juge, et entre autres à l'essentiel des dommages de nature économique. La formule employée par le Tribunal fédéral n'est pas exempte de défauts, notamment d'un point de vue dogmatique, mais permet d'apporter des solutions au plus grand nombre de cas, et surtout de poser une définition stricte évitant les demandes fantaisistes, ainsi que l'enrichissement du lésé.

Lorsque l'intérêt touché est de nature non patrimoniale, et a trait à une atteinte grave à la personnalité du demandeur, les règles sur le tort moral sont à même de répondre à ces questions et d'accorder au lésé, autant que faire se peut, une indemnisation apte à compenser la douleur morale ressentie. Cette indemnisation sera toujours imparfaite et ne fera pas revivre l'enfant mort dans un accident de la route ou recouvrer la vue à un ouvrier d'une usine l'ayant perdue dans un accident de travail, mais elle aura toutefois le mérite de démontrer à la victime que sa souffrance est reconnue par la société. Il s'agit d'une entorse à la dogmatique très stricte romaine, mais que la reconnaissance du droit de la personnalité dans l'article 28 CCS rend absolument indispensable.

C'est dans les cas d'atteintes à des intérêts non patrimoniaux, voire idéaux, que ni la théorie de la différence ni les règles trop sévères sur le tort moral ne sont à même d'apporter une réponse satisfaisante. L'arrêt Véronèse¹¹⁰⁹ qui refusait d'indemniser la perte d'affection résultant de l'expropriation d'un terrain suite à la faute d'un avocat est trop restrictif. Dans ces cas, il convient de remettre au centre du raisonnement juridique la notion d'intérêt du lésé et de s'interroger sur la réalité de cet intérêt. Si cet intérêt est objectivement utile

dommageable. Le Tribunal fédéral a encore procédé de la sorte dans un arrêt non publié 4C.158/2006 consid. 4.3 : « So wird für den Bereich der Vermögensverwaltung in der Lehre zutreffend die Meinung vertreten, dass zum einen nicht das Gesamtvermögen der geschädigten Person massgebend ist, sondern das im Rahmen des Vermögensverwaltungsvertrags übergebene Vermögen, und dass zum andern zwischen den Fällen zu differenzieren ist, wo im Prozess von der geschädigten Person dem Vermögensverwalter eine Schädigung allgemein durch Verfolgung einer pflichtwidrigen Anlagestrategie (sorgfaltswidrige Verwaltung des gesamten Portefeuille) oder durch pflichtwidrige Einzelanlagen (sorgfaltswidriges Verhalten im Zusammenhang mit einzelnen Posten des Portefeuille) vorgeworfen wird. »

1109 ATF 87 II 290.

au lésé ou, en matière contractuelle, un élément essentiel du contrat, il est alors constitutif d'un *sachliches Interesse*, comme l'expose le Tribunal fédéral dans l'arrêt des arbres coupés sans droit¹¹¹⁰. Dans ce cas, ce dommage doit être indemnisé, par exemple sous la forme d'une réparation en nature ou de l'octroi d'une somme permettant de compenser autant que faire se peut la lésion de cet intérêt.

Pour la question difficile de la perte d'une chance, nous pensons que cette théorie est délicate à saisir et à recevoir comme telle en droit suisse. Cependant, en cas de perte d'une chance objectivement importante, comme en matière de perte de chance de guérison, une application des articles 42 et 43 CO telle que celle effectuée par le Tribunal cantonal zurichois¹¹¹¹ nous semble à même de répondre à la question de l'indemnisation du lésé, et d'ainsi éviter qu'un débat dogmatique difficile ne vienne porter atteinte au droit du lésé d'être indemnisé.

Le droit positif suisse n'a jamais défini le dommage. Même le défunt avant-projet de révision et d'unification de la responsabilité civile ne s'y était à raison pas risqué, se contentant de donner quelques lignes directrices bienvenues, mais ne changeant rien à la liberté du juge. On regrettera amèrement que l'enterrement de la réforme ait eu pour effet de renvoyer aux oubliettes la question du dommage écologique qui est très loin d'être anecdotique. On ne peut qu'espérer que sur ce point le Tribunal fédéral reverra sa jurisprudence, car les résultats auxquels il arrive en la matière ne sont absolument pas satisfaisants, notamment lorsque la chose détruite est une *res communis* ou *nullius*, qu'aucune collectivité publique ou personne morale d'intérêt public ne peut posséder ou en être propriétaire.

Nous concluons encore avec *lavolenus* en affirmant que si le dommage peut se définir en ayant principalement recours aux notions d'intérêt à la non-survenance du dommage et de perte patrimoniale, il n'est pas possible de donner une définition définitive à ce concept fuyant qui le lie de manière in-

1110 ATF 129 III 331 consid. 2.2.

1111 Arrêt du Kassationsgericht zurichois du 30 octobre 1989 ZR 88 N. 67.

trinsèque à la casuistique. Nous formulons le pari que si le projet autrichien est accepté, il ne faudra pas dix ans pour qu'une décision de justice soulève une question imprévue qui remettra en cause la définition du dommage et le système défendu dans son ensemble.

Suite à l'enterrement de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile, la notion totalement ouverte de l'article 41 CO, anciennement article 50a CO, continuera de hanter tant les praticiens que les étudiants. De nombreuses générations de juristes ont travaillé avec ce concept, permettant de développer comme nous l'avons vu une casuistique des plus foisonnantes. Nous formulons le souhait que le pouvoir judiciaire suprême se souvienne que le législateur a voulu que le concept de dommage soit ouvert et ne l'enferme pas pour toujours dans un carcan juridique trop étroit qui risque de l'asphyxier, au risque d'empêcher l'évolution même du droit privé.

Appendice : Lois traitant de la réparation du dommage discutées dans la présente thèse

A. Droit romain

1. Loi des XII Tables (451 et 450 av. J.-C.)

Table VIII, 2

« *Si membrum rup[s]it, ni cum eo pacit, talio esto.* »

S'il a brisé un membre, à moins qu'il [l'auteur] ne transige avec lui [la victime], qu'on applique le talion.

Table VIII, 3

« *si os fregit libero, CCC, [si] seruo, CL poena[e] sunt.* »

S'il a brisé l'os d'un homme libre, 300 [as], s'il s'agit d'un esclave, que la peine soit de 150 [as].

Table VIII, 4

« *Si iniuriam [alteri] faxsit, uigintiquinque poenae sunt.* »

Si quelqu'un a causé une injure à autrui, que la peine soit de 25 [as].

Table VIII, 11

« *Si arborem felicem succiderit, XXV poenae sunt.* »

S'il a [aura] coupé un arbre fruitier, que la peine soit de 25 as.

Table VIII, 5

« *rupitias ... sarcito* »

Que les ruptures soient réparées.

Table VIII, 6

« *Si quadrupedes pauperiem [faxit], [ni sarcit, noxae dato].* »

Si un quadrupède a causé un *pauperies*, à moins qu'il [son propriétaire] ne répare le mal, qu'il le donne en noxalité.

Table VIII, 10

« *si aedes aceruume frumenti iuxta domum positum combuserit, uinctus uerberatus igni ... si casu ..., noxiam sarcito.* »

Que celui qui aura mis le feu à une maison ou un tas de céréales posé près d'une maison soit attaché, battu et brûlé, s'il l'a commis sciemment ; si c'est par cas fortuit, que le mal (*noxia*) soit réparé.

Table VIII, 14

« *Ex ceteris autem manifestis furibus liberos uerberari addicique iusserunt et cui furtum factum esset, si modo id luci fecissent neque se telo defendissent ; seruos item furti manifesti prensos uerberibus adfici et e saxo praecipitari, sed pueros inpuberes praetoris arbitratu uerberari uoluerunt noxiamque ab his factum sarciri.* »

Mais, en revanche, pour les autres auteurs pris en flagrant délit, ils ordonnèrent que les hommes libres soient battus et adjugés à celui qu'ils avaient volé, s'ils avaient commis leur acte de jour, et sans s'être défendus au moyen d'une arme ; de même ils ordonnèrent pour les esclaves pris en flagrant délit soient châtiés par les verges et jetés du haut de la Roche [Tarpéienne], mais, pour les enfants impubères, ils voulurent qu'ils soient battus à la discrétion du préteur et qu'ils soient tenus de réparer ce qu'ils avaient fait.

2. Lex Aquilia (286 av. J.-C.)

I^{er} chapitre :

Gaius, D. 9, 2.2 pr.

Lege Aquilia capite primo cavetur ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnus esto : et infra deinde cavetur, ut adversus infitiantem in duplum actio esset.

Le premier chapitre de la *lex Aquilia* dispose que celui qui aura tué sans droit un esclave de sexe masculin ou féminin appartenant à autrui, ou un quadrupède de troupeau, soit condamné à payer au propriétaire autant d'argent que la chose aura valu le plus dans cette année : et il est dit plus loin que l'action se montera au double contre celui qui nie sa responsabilité.

Gaius, Institutes, 3. 210

Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam, cuius primo capite cautum est, ut si quis hominem alienum alienamve quadrupedem, quae pecudum numero sit, iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuit, tantum domino dare damnetur.

L'action relative au dommage causé sans droit est réglée par la *lex Aquilia* dont le premier chapitre dispose que celui qui aura tué sans droit l'esclave de

sexe masculin ou féminin d'autrui ou un quadrupède faisant partie du bétail soit condamné à payer au propriétaire autant que la chose aura valu le plus dans l'année précédente.

Institutiones 4,3 pr.

Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam. cuius primo capite cautum est, ut si quis hominem alienum alienamve quadrupedem quae pecudum numero sit iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuit, tantum domino dare damnetur

L'action relative au dommage causé sans droit est réglée par la *lex Aquilia* dont le premier chapitre dispose que celui qui aura tué sans droit l'esclave de sexe masculin ou féminin d'autrui ou un quadrupède faisant partie du bétail soit condamné à payer au propriétaire autant que la chose aura valu le plus dans l'année précédente.

II^e chapitre :

Gaius, Institutes 3, 215 et 216

215. Capite secundo aduersus adstipulatorem qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tanti actio constituitur. 216. Quam et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est; sed id caueri non fuit necassarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret; nisi quos ea lege aduersus infitiantem in duplum agitur.

Le deuxième chapitre dispose contre l'adstipulant qui aura accepté de l'argent en fraude du stipulant en prévoyant une action au prix de combien cette chose aura valu. Il est manifeste que cette action a été introduite dans cette même partie de la loi au nom du préjudice ; mais cela n'a pas été nécessaire puisque l'*actio mandati* était suffisante pour régler cette affaire ; sauf lorsque cette loi prévoit que l'on puisse agir au double contre celui qui nie.

III^e chapitre :

Ulpianus, D. 9, 2, 27,5

Tertio autem capite ait eadem lex aquilia : « Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto . »

La même *lex Aquilia* dispose d'autre part dans son troisième chapitre que, pour tout autre acte que la mort d'un homme ou d'une tête de bétail, si quelqu'un a causé un dommage à autrui, que ce soit en brûlant, en brisant ou en rompant sans droit, qu'il soit condamné à payer au propriétaire autant d'argent que la chose aura valu dans les trente jours précédents.

Gaius, Institutes 3, 217

217. Capite tertio de omni cetero damno cavetur. Ita que si quis servum vel eam quadrupedem, quae pecudum numero est, vulneraverit sive eam quadrupedem, quae pecudum numero non est, velut canem, aut feram bestiam, veluti ursum, leonem, vulneraverit vel occiderit, hoc capite actio constituitur. In ceteris quoque animalibus, item in omnibus rebus, quae anima carent, damnum iniuria datum hac parte vindicatur. Si quid enim ustum aut ruptum aut fractum fuerit, actio hoc capite constituitur, quamquam potuerit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere; ruptum enim intellegitur, quod quoquo modo corruptum est; unde non solum usta aut rupta aut fracta, sed etiam scissa et collisa et effusa et quoquo modo vitiata aut perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur. 218. Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus XXX proximis ea res fuerit damnatur is qui damnum dederit. Ac ne PLURIMI quidem verbum adicitur; et ideo quidam putaverunt liberum esse iudici vel ad id tempus ex diebus XXX aestimationem redigere quo plurimi res fuit, vel ad id quo minoris fuit; sed Sabino placuit proinde habendum ac si et hac parte PLURIMI verbum adiectum esset; nam legis latorem contentum fuisse quod prima parte eo verbo usus esset.

