

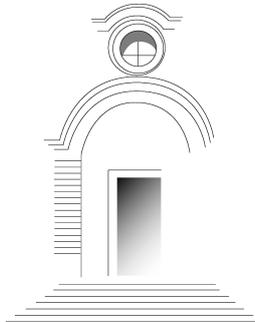
LE TORT MORAL EN CAS D'ACCIDENT: UNE MISE À JOUR

par

Alexandre GUYAZ

Docteur en droit, avocat spécialiste FSA en responsabilité civile et
droit des assurances, Lausanne

Tiré à part de la Semaine Judiciaire 2013 II 215 ss



LE TORT MORAL EN CAS D'ACCIDENT: UNE MISE À JOUR*

par

Alexandre GUYAZ

Docteur en droit, avocat spécialiste FSA en responsabilité civile et
droit des assurances, Lausanne

I. INTRODUCTION

Bien que l'institution ne soit pas récente, la réparation du tort moral est un thème récurrent aussi bien dans les publications scientifiques que dans la presse généraliste. Le public en a une perception imparfaite, influencée en partie par ses développements aux États-Unis, et en ignore bien souvent le sens et la portée exacts. Ainsi, il n'est pas rare que le justiciable soit désagréablement surpris lorsqu'il a connaissance du montant qui semble se justifier en droit suisse dans son propre cas. Face à cette méconnaissance du droit, il est essentiel pour le praticien, qu'il soit le conseil du lésé ou le représentant d'un assureur RC, de bien saisir le sens et la place de cette indemnisation dans l'ordre juridique helvétique, et de posséder un minimum de points de repère qui lui permettront de déboucher sur un montant qui n'ait pas pour les intéressés un arrière-goût d'arbitraire.

Le modeste objectif de la présente contribution est donc de présenter aux praticiens francophones une synthèse de l'institution telle qu'elle est conçue en droit suisse, avant d'exposer quels sont les critères proposés par la doctrine et la jurisprudence en vue de déterminer dans un cas concret la somme qu'il convient d'allouer au lésé à titre de réparation du tort moral. En chemin, nous nous arrêterons brièvement sur les questions les plus controversées dans ce domaine et tenterons dans la mesure du possible de suggérer une solution acceptable en pratique.

Rédigé principalement dans