217. Le troisième chapitre traite de toute autre espèce de dommage. C'est pourquoi, si quelqu'un a soit blessé un esclave ou un quadrupède qui fait partie du bétail, ou blessé ou tué un quadrupède qui ne fait pas partie du bétail, à l'instar d'un chien, d'une bête sauvage, d'un ours ou d'un lion, une action existe de par cette loi. Cette partie de la loi s'applique pour tous les autres animaux de même que pour tous les objets inanimés. En effet, si quelque chose a été soit brûlé, brisé ou rompu, l'action basée sur ce chapitre est ouverte, bien que le terme de rupture soit suffisant dans tous les autres cas ; on entend, par rupture, tout ce qui a été corrompu d'une certaine manière. Dans le terme de « rupture » est compris non seulement ce qui a été brisé, rompu ou brisé, mais également ce qui a été coupé, frappé, versé ainsi que toute autre espèce d'altération, de destruction, ou de détérioration. 218. Pourtant, ce chapitre ne condamne pas celui qui a causé le dommage à payer ce que la chose a valu dans l'année, mais ce que la chose a valu dans les trente jours précédents. La loi ne spécifie certes pas le terme plus élevé (*plurimi*). Pour cette raison, certains ont émis l'hypothèse selon laquelle le juge aurait été libre de fixer l'estimation en rapport avec cette période de trente jours, soit au maximum, soit au minimum. Mais, selon Sabinus, le terme « *plurimi* » doit être ajouté à cette partie (le III^e chapitre) ; en effet, l'auteur de la loi s'est satisfait d'employer ce terme dans le premier chapitre de la loi.

Institutiones, 4, 13

Capite tertio de omni cetero damno cavetur. Itaque si quis servum vel eam quadrupedem quae pecudum numero est vulnera verit, sive eam quadrupedem quae pecudum numero non est, veluti canem aut feram bestiam, vulneraverit aut occiderit, hoc capite actio constituitur. in ceteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus quae anima carent damnum iniuria datum hac parte vindicatur. si quid enim ustum aut ruptum aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur : quamquam poterit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere : ruptum enim intellegitur, quod quoquo modo corruptum est. unde non solum usta aut fracta, sed etiam scissa et collisa et effusa et quoquo modo perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur denique

responsum est, si quis in alienum vinum aut oleum id immiserit, quo naturalis bonitas vini vel olei corrumpetur, ex hac parte legis eum teneri. [...]

B. Droit suisse

1. Code fédéral des obligations de 1881

Article 50

Quiconque cause sans droit un dommage à autrui, soit à dessein, soit par négligence ou par imprudence, est tenu de le réparer.

Article 51

Le juge détermine, d'après les circonstances et d'après la gravité de la faute, la nature et l'importance de l'indemnité.

S'il y a également une faute imputable à la partie lésée, le juge peut réduire proportionnellement les dommages et intérêts ou même n'en point allouer du tout.

2. Code des obligations de 1911

Article 41

Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer.

Article 42 al. 1

Lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée.

Article 43 al. 1 CO

Le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute.

C. Avant-projets de réforme

1. Avant-projet de révision suisse (2000)

Article 41 A. Norme fondamentale d'imputation

¹ Une personne est tenue de réparer le dommage causé à autrui dans la mesure où le fait dommageable peut lui être imputé en vertu de la loi.

² Un dommage résultant d'un fait illicite est imputable notamment :

- a. A la personne qui l'a causé par son comportement fautif (art. 48) ;
- b. A la personne qui recourt à des auxiliaires (art. 49 et 49a) ;
- c. A la personne qui exploite une activité spécifiquement dangereuse (art. 50).

[...]

Article 45 C. Conditions générales
 I. Dommage
 1. Formes et catégories

¹ Le dommage comprend le dommage patrimonial et le tort moral.

² Le dommage patrimonial comprend les catégories mentionnées aux articles 45a à 45d, ainsi que le dommage purement économique.

³ En matière de responsabilité pour risque et sauf disposition contraire, seul est réparable le dommage résultant d'une atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou psychique, aux choses ou à l'environnement.

Article 45a 2. Dommage patrimonial
 a. En cas d'atteinte à la vie

¹ En cas de mort d'une personne, le dommage réparable comprend les frais qui en résultent, notamment ceux d'inhumation.

² Lorsque la mort a privé des personnes de leur soutien, ce dommage est également réparable.

Article 45b b. En cas d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique

En cas de lésions corporelles, le dommage réparable comprend les frais, notamment ceux de traitement, ainsi que le manque à gagner ou toute autre perte qui résulte de l'incapacité de travail et de l'atteinte à l'avenir économique.

Article 45c c. En cas d'atteinte aux choses

¹ Lorsqu'une chose est totalement détruite ou perdue, le dommage réparable comprend en règle générale le coût d'acquisition d'une chose équivalente à l'état neuf ; si la chose est sujette à dépréciation, l'indemnité peut être réduite compte tenu d'un amortissement équitable.

² Lorsqu'une chose est partiellement détériorée, le dommage réparable comprend notamment les frais de réparation ainsi qu'une éventuelle moins-value.

³ Lorsque la chose était nécessaire ou utile à la personne lésée, notamment lorsqu'elle servait à un usage professionnel, le dommage réparable comprend également les frais de location d'une chose équivalente ou le gain manqué

pendant la période que nécessite la réparation ou l'acquisition d'une chose de remplacement.

Article 45d d. En cas d'atteinte à l'environnement

¹ En cas d'atteinte à l'environnement naturel, le dommage réparable comprend notamment les frais résultant de mesures prises de bonne foi pour :

- a. Prévenir une atteinte imminente ;
- b. Atténuer les conséquences de l'atteinte actuelle ou survenue ;
- c. les composantes détruites ou détériorées de l'environnement ou y introduire un équivalent.

² Lorsque les composantes de l'environnement menacées, détruites ou détériorées ne font pas l'objet d'un droit réel ou que l'ayant droit ne prend pas les mesures commandées par les circonstances, le droit à réparation appartient à la collectivité publique compétente ou aux organisations nationales et régionales de protection de l'environnement qui ont effectivement préparé ou pris de telles mesures et qui y étaient autorisées.

Article 45e 3. Tort moral

¹ La personne qui subit une atteinte à sa personnalité a droit à satisfaction pour tort moral, si la gravité de l'atteinte, notamment les souffrances physiques ou psychiques, le justifie.

² Le tribunal peut allouer à la personne lésée un montant équitable, à moins qu'il ne substitue ou ajoute à cette indemnité un mode de satisfaction plus approprié.

³ En cas de mort ou de lésions corporelles particulièrement graves, les proches de la victime ont aussi un droit à satisfaction pour tort moral.

Article 45f

4. Postes complémentaires du dommage

¹ Le dommage réparable comprend aussi les frais résultant de mesures prises de bonne foi par la personne lésée pour prévenir une atteinte imminente ou pour atténuer les conséquences d'une atteinte actuelle ou survenue.

² Il comprend en outre les frais engagés de bonne foi par la personne lésée pour faire valoir sa prétention.

2. Avant-projet autrichien (2005)

I. Allgemeiner Teil

1. Abschnitt

Grundsätze der Haftung

Grundregel

§ 1292.

(1) Aufgabe des Schadenersatzrechts ist es, Schaden auszugleichen und damit zugleich einen Anreiz zu schaffen, Schäden zu vermeiden.

(2) Eine Person hat einen Schaden zu ersetzen, wenn er ihr auf Grund des Gesetzes zugerechnet werden kann, also insbesondere wenn er durch ihr schuldhaftes oder sonst fehlerhaftes Verhalten, durch eine Gefahrenquelle in ihrem Einfluss- und Interessenbereich, durch einen erlaubten Eingriff in ein fremdes Recht oder durch eine Hilfsperson verursacht worden ist.

Schaden ; geschützte Interessen

§ 1293.

(1) Schaden ist jeder Nachteil, den jemand an seiner Person, an seinem Vermögen oder an seinen sonstigen geschützten Interessen erleidet. Handelt es

sich um einen geldwerten Nachteil, so liegt ein Vermögensschaden vor, sonst ein ideeller Schaden.

(2) Der Schutz der Interessen richtet sich insbesondere nach deren Rang und Wert, Abgrenzbarkeit und Offenkundigkeit, aber auch nach den Interessen anderer an freier Entfaltung und an der Ausübung von Rechten sowie nach den Interessen der Allgemeinheit.

[...]

1. Abschnitt

Art und Umfang des Ersatzes.

Naturalersatz :

§ 1314.

Der Geschädigte kann die Wiederherstellung des vorigen oder eines gleichartigen oder gleichwertigen Zustands verlangen, soweit Naturalersatz möglich ist und das Interesse des Schädigers am Geldersatz nicht erheblich überwiegt. Der Schädiger kann auf Naturalersatz bestehen, wenn sein Interesse daran erheblich überwiegt.

Geldersatz für Vermögensschaden :

§ 1315.

(1) Ist kein Naturalersatz zu leisten, so hat der Schädiger den gesamten Schaden in Geld zu ersetzen. Der Schaden ist unter Berücksichtigung aller Auswirkungen, einschließlich des Gewinnentgangs, gerade für den Geschädigten zu berechnen (konkrete Berechnung). Vorteile des Geschädigten durch das schädigende Ereignis mindern den Ersatzanspruch, ausgenommen bei bloßen Schadensverlagerungen (§ 1312) oder Zuwendungen, die den Interessen des Geschädigten dienen sollen.

(2) Sprechen keine erheblichen Interessen des Ersatzpflichtigen dagegen, so kann der Geschädigte statt Naturalersatz (§ 1314) den Ersatz des dafür auf-

gewendeten Geldbetrags oder einen Vorschuss verlangen. Über die Verwendung des Vorschusses ist innerhalb angemessener Frist Rechnung zu legen.

(3) Ist Naturalersatz nicht möglich und schafft der Geschädigte daher statt der beschädigten Sache eine neuere an, so kann er den Wiederbeschaffungswert der beschädigten Sache und die durch die Vorverlegung der Anschaffung entstandenen Kosten ersetzt verlangen. Lässt sich kein Wiederbeschaffungswert ermitteln, so sind die Kosten der Anschaffung oder der Herstellung der neueren Sache, vermindert um einen Abzug für die längere Benützungsmöglichkeit, maßgebend.

(4) Besitzt das beeinträchtigte Gut einen Marktwert, so kann der Geschädigte verlangen, dass der Schaden nach dem Verkehrswert im Zeitpunkt der Schädigung berechnet wird (abstrakte Berechnung).

(5) Dauerschäden sind durch Rentenzahlungen auszugleichen. Aus wichtigen Gründen kann der Geschädigte Ersatz durch einen Kapitalbetrag verlangen, wenn dies dem Ersatzpflichtigen wirtschaftlich zumutbar ist. Der Kapitalbetrag ist nach der voraussichtlichen Dauer der Rentenleistung zu berechnen und abzuzinsen.

Ideelle Schäden :

§ 1316.

(1) Ideelle Schäden sind stets zu ersetzen, soweit die Naturalherstellung möglich und tunlich ist (§ 1314).

(2) Ob Geldersatz zu leisten ist, hängt von der Bedeutung des verletzten Gutes, der objektiven Nachvollziehbarkeit, dem Ausmaß und der Dauer der Beeinträchtigung sowie dem Gewicht der Zurechnungsgründe ab. Für schwere und objektiv nachvollziehbare Verletzungen von Persönlichkeitsrechten ist jedenfalls Geldersatz zu leisten.

(3) Eine angemessene Entschädigung (Schmerzensgeld) ist insbesondere zu leisten :

1. bei Verletzung des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit,
2. für das Leiden nahe stehender Personen bei Tötung oder besonders schwerer Verletzung eines Menschen ; bei Ehegatten, Eltern und Kindern wird eine Nahebeziehung vermutet, andere Personen müssen eine vergleichbare Beziehung nachweisen,
3. bei geschlechtlichem Missbrauch oder Verletzung der geschlechtlichen Selbstbestimmung durch List, Drohung oder Ausnutzung eines Abhängigkeits- oder Autoritätsverhältnisses,
4. bei vorsätzlicher oder schwerer Diskriminierung wegen des Geschlechts, einer Behinderung, der ethnischen Abstammung, der Religion oder aus vergleichbaren Gründen,
5. bei vorsätzlichen oder schweren Eingriffen in die Privatsphäre oder,
6. sofern schwere Zurechnungsgründe vorliegen, für die durch konkrete Gefährdung hervorgerufene Angst zu sterben oder schwer verletzt zu werden.

(4) Bei vorsätzlicher Schädigung von Vermögensgütern ist der Wert der besonderen Vorliebe zu ersetzen. Bei nicht gehöriger Erfüllung eines Vertrags ist der ideelle Schaden zu ersetzen, wenn der Vertrag vor allem auf die Befriedigung ideeller Interessen gerichtet ist, diese erheblich beeinträchtigt sind und ein angemessener Ausgleich nicht ohnehin durch die Rückabwicklung des Vertrags erfolgen kann.

(5) Bei der Bemessung des Geldersatzes sind in einer Gesamtwürdigung die im Abs. 2 genannten Umstände sowie Vorteile zu berücksichtigen, die der Schädiger durch das haftungsbegründende Verhalten erlangt hat. Bei Ersatz des Schadens wegen nicht gehöriger Erfüllung eines Vertrags ist die Höhe des vereinbarten Entgelts zu berücksichtigen.

(6) Ansprüche auf Ersatz des ideellen Schadens sind abtretbar und vererblich.

[...]

II. Besonderer Teil
1. Abschnitt
Besondere Schadensarten.
Körperverletzung :

§ 1319.

(1) Wer jemanden an seinem Körper oder seiner Gesundheit verletzt, hat insbesondere Ersatz für die Kosten der Heilung und der vermehrten Lebensbedürfnisse, den entgangenen und künftig entgehenden Verdienst, die Verhinderung des besseren Fortkommens (§ 1315) und ein Schmerzensgeld (§ 1316) zu leisten. Für eine Minderung der Erwerbsfähigkeit ist auch Ersatz zu leisten, solange der tatsächliche Verdienst nicht gemindert ist.

(2) Führt die Verletzung zum Tod, so hat der Schädiger demjenigen die Begräbniskosten zu ersetzen, der sie aufgewendet hat, sowie jenen Personen Ersatz für den entgangenen und künftig entgehenden Unterhalt zu leisten, die nach dem Gesetz unterhaltsberechtigt wären oder denen der Getötete den notwendigen Unterhalt gezahlt hatte.

Freiheitsverletzung :

§ 1320.

(1) Wer eine andere Person in ihrer Freiheit verletzt, hat sie ihr wieder zu verschaffen (§1314) und den Vermögensschaden (§1315) sowie den ideellen Schaden (§1316) zu ersetzen.

(2) Geht die Freiheitsverletzung auf eine nicht öffentliche unwahre Mitteilung zurück, so haftet der Schädiger nicht, wenn an der Mitteilung ein berechtigtes Interesse bestand und er beweist, dass er deren Unwahrheit nicht kannte.

(3) Erlangt der Geschädigte seine Freiheit nicht und kann er seine Ansprüche nicht geltend machen, so hat der Schädiger jenen Personen Ersatz für den entgangenen und künftig entgehenden Unterhalt zu leisten, die nach dem Gesetz unterhaltsberechtigt waren oder denen der Geschädigte den notwendigen Unterhalt gezahlt hätte.

Ehrenbeleidigung und Verbreitung schädigender Tatsachenbehauptungen :

§ 1321.

(1) Wer in seiner Ehre verletzt oder durch die Verbreitung von Tatsachenbehauptungen in seinem Kredit, Erwerb oder Fortkommen geschädigt wird, kann den Widerruf der Äußerung (§ 1314), den Ersatz des Vermögensschadens (§ 1315) und bei schwerer Beeinträchtigung seines Ansehens auch des ideellen Schadens (§ 1316) begehren.

(2) Für die nicht öffentliche Verbreitung unwahrer Tatsachenbehauptungen haftet der Schädiger nicht, wenn an der Mitteilung ein berechtigtes Interesse bestand und er beweist, dass er deren Unwahrheit nicht kannte.

(3) Der Schädiger haftet für die Verbreitung wahrer Tatsachen nur dann, wenn diese nicht allgemein bekannt waren, kein berechtigtes Interesse an der Mitteilung bestand und die Tatsachen aus der Privatsphäre stammen oder die Verbreitung offenkundig geeignet war, einen anderen schwer zu beeinträchtigen.

(4) Medieninhaber haften für die Verbreitung unwahrer Tatsachenbehauptungen, wenn sie nicht beweisen, dass der Schaden trotz Einhaltung der höchst möglichen Sorgfalt oder sonst durch ein unabwendbares Ereignis (§ 1302 Abs. 3) verursacht wurde. Beim Ersatz des ideellen Schadens (Abs. 1) ist die nach dem Mediengesetz zu leistende Entschädigung zu berücksichtigen.

Sachbeschädigung und Verletzung eines Tieres :

§ 1322.

(1) Zerstört der Schädiger eine Sache, so hat er zumindest den Verkehrswert (§ 1315 Abs. 4), bei Vorsatz jedoch den Wert der besonderen Vorliebe zu ersetzen.

(2) Wird eine Sache beschädigt, so kann der Geschädigte auch einen den Wertverlust übersteigenden Aufwand zur Wiederherstellung (§ 1315 Abs. 2) begehren, soweit ein verständiger Geschädigter die Aufwendungen, insbesondere aufgrund eines ideellen Interesses an der Sache, getätigt hätte.

(3) Gleiches gilt für die Tötung oder Verletzung eines Tieres.

[...]

Umweltschaden :

§ 1336.

Ist ein Sachschaden zugleich eine Beeinträchtigung der Umwelt, so ist bei der Beurteilung des Anspruchs auf Naturalersatz (§ 1314) oder auf Ersatz des dafür aufgewendeten Geldbetrags (§ 1315 Abs. 2) die Bedeutung der beschädigten oder zerstörten Sache für die Umwelt angemessen zu berücksichtigen.

3. Avant-projet français (2005)

Article 1343

Est réparable tout préjudice certain consistant dans la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extra-patrimonial, individuel ou collectif.

Article 1344

Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage ou pour éviter son aggravation, ainsi que pour en réduire les conséquences, constituent un préjudice réparable, dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées.

Article 1345

Le préjudice futur est réparable lorsqu'il est la prolongation certaine et directe d'un état de chose actuel.

Lorsque la certitude du préjudice dépend d'un événement futur et incertain, le juge peut condamner immédiatement le responsable en subordonnant l'exécution de sa décision à la réalisation de cet événement.

Article 1346

La perte d'une chance constitue un préjudice réparable distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée.

[...]

Article 1370

Sous réserve de dispositions ou de conventions contraires, l'allocation de dommages-intérêts doit avoir pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit.

Article 1371

L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de

tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables.

Article 1372

Le juge évalue le préjudice au jour où il rend sa décision, en tenant compte de toutes les circonstances qui ont pu l'affecter dans sa consistance comme dans sa valeur, ainsi que de son évolution raisonnablement prévisible.

Article 1373

Lorsque la victime avait la possibilité, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation, il sera tenu compte de son abstention par une réduction de son indemnisation, sauf lorsque les mesures seraient de nature à porter atteinte à son intégrité physique.

Article 1374

Le juge doit évaluer distinctement chacun des chefs de préjudice allégués qu'il prend en compte. En cas de rejet d'une demande relative à un chef de préjudice, le juge doit motiver spécialement sa décision.

Article 1375

Si la victime établit qu'un chef de préjudice n'a pas fait encore l'objet d'une demande de sa part ou que son dommage s'est aggravé, elle peut obtenir en tout état de cause une réparation complémentaire, le cas échéant par l'introduction d'une action nouvelle.

Article 1376

L'indemnité peut être allouée au choix du juge sous forme d'un capital ou d'une rente, sous réserve des dispositions de l'article 1379-3.

Article 1377

Sauf circonstances particulières justifiant l'affectation par le juge des dommages-intérêts à une mesure de réparation spécifique, la victime est libre de disposer comme elle l'entend des sommes qui lui sont allouées.

D. Principles of European Tort Law (PETL) (2005)

TITLE I. Basic Norm
Chapter 1. Basic Norm

Article 1:101. Basic norm

(1) A person to whom damage to another is legally attributed is liable to compensate that damage.

(2) Damage may be attributed in particular to the person

- a) whose conduct constituting fault has caused it; or
- b) whose abnormally dangerous activity has caused it; or
- c) whose auxiliary has caused it within the scope of his functions.

TITLE II. General Conditions of Liability
Chapter 2. Damage

Article 2:101. Recoverable damage

Damage requires material or immaterial harm to a legally protected interest.

Article 2:102. Protected interests

(1) The scope of protection of an interest depends on its nature; the higher its value, the precision of its definition and its obviousness, the more extensive is its protection.

(2) Life, bodily or mental integrity, human dignity and liberty enjoy the most extensive protection.

(3) Extensive protection is granted to property rights, including those in intangible property.

(4) Protection of pure economic interests or contractual relationships may be more limited in scope. In such cases, due regard must be had especially to the proximity between the actor and the endangered person, or to the fact that the actor is aware of the fact that he will cause damage even though his interests are necessarily valued lower than those of the victim.

(5) The scope of protection may also be affected by the nature of liability, so that an interest may receive more extensive protection against intentional harm than in other cases.

(6) In determining the scope of protection, the interests of the actor, especially in liberty of action and in exercising his rights, as well as public interests also have to be taken into consideration.

Article 2:103. Legitimacy of damage

Losses relating to activities or sources which are regarded as illegitimate cannot be recovered.

Article 2:104. Preventive expenses

Expenses incurred to prevent threatened damage amount to recoverable damage in so far as reasonably incurred.

Article 2:105. Proof of damage

Damage must be proved according to normal procedural standards. The court may estimate the extent of damage where proof of the exact amount would be too difficult or too costly.

[...]

TITLE VI. Remedies
Chapter 10. Damages
Section 1. Damages in general

Article 10:101. Nature and purpose of damages

Damages are a money payment to compensate the victim, that is to say, to restore him, so far as money can, to the position he would have been in if the wrong complained of had not been committed. Damages also serve the aim of preventing harm.

Article 10:102. Lump sum or periodical payments

Damages are awarded in a lump sum or as periodical payments as appropriate with particular regard to the interests of the victim.

Article 10:103. Benefits gained through the damaging event

When determining the amount of damages benefits which the injured party gains through the damaging event are to be taken into account unless this cannot be reconciled with the purpose of the benefit.

Article 10:104. Restoration in kind

Instead of damages, restoration in kind can be claimed by the injured party as far as it is possible and not too burdensome to the other party.

Section 2. Pecuniary damage

Article 10:201. Nature and determination of pecuniary damage

Recoverable pecuniary damage is a diminution of the victim's patrimony caused by the damaging event. Such damage is generally determined as concretely as possible but it may be determined abstractly when appropriate, for example by reference to a market value.

Article 10:202. Personal injury and death

(1) In the case of personal injury, which includes injury to bodily health and to mental health amounting to a recognised illness, pecuniary damage includes loss of income, impairment of earning capacity (even if unaccompanied by any loss of income) and reasonable expenses, such as the cost of medical care.

(2) In the case of death, persons such as family members whom the deceased maintained or would have maintained if death had not occurred are treated as having suffered recoverable damage to the extent of loss of that support.

Article 10:203. Loss, destruction and damage of things

(1) Where a thing is lost, destroyed or damaged, the basic measure of damages is the value of the thing or the diminution in its value and for this purpose it is irrelevant whether the victim intends to replace or repair the thing. However, if the victim has replaced or repaired it (or will do so), he may recover the higher expenditure thereby incurred if it is reasonable to do so.

(2) Damages may also be awarded for loss of use of the thing, including consequential losses such as loss of business.

Section 3. Non-pecuniary damage

Article 10:301. Non-pecuniary damage

(1) Considering the scope of its protection (Article 2:102), the violation of an interest may justify compensation of non-pecuniary damage. This is the case in particular where the victim has suffered personal injury; or injury to human dignity, liberty, or other personality rights. Non-pecuniary damage can also be the subject of compensation for persons having a close relationship with a victim suffering a fatal or very serious non-fatal injury.

(2) In general, in the assessment of such damages, all circumstances of the case, including the gravity, duration and consequences of the grievance, have to be taken into account. The degree of the tortfeasor's fault is to be taken into account only where it significantly contributes to the grievance of the victim.

(3) In cases of personal injury, non-pecuniary damage corresponds to the suffering of the victim and the impairment of his bodily or mental health. In assessing damages (including damages for persons having a close relationship to deceased or seriously injured victims) similar sums should be awarded for objectively similar losses.

Bibliographie

A. Droit romain

1. Droit romain et civilisation romaine

ANKUM, Hans, L'actio de pauperie et l'actio legis Aquiliae dans le droit romain classique, *in* Studi in onore di Cesare Sanfilippo, Milan, 1982, pp. 13-59, cité ANKUM, Actio de pauperie.

ANKUM, Hans, Utilitas causa receptum, Sur la méthode pragmatique des juristes romains classiques, *in* Revue internationale des droits de l'Antiquité, 1968, pp. 119-133, cité ANKUM, Utilitas.

APPLETON, Charles, Notre enseignement du droit romain, ses ennemis et ses défauts, tiré à part des Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil, Paris, 1926, cité APPLETON, Notre enseignement.

BEINART, B., Once more on the Origin of the Lex Aquilia, *in* South African Law Review, 1956, pp. 71-80, cité BEINART, Once more.

BELOW, Karl-Heinz, Die Haftung für *lucrum cessans* im Römischen Recht, Munich, 1964, cité BELOW, Haftung für *lucrum cessans*.

BELOW, Karl-Heinz, Heredis institutio eines Servus und Lex Aquilia, *in* Festschrift Hans Lewald, Bâle, 1953, pp. 15-19, cité BELOW, Heredis institutio.

BERNARD, André, À propos d'un article récent sur le chapitre 3 de la loi Aquilie, *in* Revue historique de droit français et étranger, 1937, pp. 450-460, cité BERNARD, Loi Aquilie.

BESELER, Gerhard, Romanistische Studien, *in* Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung 1930, pp. 18-53, cité BESELER, Romanistische Studien.

BIRKS, Peter B. H., The Early History of Iniuria, *in* Revue d'histoire du droit 1969, pp. 163-208, cité BIRKS, Iniuria.

BIRKS, Peter B. H., Lucius Veratius and the Lex Aebutia, *in* Daube Noster, Essays in Legal History for David Daube, Alan Watson (éd.), Edimbourg etc., 1974, pp. 39-48, cité BIRKS, Lucius Veratius.

BROGGINI, Gerardo, Iudex arbiterve, Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters, Böhlau, 1957, cité BROGGINI, Iudex arbiterve.

BUCKLAND, W. W./McNAIR, Arnold D., Roman Law and Common Law, Cambridge, 2^e éd. 1955, reprint 2008, cité BUCKLAND/McNAIR, Roman law and common law.

CANNATA, Carlo Augusto, La loi des Douze tables, *in* De la Constitution, études en l'honneur de Jean-François Aubert, Bâle etc., 1996, pp. 117-131, cité CANNATA, Douze tables.

CANNATA, Carlo Augusto, Sul testo della Lex Aquilia e la sua portata originaria, *in* Congresso Internazionale ARISTEC Madrid, 1993, Turin, 1995, pp. 25-57, cité CANNATA, Sul testo.

CANNATA, Carlo Augusto, Sul testo originale della Lex Aquilia : Premesse e ricostruzione del Primo Capo, *in* Studia et documenta historiae et iuris, 1994, pp. 194-214, cité CANNATA, Premesse e ricostruzione.

CARDASCIA, Guillaume, La portée primitive de la loi Aquilia, *in* Daube Noster, Essays in Legal History for David Daube, Alan Watson (éd.), Edimbourg etc., 1974, pp. 53-75, cité CARDASCIA, Loi Aquilia.

CURSI, Maria Floriana, Iniuria cum damno, Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano, Milano, 2002, cité CURSI, Iniuria cum damno.

DAUBE, David, Nocere and Noxa, *in* The Cambridge Law Journal 7 (1939-1941), pp. 23-51, cité DAUBE, Noxa.

DAUBE, David, On the Third Chapter of the Lex Aquilia, *in* The Law Quarterly Review 1936, pp. 253-268, cité DAUBE, Third chapter of the Lex Aquilia.

DAUBE, David, On the Use of the Term Damnum, *in* Studi in onore di Siro Solazzi, Naples, 1948, pp. 93-156, cité DAUBE, Damnum.

DE ZULUETA, Francis, The Institutes of Gaius, Part II, commentary, Oxford, 1953, cité DE ZULUETA, Institutes.

DIAS, Reginald W. M., Obscurities in the Development of Damnum, *in* Acta Juridica 1968, pp. 203-220, cité DIAS, Obscurities.

DONEAU, Hugues, Commentarius de iure civili, *in* Opera omnia, Lucae, 1772, *reprint* Goldbach, 1997, cité DONEAU, Opera omnia, suivi du numéro de volume.

DUCOS, Michèle, Rome et le droit, Paris, 1996, cité DUCOS.

FEENSTRA, Robert, L'application de la loi Aquilia en cas d'homicide d'un homme libre, de l'époque classique à celle de Justinien *in* Mélanges Félix Wubbe, Fribourg, 1993, pp. 142-160, cité FEENSTRA, Homicide.

FLEURY, Patrick Gérard, La contrainte par corps : ses origines romaines, son abolition au XIX^e siècle en Suisse en matière civile, son abolition incomplète en matière pénale, *in* Les droits de l'homme au centre, colloque de 3^e cycle romand 2005, Besson/Hottelier/Werro (éd.), pp. 240-271, cité FLEURY, Contrainte par corps.

FLINIAUX, André, L'action de arboribus succisis, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, vol. 1, Milan, 1930, pp. 525-547, cité FLINIAUX.

GAURIER, Dominique, *Le droit maritime romain*, Rennes, 2004, cité GAURIER, *Droit maritime romain*.

GERKE, Theodor Joseph, Geschichtliche Entwicklung der Bemessung der Ansprüche aus der « Lex Aquilia », in *Studia et documenta historiae et iuris* 1957, pp. 61-118, cité GERKE, *Geschichtliche Entwicklung*.

GIRARD, Paul Frédéric, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, Paris, 1901, cité GIRARD, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*.

GIRARD, Paul Frédéric, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., 1929, *reprint*, Paris, 2003, cité GIRARD, *Manuel*.

GORDON, William Morrison, Dating the Lex Aquilia, in *Acta juridica* 1978, pp. 315-320, cité GORDON, *Dating the Lex*.

GRIMAL, Pierre, *La civilisation romaine*, Paris, 1998, cité GRIMAL, *La civilisation romaine*.

HACQUARD, Georges, *Guide romain antique*, Paris, 1952, cité HACQUARD, *Guide romain antique*.

HAGEMANN, Matthias, *Iniuria, von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation*, thèse, Cologne etc., 1998, cité HAGEMANN, *Iniuria*.

HÄGERSTRÖM, Axel, *Der Römische Obligationsbegriff im Lichte der Allgemeinen Römischen Rechtsanschauung*, Uppsala, 1940, cité HÄGERSTRÖM, *Obligationsbegriff*.

HAMZA, Gabor, Recension de l'ouvrage de Polay, *Iniuria Types in Roman Law*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, 1987, pp. 771-782, cité HAMZA.

HAUSMANINGER, Herbert, *Das Schadenersatzrecht der Lex Aquilia*, 5^e éd., Vienne, 1996, cité HAUSMANINGER, *Schadenersatzrecht*.

HEUMANN, Hermann Gottlieb, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, nouvelle édition par F. Seckel, 9^e éd., Jena, 1907, cité HEUMANN, *Handlexikon*.

HITZIG, Hermann Ferdinand, *Iniuria*, *Beiträge zur Geschichte der Iniuria im griechischen und römischen Recht*, Munich, 1899, cité HITZIG.

HONORÉ, Anthony Maurice, *Linguistic and Social Context of the Lex Aquilia*, in *The Irish Jurist* 1972, pp. 138-150, cité HONORÉ, *Linguistic and social context*.

HONSELL, Heinrich, *Id quod interest im Bonae-Fidei-Iudicium*, Munich, 1969, cité HONSELL, *Id quod interest*.

HONSELL, Heinrich, *Römisches Recht*, 5^e éd., Berlin etc., 2002, cité HONSELL, *Römisches Recht*.

HUMBERT, Michel, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 8^e éd., Paris, 2003, cité HUMBERT, *Institutions politiques*.

HUVELIN, Paul, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, vol. 1, *Les sources*, Lyon, 1915, cité HUVELIN, *Furtum*.

HUVELIN, Paul, *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain*, in *Mélanges Appleton*, Lyon, 1903, cité HUVELIN, *Iniuria*.

LIFFE, John A., *Thirty Days hath Lex Aquilia*, in *Revue internationale des droits de l'Antiquité* 1958, pp. 493-505, cité LIFFE, *Thirty days*.

JOLOWICZ, Herbert Felix, *Historical Introduction to Roman Law*, Cambridge, 1952, 2^e éd., cité JOLOWICZ, *Historical Introduction*.

JoLowicz, Herbert Felix, The Original Scope of the Lex Aquilia and the Question of Damages, *in* The Law Quarterly Review 1922, pp. 220-230, cité JoLowicz, Original scope.

KASER, Max, Das altrömische Ius, Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer, Göttingen, 1949, cité KASER, Altrömische Ius.

KASER, Max, Das Römische Privatrecht, deux volumes, 2^e éd., Munich, 1971, cité KASER RPR, suivi du numéro de volume en chiffres romains.

KASER, Max, Quanti ea res est, Studien zur Methode der Litisäestimation im klassischen römischen Recht, Munich, 1953, cité KASER, Quanti ea res est.

KASER, Max, « Vindicia falsa » und « fructus duplio », *in* IURA, 1962, pp. 22-52, cité KASER, Vindicia falsa.

KASER, Max/HACKL, Karl, Das Römische Zivilprozessrecht, 2^e éd., Munich, 1996, cité KASER/HACKL.

KASER, Max/KNÜTEL, Rolf, Römisches Privatrecht, 17^e éd., Munich, 2003, cité KASER/KNÜTEL.

KELLY, John M., Further Reflections on the Lex Aquilia, *in* Studi in onore di Eduardo Volterra, vol. I, Milan, 1971, pp. 235-241, cité KELLY, Reflections.

KELLY, John M., The Meaning of the lex Aquilia, *in* the Law Quarterly Review 1964, pp. 73-83, cité KELLY, Meaning of the Lex Aquilia.

KLINGENBERG, Georg, Das Beweisproblem beim Urkundendiebstahl, *in* Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung 1979, pp. 229-257, cité KLINGENBERG, Beweisproblem.

KUNKEL, Wolfgang, Die Römischen Juristen, Herkunft und soziale Stellung, 2^e éd., 1967, *reprint*, Cologne etc., 2001, cité KUNKEL, Die Römischen Juristen.

KUNKEL, Wolfgang, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in Vorsullanischer Zeit*, Munich, 1962, cité KUNKEL, *Kriminalverfahren*.

KUNKEL, Wolfgang/SCHERMAIER, Martin, *Römische Rechtsgeschichte*, 13^e éd., Cologne, Weimar, Berlin, 2001, cité KUNKEL/SCHERMAIER, *Römische Rechtsgeschichte*.

LA ROSA, Renato, *La repressione del furtum in età arcaica, manus iniectio e duplione damnum decidere*, Naples, 1990, cité LA ROSA, *Repressione*.

LE GLAY, Marcel/VOISIN, Jean-Louis/LE BOHEC, Yann, *Histoire romaine*, 7^e éd. corrigée, Paris, 2002, cité LE GLAY/VOISIN/LE BOHEC, *Histoire romaine*.

LEE, Robert W., *The Elements of Roman Law*, 4^e éd., Londres, 1956, cité LEE, *Elements*.

LENEL, Otto, *Das edictum perpetuum, ein Versuch zur seiner Wiedereherstellung*, 3^e éd., Leipzig, 1927, *reprint* 1956, cité LENEL, *Edictum perpetuum*.

LÉVY, Ernst, *Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1915, cité LÉVY, E., *Privatstrafe*.

LÉVY, Jean-Philippe/CASTALDO, André, *Histoire du droit civil*, 1^{re} éd., 1958, Paris, 2002, cité LÉVY J.-P./CASTALDO A.

LÉVY-BRUHL, Henri, *Le deuxième chapitre de la loi Aquilia*, in *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, pp. 507-517, cité LÉVY-BRUHL, *Le deuxième chapitre*.

LIEBS, Detlef, *Damnum, damnare und damnas. Zur Bedeutungsgeschichte einiger lateinischer Rechtswörter*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, 1968, pp. 173-252 ; cité LIEBS, *Damnum*.

MACCORMACK, Geoffrey, Aquilian Culpa, in Daube Noster, Essays in Legal History for David Daube, Alan Watson (éd.), Edimbourg etc., 1974, pp. 199-224, cité MACCORMACK, Aquilian Culpa.

MACCORMACK, Geoffrey, Aquilian studies, in *Studia et documenta historiae et iuris* 1975, pp. 1-78, cité MACCORMACK, Aquilian studies.

MACCORMACK, Geoffrey, On the Third Chapter of the Lex Aquilia, in *The Irish Jurist* 1970, pp. 164-178, cité MACCORMACK, Third chapter of the Lex Aquilia.

MACCORMACK, Geoffrey, Recension de l'ouvrage de Arthur Völkl, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, 1987, pp. 764-771, cité MACCORMACK, SZ 1987.

MEDICUS, Dieter, *Id quod interest : Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Böhlau Verlag, 1962, cité MEDICUS, *Id quod interest*.

MINAUD, Gérard, *La comptabilité à Rome*, Lausanne, 2005, cité MINAUD, *Comptabilité*.

MOMMSEN, Theodor, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, cité MOMMSEN, *Strafrecht*.

NÖRR, Dieter, *Causa mortis*, Munich, 1986, cité NÖRR, *Causa mortis*.

PERNICE, Alfred, *Zur Lehre von der Sachbeschädigung nach römischen Rechte*, Weimar, 1867, cité PERNICE, *Zur Lehre von der Sachbeschädigung*.

PICHONNAZ, Pascal, *Les fondements romains du droit privé*, Zurich, 2008, cité PICHONNAZ, *Fondements romains*.

POLAY, Elemer, *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest, 1986, cité POLAY, *Iniuria types*.

POTHIER, Robert-Joseph, *Pandectes de Justinien mises dans un nouvel ordre (Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae 1748-1752)*, tome qua-

trième, traduites par M. de Bréard-Neville, Paris, 1820, (*ouvrage obtenu grâce à Google books*), cité POTHIER, Pandectes.

PUCHTA, Georg Friedrich, Lehrbuch der Pandekten, 1^{re} éd., Leipzig, 1838 (*ouvrage obtenu grâce à Google books, copie de l'exemplaire de l'Université de Stanford*), cité PUCHTA, Pandekten.

PUGLIESE, Giovanni, Studi sull' « iniuria », Milano, 1941, cité PUGLIESE.

PUGSLEY, David, American are Aliens and other Essays on Roman Law, Tiverton, 1989, cité PUGSLEY, Aliens.

RABER, Fritz, Grundlagen klassischer Injurienansprüche, Vienne etc., 1969, cité RABER, Grundlagen.

RODGER, Alan, Damages for the Loss of an Inheritance, *in* Daube Noster, Essays in Legal History for David Daube, Alan Watson (éd.), Edimbourg etc., 1974, pp. 287-299, cité RODGER, Damages.

RODGER, Alan, Labeo, Proculus and the Ones that Got Away, *in* the Law Quarterly Review 1972, pp. 402-332, cité RODGER, The ones that got away.

RODGER, Alan, Paul's Edictal Commentary on the Lex Aquilia, *in* the Irish Jurist 25-27 (1990-1992), cité RODGER, Paul's edictal commentary.

SANTORO, Raimondo, XII TAB. 12. 3, Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo, vol XXX, Palerme, 1967, cité SANTORO.

SCHEBITZ, Bernard, Berechnung des Ersatzes nach der Lex Aquilia, thèse, Berlin, 1987, cité SCHEBITZ, Berechnung.

SCHMIDLIN, Bruno, Das Rekuperatorverfahren, eine Studie zum Römischen Prozess, thèse, Fribourg, 1963, cité SCHMIDLIN, Rekuperatoverfahren.

SCHMIDLIN, Bruno, Droit privé romain, tome I, Genève, 2008, cité SCHMIDLIN, Droit privé romain.

SCHMIDLIN, Bruno/CANNATA, Augusto, Droit privé romain, 2 volumes, 2^e éd. Lausanne, 1984, cité SCHMIDLIN/CANNATA, Droit privé romain suivi du numéro de volume en chiffres romain.

SLAPNICAR, Klaus, Ueber die Aktivlegitimation zur actio legis Aquiliae und actio de dolo im Dreipersonenverhältnis, *in* De iustitia et iure, Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag, pp. 233-256, Berlin, 1980, cité SLAPNICAR, Aktivlegitimation.

TELLEGEN-COUPERUS, Olga E., The Tenant, the Borrower and the Lex Aquilia, *in* Revue internationale des droits de l'Antiquité, 1995, pp. 415-436, cité TELLEGEN-COUPERUS, The tenant.

THOMAS, J. A. C., Furtum of documents, *in* Revue internationale des droits de l'Antiquité 1968, pp. 429-444, cité THOMAS, Furtum of documents.

TOMULESCU, C. St., Origin of the legis actio per conditionem, *in* The Irish Jurist 1969, pp. 180-186, cité TOMULESCU, Legis actio per conditionem.

TOMULESCU, C. St., Les trois chapitres de la Lex Aquilia, *in* Rivista internazionale di diritto romano e antico 1970, pp. 190-196, cité TOMULESCU, Les trois chapitres de la Lex Aquilia.

TOWER, Mervyn, Popular Misconceptions : A Note on the Lex Talionis, *in* Law and Justice, pp. 25 ss, cité TOWER.

VÖLKL, Artur, Quanti ea res erit in diebus triginta proximis. Zum dritten Kapitel der Lex Aquilia, *in* Revue internationale des droits de l'Antiquité 1977, pp. 461-186, cité VÖLKL, Quanti ea res.

VÖLKL, Artur, Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen Römischen Recht, thèse, Vienne etc., 1984, cité VÖLKL, Körperverletzung.

VON JHERING, Rudolph, L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, trad. par O. de Meulenaere, deux volumes, Paris, 1886-

1888, cité VON JHERING, *Esprit du droit romain* suivi du numéro de volume en chiffres romains.

VON LÜBTOW, Ulrich, *Die Aufgaben des römischen Prätors auf dem Gebiet der Zivilrechtspflege*, in Studi Arnaldo Biscardi IV, Milan, 1982, pp. 349-412, cité VON LÜBTOW, *Die Aufgaben des römischen Prätors*.

VON LÜBTOW, Ulrich, *Untersuchungen zur Lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, 1971, cité VON LÜBTOW, *Untersuchungen*.

VON LÜBTOW, Ulrich, *Ursprung und Entwicklung der condemnatio pecuniaria*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, 1951, pp. 320-359, cité VON LÜBTOW, *Ursprung*.

VON LÜBTOW, Ulrich, *Zum Römischen Injurienrecht*, in *Labeo* 15 (1969), pp. 131-167, cité VON LÜBTOW, *Injurienrecht*.

VON SIMON, Dietrich, *Begriff und Tatbestand der Iniuria im altrömischen Recht*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, 1965, pp. 132-187, cité VON SIMON.

VON TUHR, Andreas, *Zur Schätzung des Schadens in der Lex Aquilia*, Bâle, 1892, cité VON TUHR.

WACKE, Andreas, *Unfälle bei Sport und Spiel*, in *Stadion*, pp. 5-43, cité WACKE, *Unfälle bei Sport*.

WATSON, Alan, *Personal Injuries in the XII Tables*, in *Revue d'histoire du droit*, XLIII, 1975, pp. 213-222, cité WATSON, *Personal injuries*.

WATSON, Alan, *Si adorat furto*, in *Labeo*, 1975, pp. 193-196, cité WATSON, *Furto*.

WESTBROOK, Raymond, *The Coherence of the Lex Aquilia*, 1995, pp. 437-471, cité WESTBROOK, *Coherence of the Lex*.

WILLEMS, Joseph, La loi Aquilienne, Louvain, 1896, cité WILLEMS, Loi Aquilienne.

WINIGER, Bénédicte, La responsabilité aquilienne romaine : *damnum iniuria datum*, Bâle etc., 1997, cité WINIGER, *Damnum iniuria datum*.

WINIGER, Bénédicte, La responsabilité aquilienne en droit commun : *damnum culpa datum*, Bâle etc., 2002, cité WINIGER, *Damnum culpa datum*.

WITTMANN, Roland, Die Körperverletzung an freien im klassischen römischen Recht, Munich, 1972, cité WITTMANN, *Körperverletzung*.

WITTMANN, Roland, Die Entwicklungslinien der klassischen Injurienklage, *in* Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, 1974, pp. 285-359, cité WITTMANN, *Entwicklungslinien*.

YARON, Reuven, Si adoratur furto, *in* Revue d'histoire du droit, 1966, pp. 510-524, cité YARON.

ZIMMERMANN, Reinhard, The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford, 1996, cité ZIMMERMANN, *Obligations*.

2. Sources latines primaires juridiques

Basilicorum Libri LX. Post Annibalis Fabroti Curas ope codd. Mss., édition établie et traduite du grec vers le latin par C. G. E. Heimbach, vol. 5, Leipzig, 1850, cité HEIMBACH.

Corpus Iuris Civilis, Die Institutionen, édité par Behrendts/Knützel/Kupisch/Seiler, 2^e éd., Heidelberg, 1999.

Corpus Iuris Civilis, Digesta, éd. Mommsen/Krueger, vol. 1, *reprint* de la 17^e éd. de 1963, Hildesheim, 1988.

Fontes iuris romani antejustiniani, trois volumes édités par S. Riccobono, J. Baviera, J. Furlani et V. Arangio-Ruiz, Florence, 1968, cité FIRA suivi du numéro de volume en chiffres romains.

GAIUS, Institutes, collection des Universités de France (éd. Belles lettres), texte établi et traduit par Julien Reinach, 5^e tirage, Paris 2003, cité GAIUS, Institutes.

Roman Statutes, deux volumes, édités par M. H. Crawford, Londres, 1996, cité CRAWFORD, Roman Statutes suivi du numéro de volume en chiffres romains.

Textes de droit romain, édités par Paul Frédéric Girard, 6^e éd., Paris, 1937.

3. Sources primaires latines non juridiques

AULU-GELLE, Les nuits attiques, livres XI-XV, collection des Universités de France (éd. Belles lettres), texte établi et traduit par René Marache, Paris, 1989, cité AULU-GELLE, livres XI-XV.

AULU-GELLE, Les nuits attiques, livres XVI-XX, collection des Universités de France (éd. Belles lettres), texte établi et traduit par Yvette Julien, 2^e tirage, Paris, 2002, cité AULU-GELLE, livres XVI-XX.

ISIDORE DE SÉVILLE, Etymologiae, édité par Jose Oroz Reta et Manuel-A. Marcos Casquero, Madrid, 1962, cité ISIDORE DE SÉVILLE.

PLINE L'ANCIEN, Histoire naturelle, livre XVII, collection des Universités de France (éd. Belles lettres), texte établi, traduit et commenté par J. André, Paris, 1964, cité PLINE, Histoire naturelle, livre XVII.

PLINE L'ANCIEN, Histoire naturelle, livre XVIII, collection des Universités de France (éd. Belles lettres), texte établi, traduit et commenté par H. Le Bonniec et A. Le Boeuffle, Paris, 1972, cité PLINE, Histoire naturelle, livre XVIII.

SERVIUS, Grammatici qui feruntur in Vergilii carmina commentarii, Georg Thilo et Hermann Hagen (éd.), Hildesheim, 1961, cité SERVIUS.

SEXTUS POMPEIUS FESTUS, De verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome, édité par Wallace M. Lindsay, *reprint* de l'édition de Leipzig de 1913, Darmstadt, 1970, cité FESTUS.

THEOPHILIUS, Institutionum Graeca paraphrasis, Vulgo Tributa ad fidem librorum manu scriptorum, E. C. Ferrini (éd.), Berlin, 1884, cité THEOPHILIUS.

TITE-LIVE, Histoire romaine, tome III, livre III, collection des Universités de France (éd. Belles lettres), texte établi, traduit et commenté par Jean et Gaston Baillet, Paris, 1954, cité TITE-LIVE.

VARRO, M. Terentius, De lingua latina quae supersunt, Georges Goetz et Frédéric Schoell (éd.), Amsterdam, 1964, cité VARRON.

VARRO, M. Terentius, De lingua latina, Books V-VII, Loeb classical library, translated by Roland G. Kent, Cambridge Mass., 1999, cité VARRON.

4. Sources primaires non latines

Bible, traduction œcuménique, Paris et Villiers-le-Bel, 10^e édition comprenant introductions générales et Pentateuque révisés, cité la Bible.

CODE DE HAMMURABI, le, Paris, 2004, 5^e éd., traduction et présentation par André Finet, cité CODE DE HAMMURABI.

MACHIAVEL, Sur la première décade de Tite-Live, *in* Oeuvres complètes (éd. la Pléiade), Paris, 1987, cité MACHIAVEL, Première décade de Tite-Live.

5. Dictionnaires de langue latine

ERNOU, A./MEILLET, A., Dictionnaire étymologique de la langue latine, Histoire des mots, 4^e éd. Paris, 1959, cité ERNOU/MEILLET.

Le Grand Gaffiot, nouvelle édition revue et corrigée par Pierre Flobert, Paris, 2000, cité GAFFIOT.

Walde, A./Hofmann, J. B., Lateinisches etymologisches Wörterbuch, 5^e éd., Heidelberg, 1982, cité WALDE/HOFMANN.

B. Droit suisse et avant-projet de révision suisse

ABDULRAHMAN-NAJI, Ghazi, Le préjudice moral et sa réparation en droit suisse, thèse, Genève, 1970, cité ABDULRAHMAN-NAJI.

AEBI-MÜLLER, Regina, Schadenersatz und Gewinnherausgabe an Medienopfer, *in* *Medialex* 2/2007, pp. 87-94, cité AEBI-MÜLLER, Gewinnherausgabe.

BECKER, Hermann, Berner Kommentar ad art. 1-183 OR, allgemeine Bestimmungen, Berne, 1941, cité BECKER, Berner Kommentar.

BERGER, Mathis, Entwicklungen im Immaterialgüterrecht, *in* *SJZ* 2007, pp. 403-409, cité BERGER, Entwicklungen.

BOMER, Felix, Pflicht zur Abtreibung als Pflicht zur Schadenminderung?, *in* *RJB* 2001, pp. 664 ss, cité BOMER, *RJB* 2001.

BREHM, Roland, Berner Kommentar ad art. 41-61 OR, 3^e éd., Berne, 2005, cité BREHM, BK.

BREHM, Roland, Einige herausfordernde Gedanken zu den Grenzen des Schadenersatzrechts, *RJB* 2006, pp. 325-337, cité BREHM, Einige herausfordernde Gedanken.

BREHM, Roland, La réparation du dommage corporel en responsabilité civile, Berne, 2002, cité BREHM, La réparation du dommage corporel.

BREHM, Roland, Les nouveaux droits du détenteur en cas de lésion subie par son animal (art. 42 al. 3 et 43 al. bis CO), *in* HAVE 2003, pp. 119-122, cité BREHM, Les nouveaux droits du détenteur d'un animal.

BRUNNER, Hans-Ulrich, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, thèse, Fribourg, 1991, cité BRUNNER, Anwendung.

BURCKHARDT, Christian C., Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, *in* Revue de droit suisse, 1903, pp. 469-491, cité BURCKHARDT, Revision.

BUSSY, André/RUSCONI, Baptiste, Code suisse de la circulation routière, 3^e éd., Lausanne, 1996, cité BUSSY/RUSCONI.

CERESOLE, Arnold, Le dommage et sa réparation, thèse, Lausanne, 1909, cité CERESOLE, Dommage.

CHAIX, François, La fixation du dommage par le juge, *in* Journée de la responsabilité civile 2004, Le préjudice, une notion en devenir, Chappuis B. et Winiger B. (éd.), Zurich, 2005, pp. 39-61, cité CHAIX, La fixation du dommage.

CHAPPUIS, Benoît, L'évaluation du dommage face aux fluctuations de la bourse, *in* HAVE 2008, pp. 141-145, cité CHAPPUIS, B., Commentaire de l'ATF 4A.351/2007.

CHAPPUIS, Benoît, Le moment du dommage, thèse, Zurich, 2007, cité CHAPPUIS, B., Le moment du dommage.

CHAPPUIS, Christine, Les nouvelles dispositions de responsabilité civile sur les animaux : Que vaut Médor ?, *in* Journée de la responsabilité civile 2004, Le préjudice, une notion en devenir, Chappuis C. et Winiger B. (éd.), Zurich, 2005, pp. 15-37, cité CHAPPUIS, C., Que vaut Médor.

CHAPPUIS, Christine, La remise du gain : les temps sont mûrs, *in* colloque du droit de la responsabilité civile 2001, Berne, 2002, pp. 51-74, cité CHAPPUIS, C., Remise du gain.

CHAPPUIS, Christine, Les causes du dommage : entre incertitudes et évolution, *in* Les causes du dommage, Genève, 2007, Chappuis C. et Winiger B. (éd.) cité CHAPPUIS, C., Causes du dommage.

CHAPPUIS, Christine, Violation contractuelle et remise du gain, *in* Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Gauch/Werro et Pichonnaz éd., Zurich, 2008, cité CHAPPUIS, C., Violation contractuelle et remise du gain.

CHAPPUIS, Guy, Le calcul du dommage : l'état des difficultés, *in* colloque du droit de la responsabilité civile 2001, Berne, 2002, cité CHAPPUIS, G., Calcul du dommage.

CHAPPUIS, Guy, Les nouveaux droits du détenteur de l'animal tué ou blessé. Nouveaux, vraiment ? *in* HAVE 2004, pp. 92-96, cité CHAPPUIS, G., Les nouveaux droits du détenteur de l'animal.

Classement des réponses à la procédure de consultation de l'avant-projet relatif à une loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile, Berne, 2004, cité Classement procédure de consultation.

CORBOZ, Henri/FLEURY, Patrick Gérard, Blanchiment d'argent et illicéité civile, un retour à la raison, note sur l'ATF 133 III 323, *in* HAVE 2007, pp. 258-262, cité CORBOZ/FLEURY.

COUCHEPIN, Gaspard, La clause pénale, thèse, Fribourg, 2008, cité COUCHEPIN, La clause pénale.

CUENDET, Jean, La faute contractuelle et ses effets, 2^e éd., Berne 1970, cité CUENDET, La faute contractuelle.

DAEPPEN, Oscar/REYMOND, Charles, Le Code fédéral des obligations, Zurich, 1937, cité DAEPPEN/REYMOND, Code fédéral.

DENGER, Lukas/PRIBNOW, Volker, Der Vorentwurf eines Gesetzes über die Revision und die Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts aus der Sicht der Vereinigung der Geschädigtenanwältinnen und Anwälte, *in* HAVE 2002, pp. 229-230, cité DENER/PRIBNOW, Vorentwurf.

DESCHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre, La responsabilité civile, 2^e éd., Berne, 1902, cité DESCHENAUX/TERCIER, Responsabilité civile.

Discussions du projet suisse, *in* La responsabilité civile européenne de demain, actes du colloque international de Genève, 2008, Winiger (éd.), pp. 97-105, cité Discussion suisse.

DEUTSCH, Erwin, Immaterieller Schadenersatz für neue Ansprüche : Vertragsverletzung, Gefährdungshaftung und Forschungsunfall, *in* Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung, *in* Festschrift für Heinz Hausheer, Berne, 2002, pp. 551-567, cité DEUTSCH, Immaterieller Schadenersatz.

DORN, D./GEISER, T./GRAF, M./SOUSA-POZA A., Die Berechnung des Erwerbsschadens, Berne, 2007, cité DORN/GEISER/GRAF/SOUSA-POZA.

DUPONT, Anne-Sylvie, Le dommage, vers une nouvelle définition ?, *in* SJ 2003 II, pp.471-484, cité DUPONT, Dommage.

DUPONT, Anne-Sylvie, Le dommage écologique, thèse, Genève, 2005, cité DUPONT, Dommage écologique.

ENGEL, Pierre, Traité des obligations en droit suisse, 2^e éd., Berne, 1997, cité ENGEL, Traité.

FELBER, Markus, Gewinnherausgabe an Medienopfer, *in* Jusletter 19 mars 2007 et NZZ 16 mars 2007, p. 15, cité FELBER, Gewinnherausgabe.

FELLMANN, Walter, Normativierung des Personenschadens – der Richter als Gesetzgeber, *in* HAVE Personen-Schaden-Forum 2005, Zurich, 2005, pp. 13-38, cité FELLMANN, Normativierung.

FICK, F., Code fédéral des obligations, commentaire populaire et pratique, Neuchâtel, 1915, cité FICK, Commentaire.

FICK, F., Das Schweizerische Obligationenrecht, 1^{re} éd., Zurich, 1915, cité FICK, Obligationenrecht.

FISCHER, Thomas, Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz, thèse, Zurich, 1998, cité FISCHER, Vertragliche Pauschalierung.

FLEURY, Patrick Gérard, L'atteinte au droit de planification familiale des parents, nouvel acte illicite réparable ?, *in* HAVE 2005, pp. 302-309, cité FLEURY, Atteinte au droit de planification.

FLEURY, Patrick Gérard, La détermination et le calcul du dommage en responsabilité civile, quelques généralités, *in* lusfull 2005, pp. 10-13, cité FLEURY, Détermination.

FLEURY, Patrick Gérard, Le préjudice des parents d'un enfant né à la suite d'une stérilisation omise, note sur l'ATF 132 III 359, *in* HAVE 2006, pp. 224-226, cité FLEURY, Note sur l'ATF 132 III 359.

GAUCH, Peter, Grenzüberschreitungen im privaten Schadensrecht, *in* Festschrift für Hans Peter Walter, cité GAUCH, Grenzüberschreitungen.

GAUCH, Peter, Der Deliktsanspruch des Geschädigten auf Ersatz seiner Anwaltskosten, *in* Recht 1984, pp. 189-201, cité GAUCH, Anwaltskosten.

GAUCH, Peter, Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, *in* Recht 1996, pp. 225-247, cité GAUCH, Grundbegriffe.

GAUCH, P./SCHLUEP, R./TERCIER, P., Partie générale du droit des obligations, 2^e éd. Zurich, 1982, cité GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, Partie générale du droit des obligations.

GAUCH, P./SCHLUEP, R./SCHMID, J./REY, H., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8^e éd., Zurich, 2003, cité GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Obligationenrecht.

GAUCH, P./SCHLUEP, R./EMMENEGGER, S./SCHMID, J., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9^e éd. Zurich, 2008, cité GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER/SCHMID, Obligationenrecht.

GIOVANNONI, Pierre, Le dommage indirect en droit suisse de la responsabilité civile, comparé aux droits allemand et français, *in* Revue de droit suisse 1977, pp. 31-64, cité GIOVANNONI, Dommage indirect.

GLARNER, Jacques, Die Schadensberechnung bei der Ersatzpflicht aus unerlaubter Handlung unter besonderer Berücksichtigung der Ansprüche des Geschädigten aus allfälligen Versicherungen, thèse, Berne, 1935, cité GLARNER, Schadensberechnung.

GUGGISBERG, Ellen, Note sur l'ATF 129 III 331, *in* AJP 2003, pp. 1246-1248, cité GUGGISBERG.

GURZELER, Beatrice, Beitrag zur Bemessung der Genugtuung, thèse, Zurich, 2005, cité GURZELER, Bemessung.

GUYAZ, Alexandre, Note sur l'ATF 4C.324/2005, Dommage subséquent et perte de gain normative, *in* HAVE 2006, pp.126-132, cité GUYAZ, Dommage subséquent.

HAGMANN, J./ZIMMERMANN, M., Revision und Vernehmlassung des STV zur Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechtes zusammen, *in* TREX 2001, pp. 144-145, cité HAGMANN/ZIMMERMANN, Revision.

HAUSHEER, Heinz, Neuerungen bei den Haftungsgründen, *in* Revue suisse d'assurances, N° 65, 1997, pp. 22-231, cité HAUSHEER, Neuerungen.

HAUSHEER, Heinz/AEBI-MÜLLER, Regina, Gewinnherausgabe nach Persönlichkeitsverletzung durch Medien, *in* RVJB 2007, pp. 341-354, cité HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Gewinnherausgabe.

HIRSCH, Alain, Perte de chance et causalité, *in* Les causes du dommage, Genève, 2007, Chappuis C. et Winiger B. (éd), pp. 279-293, cité HIRSCH, A., Perte de chance.

HIRSCH, Laurent, Le procès manqué, *in* Les causes du dommage, Genève, 2007, Chappuis C. et Winiger B. (éd), cité HIRSCH, L., Le procès manqué.

HONSELL, Heinrich, Herkunft und Kritik des Interessensbegriffs im Schadenersatzrecht, *in* Juristische Schulung, 1973, pp. 69-75, cité HONSELL, Kritik des Interessensbegriffs.

HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3^e éd. Zurich, 2000, cité HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht.

HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, 7^e éd., Berne, 2003, cité HONSELL, Obligationenrecht.

HUBER, Eugen, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, 4 vol., Bâle, 1893, cité HUBER, Schweizerisches Privatrecht.

HUGUENIN, Claire, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2^e éd., Zurich, 2006, cité HUGUENIN, Obligationenrecht.

ILERI, Attilay, Verfahrensfragen/aus Sicht eines Geschädigtenvertreters, *in* Revue suisse d'assurances, N° 65, 1997, pp. 39-46, cité ILERI, Verfahrensfragen.

JÄGGI, Peter, Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, *in* Mélanges en l'honneur de W. Schönenberger, Fribourg, 1968, cité JÄGGI, Zum Begriff.

KADNER-GRAZIANO, Thomas, La « perte d'une chance » en droit privé européen : « tout ou rien » ou réparation partielle du dommage en cas de causalité

incertaine, *in* Les causes du dommage, Genève, 2007, pp. 217-248, Chappuis C. et Winiger B. (éd), cité KADNER, Perte d'une chance.

KADNER-GRAZIANO, Thomas, Zur Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts aus der Zeit von Ende 2003 bis Ende 2005, *in* Entwicklungstendenzen im schweizerischen ausservertraglichen Haftungs- und Schadensrecht, cité KADNER, Rechtsprechung 2003-2005.

KELLER, Alfred, Haftpflicht im Privatrecht, 3^e éd., Berne, 1978, cité KELLER, A., Haftpflichtrecht.

KELLER, Max, Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, thèse, Zurich, 1949, cité KELLER, M., Interesse.

KELLER, Max/GABI, Sonja, Das Schweizerische Schuldrecht, 2^e éd., Berne, 1988, cité KELLER/ GABI, Schweizerisches Schuldrecht.

KEUK, Brigitte, Vermögensschaden und Interesse, thèse, Bonn, 1972, cité KEUK, Vermögensschaden und Interesse.

KISSLING, Christa, Die dogmatische Begründung des Haushaltschadens, thèse, Berne, 2006, cité KISSLING, Dogmatische Begründung.

KOCH, B./KOZIOL, H., Generalklausel für die Gefährdungshaftung, *in* HAVE 2002, pp. 368-371, cité KOCH/KOZIOL, Generalklausel.

KOLLER, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, 2 vol., Berne, 2006, cité KOLLER A., OR AT suivi du numéro de volume.

KOLLER, Thomas, Bemerkungen zur Subjektivierungen des Vermögensbegriffs im Privatrecht, *in* Recht 1994, pp. 25-31, cité KOLLER T., Subjektivierung des Vermögensbegriffs.

KOZIOL, Helmut, Der Schweizer Vorentwurf für einen Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts aus der Nachbarschaft betrachtet, *in* Revue suisse d'assurances, N° 65, 1997, pp. 147-157, cité KOZIOL, Der Schweizer Vorentwurf.

KOZIOL, Helmut, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Sicht aus dem Ausland, *in* Retouchen oder Reformen, Die hängigen Gesetzrevisionen im Bereich Haftung und Versicherung auf dem Prüfstand, Zürich, 2004, Weber S. et Fuhrer S. éd., pp. 23-38, cité KOZIOL, Revision und Vereinheitlichung.

KRAMER, Ernst A., Reine Vermögensschäden als Folge von Stromkabelschädigungen, *in* Recht 1984, pp. 128-135, cité KRAMER, Stromkabelbeschädigungen.

KUHN, Rolf, Die Anrechnung von Vorteilen im Haftpflichtrecht, Berne, 1987, cité KUHN, Anrechnung.

LANDOLT, Hardy, Kurze Geschichte des Schadenausgleichsrechts, *in* Retouchen oder Reformen, Die hängigen Gesetzrevisionen im Bereich Haftung und Versicherung auf dem Prüfstand, Zürich, 2004, Weber S. et Fuhrer S. éd., pp. 67-94, cité LANDOLT, Kurze Geschichte.

LANDOLT, Hardy, Zürcher Kommentar ad art. 45-49 CO, 2^e éd., Zurich, 2007, cité LANDOLT, Zürcher Kommentar.

LOMBARDINI, Carlo, Der Schaden des Klienten bei der Verwaltung seines Vermögens : Ein vielschichtiges Thema, *in* Bank- und Kapitalmarktrecht, 2005, cité LOMBARDINI, Kapitalmarktrecht.

LÜCHINGER, Niklaus, Schadenersatz im Vertragsrecht, thèse, Fribourg, 1999, cité LÜCHINGER, Schadenersatz.

LUTERBACHER, Thierry, Die Schadensminderungspflicht, Zurich, 2005, cité LUTERBACHER, Schadensminderungspflicht.

MANNSDORFER, Thomas M., Pränatale Schädigung, Ausservertragliche Ansprüche pränatal geschädigter Personen, thèse, Fribourg, 2000, cité MANNSDORFER, Pränatale Schädigung.

MANNSDORFER, Thomas M., Vereinfachung der Schadenregulierung, *in* HAVE Personen-Schaden-Forum 2008, Zurich, 2008, pp. 263-290, cité MANNSDORFER, Vereinfachung der Schadenregulierung.

MARTIN, Alfred, Étude des lois fédérales sur la responsabilité civile, Genève, 1890, cité MARTIN, Étude des lois fédérales.

MARTIN, Alfred, Le Code civil dans le canton de Genève, son influence dans le reste de la Suisse romande, *in* Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire, Paris, 1904, *reprint* Paris 2004, éd. présentée par Jean-Louis Halpérin, pp. 875-896, cité MARTIN, Le Code civil dans le canton de Genève.

MEIERHANS, Stefan, Der immer noch nicht bewältigte Reflexschaden, *in* Recht 1994, pp. 202-217, cité MEIERHANS, Reflexschaden.

MOMMSEN, Friedrich, Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig, 1855, cité MOMMSEN, Interesse.

MOOSER, Michel, Commentaire romand ad art. 158-163 CO, cité MOOSER, Commentaire romand.

MORENO, Ignacio, Der Haushaltschaden – die verbliebenen schwarzen Löcher, HAVE 3/2018, cité MORENO, Der Haushaltschaden.

MÜLLER, Christoph, Hat die perte d'une chance in der Schweiz noch eine Chance?, note sur l'ATF 133 III 462, *in* RJB 2007, pp. 862-874, cité MÜLLER, Commentaire ATF 133 III 462.

MÜLLER, Christoph, La perte d'une chance, étude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale, thèse, Berne, 2002, cité MÜLLER, Perte d'une chance.

MÜLLER, Christoph, ad art. 41 CO, *in* Handkommentar zu 1-183 CO, Zurich, 2016, cité MÜLLER, Handkommentar.

MÜLLER-CHEN, Markus, Haftpflichtrecht in der Krise ?, in BJM 2002, pp. 289-309, cité MÜLLER-CHEN, Haftpflichtrecht.

OERTLI, Theres, Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz, thèse, Zurich, 2004, cité OERTLI, Schadenersatz.

OFTINGER, Karl/STARK, Emil, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2^e éd., Zurich, 1958, cité OFTINGER /STARK, Haftpflichtrecht 1958.

OFTINGER, Karl/STARK, Emil, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3^e éd., Zurich, 1958, cité OFTINGER/STARK, Haftpflichtrecht 1995.

OSER, Hugo, Das Obligationenrecht, Zürcher Kommentar ad art. 1-183 OR, 2^e éd., Zurich, 1929, cité OSER, Obligationenrecht.

PERINI, Flavio, Richterliches Ermessen bei der Schadensberechnung, thèse, Zurich, 1994, cité PERINI.

PORTMANN, Wolfgang, Basler Kommentar ad art. 319-362 CO, 4^e éd., Bâle etc., 2007, cité PORTMANN, Basler Kommentar.

PUCHTA, Georg Friedrich, Lehrbuch der Pandekten, 9^e éd., Leipzig, 1863, cité PUCHTA, Lehrbuch der Pandekten.

Rapport de la commission d'étude pour la révision totale du droit de la responsabilité civile au chef du Département fédéral de justice et police, Berne, 1991, cité Rapport de la commission d'étude 1991.

REHBINDER, Manfred, Berner Kommentar ad art. 331-355 CO, 2^e partie, Berne, 1992, cité REHBINDER, Berner Kommentar.

REY, Heinz, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3^e éd., Zurich, 2003, cité REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht.

REY, Heinz/WILDHABER, Isabelle, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5^e éd., Zurich, 2018, cité REY/WILDHABER, Ausservertragliches Haftpflichtrecht.

ROBERTO, Vito, Note sur l'ATF 127 III 73, *in* AJP 2001, pp. 723-726, cité ROBERTO, AJP 2001.

ROBERTO, Vito, Schadensrecht, Bâle etc., 1997, cité ROBERTO, Schadensrecht.

ROBERTO, Vito, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zurich, 2002, cité ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht.

ROBERTO, Vito, Haftpflichtrecht, 2^e éd. Berne, 2018, cité ROBERTO, Haftpflichtrecht 2^e éd.

ROSSEL, Virgile, Manuel du droit fédéral des obligations, Lausanne etc., 1920, cité ROSSEL, Manuel.

RUSCONI, Baptiste, Révision et unification du droit de la responsabilité civile : la position des avocats suisses, *in* HAVE 2002, pp. 222-225, cité RUSCONI, Position des avocats suisses.

RÜETSCHI, David, Haftung für fehlgeschlagene Sterilisation Zugleich ein Beitrag zur Problematik « Kind als Schaden », *in* AJP 1999, pp. 1359-1368, cité RÜETSCHI, AJP 1999.

RÜETSCHI, David, Note sur l'ATF 133 III 153, *in* SIC 2007, pp. 434-442, cité RÜETSCHI, 133 III 153.

RUF, Jürg, Vernehmlassungsantwort des schweizerischen Versicherungsverbandes zum Expertenentwurf für ein Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, *in* HAVE 2002, pp. 226-228, cité Vernehmlassungsantwort des Versicherungsverbandes.

SANDOZ, Suzette, Ihr Kind, der Schadensfall, *in* NZZ 2006, p. 18, cité SANDOZ, Schadensfall.

SCHAER, Roland, Zurechnungenstheorien und Ersatzfähigkeit des Schadens, *in* Revue suisse d'assurances, N° 65, 1997, pp. 166-187, cité SCHAER, Zurechnungenstheorien.

SCHAETZLE, Marc, Der Schaden und seine Berechnung, *in* Handbücher für die Anwaltspraxis Geiser, Thomas/Münch, Peter éd., Bâle etc., 1998, cité SCHAETZLE, Schaden.

SCHAETZLE, M./WEBER, S., Manuel de capitalisation, trad. en français par Fernand Cerf, Zurich, 2001, cité SCHAETZLE/WEBER S., Manuel de capitalisation.

SCHNYDER, A./FICK, H., Bundesgesetz über die persönliche Handlungsfähigkeit und über das Obligationenrecht, Zurich, 1881, cité SCHNYDER/FICK 1881.

SCHÖBI, Felix, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Ergebnisse der Vernehmlassungen und weiteres Vorgehen, *in* Retouchen oder Reformen, Die hängigen Gesetzrevisionen im Bereich Haftung und Versicherung auf dem Prüfstand, Zürich, 2004, Weber S. et Fuhrer S. éd., pp. 9-22, cité SCHÖBI, Revision und Vereinheitlichung.

SCHWENZER, Ingeborg, Der schweizerische Entwurf zur Reform des Haftpflichtrechtes, eine kritische Stellungnahme, pp. 77-95, *in* La responsabilité civile européenne de demain, actes du colloque international de Genève, 2008, Winiiger (éd.), cité SCHWENZER, Kritische Stellungnahme.

SCHWENZER, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7^e éd. Berne, 2016, cité SCHWENZER, Obligationenrecht.

SECRÉTAN, Roger, Le concours de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle en droit suisse, *in* RDS 1949, pp. 183-203, cité SECRÉTAN, Concours de responsabilité.

SEROZAN, Rona, Tendenzen zur Normativierung und Individualisierung der Schadenszurechnung, *in* Die Verantwortlichkeit im Recht, Türkisch-schweizerische Juristenwoche, Zurich, 1980, pp. 447-496, cité SEROZAN, Tendenzen zur Normativierungen.

Sine nomine (rédaction de Causa sport), Note sur l'ATF 133 III 153, *in* Causa Sport 2007, pp. 217-227, cité Causa Sport 2007 Schnyder.

SPIRO, Karl, Verwirkt der Gläubiger seine einmal erworbene Schadenersatzforderung durch nachfolgende unerlaubte Handlung gegenüber seinem Schuldner, *in* BJM 1955, pp. 225-242, cité SPIRO, Verwirkt der Gläubiger.

STAEHELIN, A./VISCHER, F., Zürcher Kommentar ad art. 319-362 CO, Zurich, 1996, cité STAEHELIN A./VISCHER F., Zürcher Kommentar.

STAEHELIN, Ernst, Basler Kommentar ad art. 440-457 CO, 4^e éd., Bâle etc., 2007, cité STAEHELIN E., Basler Kommentar.

STAUFFER, W./SCHAETZLE, T./SCHAETZLE, M., Tables de capitalisation, 2 vol., 5^e éd., Zurich, 2001, cité STAUFFER/SCHAETZLE, Tables de capitalisation.

STEINAUER, Paul-Henri, Les droits réels, tome premier, 4^e éd, Berne 2007, cité STEINAUER, Droits réels I.

STEINAUER, Paul-Henri, Tertium datur ? *in* Figures juridiques, Mélanges dissociés pour Pierre Tercier, Zurich, 2003, cité STEINAUER, Tertium datur.

STEINER, Isabelle, Bemerkungen zum BGE 132 III 359, *in* AJP, pp. 1150-1161, cité STEINER, Bemerkungen.

STEINER, Isabelle, Das « Kind als Schaden », ein Lösungsvorschlag, *in* RJB 2001, pp. 646 ss, cité STEINER, RJB 2001.

TERCIER, Pierre, Assurance et responsabilité civile, à propos de l'Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile, *in* Revue suisse d'assurances, N° 65, 1997, pp. 158-165, cité TERCIER, Assurance et responsabilité civile.

TERCIER, Pierre, De la distinction entre dommage corporel, dommage matériel et autres dommages, *in* Festschrift Assista, Genève, 1979, cité TERCIER, De la distinction.

TERCIER, Pierre, La réforme du droit de la responsabilité civile : chronique d'une mort annoncée, *in* Le législateur et le droit privé, colloque en l'honneur

du professeur Gilles Petitpierre, Zurich, 2006, 25-38, cité TERCIER, Chronique d'une mort annoncée.

THÉVENOZ, Luc, La perte d'une chance et sa réparation, *in* colloque du droit de la responsabilité civile 2001, Berne, 2002, cité THÉVENOZ, Perte d'une chance.

THÉVENOZ, Luc, Commentaire romand ad art. 1-529 CO, Bâle, 2003, cité THÉVENOZ, Commentaire romand.

TOLOU, Alborz, La forfaitisation du dommage, Zurich, 2017, cité TOLOU, La forfaitisation du dommage.

TORRIONE, Henri, Le préjudice d'être né, Quelques réflexions à propos de l'ATF 132 III 359, *in* HAVE 2006, pp. 388-398, cité TORRIONE, Préjudice.

VON TUHR, Andreas, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Tübingen, 1924, cité VON TUHR, Obligationenrecht 1924.

VON TUHR, Andreas, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2^e éd., Zurich, 1942, cité VON TUHR, Obligationenrecht 1942.

VON TUHR, Andreas/PETER, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3^e éd., Zurich, 1974, cité VON TUHR/PETER, Obligationenrecht 1974.

VON TUHR, Andreas/PETER, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3^e éd, Zurich, 1979, cité VON TUHR/PETER, Obligationenrecht 1979.

VON WYSS, Die Haftpflichtfrage nach dem in der Schweiz geltenden Rechte, 1879, cité VON WYSS, Haftpflichtfrage.

VON ZIEGLER, Alexander, Schadenersatz im internationalen Seefrachtrecht, Baden-Baden, 2990, cité VON ZIEGLER, Schadenersatz.

WEBER, Rolf H., Berner Kommentar ad art. 97-109 OR, Berne, 2000, cité WEBER, R., Berner Kommentar.

WEBER, Stephan, Thesen zur Revision des allgemeinen Haftpflichtrechts aus Sicht der Versicherungswirtschaft, *in* Revue suisse d'assurances, N° 65, 1997, pp. 188-197, cité WEBER, S., Thesen zur Revision.

WEBER, Stephan, Vereinfachung, Visionen und Illusionen, *in* HAVE Personen-Schaden-Forum 2008, Zurich, 2008, pp. 291-299, cité WEBER S., Vereinfachungen.

WERRO, Franz, Commentaire romand ad art. 41-60 CO, Bâle, 2003, cité WERRO, Commentaire romand.

WERRO, Franz, La responsabilité civile, Berne, 2005, cité WERRO, Responsabilité civile.

WERRO, Franz, The Swiss Tort Reform : a Possible Model for Europe ?, *in* European Tort Law, Eastern and Western Perspectives, Bussani M. éd., Berne etc., 2007, pp. 81-102, cité WERRO, Swiss tort reform.

WERRO, F./HAHN, A.-C., Quelques remarques sur l'Avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile, *in* HAVE 2002, pp. 14-23, cité WERRO/HAHN, Quelques remarques.

WESSNER, Pierre, Droit contractuel et droit délictuel à la recherche de frontières naturelles en matière de responsabilité civile, *in* Revue suisse d'assurances, N° 65, 1997, pp. 16-21, cité WESSNER, Droit contractuel et droit délictuel.

WESSNER, Pierre, La responsabilité pour faute : une conception non surprenante, des conditions d'application novatrices. Le regard d'un juriste suisse, *in* HAVE 2005, pp. 252-255, cité WESSNER, La responsabilité pour faute.

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

WIDMER, Pierre, Antizipierte Widerrede gegen die Kastration oder Schubladisierung des Expertenentwurfs zur Reform und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, *in* Retouchen oder Reformen, Die hängigen Gesetzrevisionen im Bereich Haftung und Versicherung auf dem Prüfstand, Zürich, 2004, Weber S. et Fuhrer S. éd., pp. 39-60, cité WIDMER, Antizipierte Widerrede.

WIDMER, Pierre, Le projet suisse (mort-né) de réforme et d'unification du droit de la responsabilité civile, *in* La responsabilité civile européenne de demain, actes du colloque international de Genève, 2008, Winiger (éd.), pp. 67-75, cité WIDMER, Le projet suisse (mort-né).

WIEGAND, Wolfgang, Basler Kommentar ad art. 97-109 CO, 4^e éd., Bâle, 2007, cité WIEGAND, Commentaire bâlois.

WIEGAND, Wolfgang, Basler Kommentar ad art. 641-645 CC, 3^e éd., Bâle, 2007, cité WIEGAND, Commentaire bâlois.

WINIGER, Bénédicte, L'architecture de l'avant-projet de loi sur la responsabilité civile, *in* RDS N° 120, 2001, pp. 299-325, cité WINIGER, Architecture.

WINIGER, Bénédicte, La gravité de la faute du responsable, *in* colloque du droit de la responsabilité civile 2003, Berne, 2004, pp. 15-27, cité WINIGER, La gravité de la faute du responsable.

WINIGER, Bénédicte, Causalité incertaine et vraisemblance en matière de responsabilité médicale, *in* Bernard Dubuisson (éd.), L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux en Europe, Bruxelles, Bruylant, 2015, cité WINIGER, Causalité incertaine.

C. Droit autrichien et avant-projet autrichien

Discussion du projet autrichien, *in* La responsabilité civile européenne de demain, actes du colloque international de Genève, 2008, Winiger (éd.), pp. 57-64, cité Discussion autrichienne.

Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, Griss I., Kathrein G., Koziol H. éd., New York etc., 2006, cité *Projet autrichien commentaire*.

GRIGG, Siegfried/TROISS, Berthold, Die Reform des Schadenersatzrechts aus Sicht der Versicherungswirtschaft, *in* Reform des Schadenersatzrechts, zum Entwurf einer Arbeitsgruppe, Reischauer/Speilbüchler/Welser (éd.), Vienne, 2006, cité GRIGG/TROISS, Reform.

GRISS, Irmgard, Ein besonderer Aspekt des österreichischen Entwurfs, Gefährdungshaftung, Reduktionsklausel, *in* La responsabilité civile européenne de demain, actes du colloque international de Genève, 2008, Winiger (éd.), pp. 25-35, cité GRISS, Gefährdungshaftung.

HUBER, Christian, Reform des Oesterreichischen Schadenersatzrechts ?, *in* Reform des Schadenersatzrechts, zum Entwurf einer Arbeitsgruppe, Reischauer/Speilbüchler/Welser (éd.), Vienne, 2006, cité HUBER, Reform.

JUD, Brigitta, Integration der Haftpflichtsondergesetze in das Oesterreichische Schadenersatzrecht ?, *in* Reform des Schadenersatzrechts, zum Entwurf einer Arbeitsgruppe, Reischauer/Speilbüchler/ Welser (éd.), Vienne, 2006, cité JUD, Integration.

KOZIOL, Helmut, Die grossen Züge des österreichischen Entwurfs, *in* La responsabilité civile européenne de demain, actes du colloque international de Genève, 2008, Winiger (éd.), pp. 3-24, cité KOZIOL, Die grossen Züge.

KOZIOL, Helmut, Der österreichische Entwurf eines neuen Schadenersatzrechts, *in* HAVE 2005, pp. 310-319, cité KOZIOL, Der österreichische Entwurf.

KESSEL-SCHMIDT, Martin/MÜLLER, Sandra B., Reform des Schadenersatzrechts Band I, Vienne, 2006, cité Reform des Schadenersatzrechts.

REISCHAUER, Rudolf, Reform des Schadenersatzrechts ?, *in* Reform des Schadenersatzrechts, zum Entwurf einer Arbeitsgruppe, Reischauer/ Speilbüchler/ Welser (éd.) , Vienne, 2006, cité REISCHAUER, Reform.

SCHAUER, Martin, Allgemeine Bemerkungen, Haftung für Dritte, Unternehmerhaftung, *in* La responsabilité civile européenne de demain, actes du colloque international de Genève, 2008, Winiger (éd.), pp. 37-56, cité SCHAUER, Allgemeine Bemerkungen.

SCHAUER, Martin, Entwurf eines neuen Oesterreichischen Schadenersatzrechts, zugleich eine Besprechung des gleichnamigen Buchs, *in* Journal für Rechtspolitik 2006, 14, pp. 276 ss, cité SCHAUER, Entwurf.

SPIELBÜCHLER, Karl, Dankt der Gesetzgeber ab ?, *in* Reform des Schadenersatzrechts, zum Entwurf einer Arbeitsgruppe, Reischauer/Spielbüchler/Welser (éd.), Vienne, 2006, cité SPIELBÜCHLER, Dankt der Gesetzgeber ab ?

WELSER, Rudolf, Braucht Oesterreich ein neues Schadenersatzrecht ?, *in* Reform des Schadenersatzrechts, zum Entwurf einer Arbeitsgruppe, Reischauer/Spielbüchler/Welser (éd.), Vienne, 2006, cité WELSER, Braucht Oesterreich ein neues Schadenersatzrecht.

WAGNER, Gerhard, Reform des Schadenersatzrechtes, *in* Juristische Blätter, 2008, 130, pp. 2-22, cité WAGNER, Reform.

WILBURG, Walter, Die Elemente des Schadensrechts, Marburg a. d. Lahn, 1941, cité WILBURG, Elemente.

D. Droit français et avant-projet français

Ansel, Pascal, La responsabilité contractuelle et ses relations avec la responsabilité extracontractuelle dans l'avant-projet français, *in* La responsabilité civile européenne de demain, actes du colloque international de Genève, 2008, Winiger (éd.), pp. 159-179, cité Ansel, Responsabilité contractuelle.

Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil), Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Paris, 2005, cité Avant-projet Catala commentaire.

DECKERT, Katrin, La réforme du droit français des obligations : une perspective allemande, *in* *European Review of Private Law* 2007, pp. 765-780, cité DECKERT, Une perspective allemande.

Discussion du projet français, *in* *La responsabilité civile européenne de demain*, actes du colloque international de Genève, 2008, Winiger (éd.), pp. 197-201, cité Discussion du projet français.

FAUVARQUE COSSON, Bénédicte, L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et de la prescription : présentation générale, *in* *European Review of Private Law* 2007, pp. 761-764, cité FAUVARQUE COSSON, Avant-projet français.

LE TOURNEAU, Philippe, Le projet français de révision de la responsabilité civile, une voie critique, *in* *La responsabilité civile européenne de demain*, actes du colloque international de Genève, 2008, Winiger (éd.), pp. 181-196, cité LE TOURNEAU, Le projet français de révision.

MAZEAUD, Denis, Observations conclusives, pp. 1-16.

PLANIOL, Marcel, Inutilité d'une révision générale du Code civil, *in* *Le Code civil 1804-1904 livre du Centenaire*, Paris, 1904, *reprint* Paris 2004, éd. présentée par Jean-Louis Halpérin, pp. 955-963, cité PLANIOL, Inutilité d'une révision générale du Code civil.

VINEY, Geneviève, Le droit de la responsabilité dans l'avant-projet Catala, *in* *La responsabilité civile européenne de demain*, actes du colloque international de Genève, 2008, Winiger (éd.), pp. 141-158, cité VINEY, Le droit de la responsabilité.

E. Principes PETL et discussion générale sur le droit moderne de la responsabilité civile

BLACKIE, John, The Torts Provisions of the Study Group on a European Civil Code, *in* European Tort Law, Eastern and Western Perspectives, Bussani M. éd., Berne etc., 2007, pp. 55-81, cité BLACKIE, The torts provisions.

Discussion générale sur les principes PETL, *in* La responsabilité civile européenne de demain, actes du colloque international de Genève, 2008, Winiger (éd.), pp. 249-257, cité Discussion sur les principes PETL.

European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, Text and commentary, New York etc., 2005, cité Principles of European Tort Law, commentary.

KADNER GRAZIANO, Thomas, Les principes du droit européen de la responsabilité délictuelle, forces et faiblesses, *in* La responsabilité civile européenne de demain, actes du colloque international de Genève, 2008, Winiger (éd.), pp. 219-247, cité KADNER, Les principes européens, forces et faiblesses.

KOCH, Bernhard A., Die Grundsätze des europäischen Deliktrechts, *in* La responsabilité civile européenne de demain, actes du colloque international de Genève, 2008, Winiger (éd.), pp. 205-218, cité KOCH, Grundsätze des europäischen Deliktsrechts.

VON BAR, Christian, Gemeineuropäisches Deliktrecht, 2 vol., Munich, 1996, cité VON BAR, Gemeineuropäisches Deliktsrecht.

VAN BOOM, W./PINNA, A., Le droit de la responsabilité civile de demain en Europe, questions choisies, *in* La responsabilité civile européenne de demain, actes du colloque international de Genève, 2008, Winiger (éd.), pp. 261-277, cité VAN BOOM/PINNA, Questions choisies.

WILBURG, Walter, The Development of a Flexible System in the Area of Private Law, Inaugural address as Rector magnificus of 1950, trad. anglaise par H.

Hausmaninger, Vienne, 2000, cité WILBURG, The development of a flexible system.

WINIGER/KOZIOL/KOCH, Digest of European Tort Law. Vol 2 : Essential Cases on Damage, Berlin, 2011.

Patrick Gérard Fleury

Le dommage aquilien et son évolution patrimoniale

Étude en droit romain et suisse, ainsi que dans les projets européens de révision des codes civils

La présente thèse a pour objet de présenter l'évolution historique du concept de dommage aquilien. La notion est analysée en droit romain (loi des XII tables et *lex aquilia*), en droit suisse (code fédéral des obligations et code des obligations). La dernière partie de l'étude est consacrée à divers projets de réforme du droit de la responsabilité civile au niveau national et international. La discussion porte sur la mise au centre de la notion de dommage prise sous l'angle de l'intérêt du lésé à ce que le dommage ne se soit pas produit. La thèse discute la manière d'appréhender cette notion riche et complexe et donne des pistes de réflexion idoines.

L'ouvrage contient une analyse historique et jurisprudentielle à même de décrire la notion protéiforme du dommage allant au-delà de la théorie de la différence communément admise. La mise au centre de la notion d'intérêt du lésé à ce que le dommage ne soit pas survenu permet de donner un éclairage nouveau ainsi que des solutions pratiques aux dommages complexes, à l'instar du dommage écologique, de la perte d'une chance ou des dommages et intérêts punitifs.

Toutes nos publications sont en accès libre et gratuit sur
Alle unsere Publikationen sind frei erhältlich unter

www.ejl-fjv.ch

ISBN 978-2-88954-020-4 (print)
ISBN 978-2-88954-021-1 (PDF)

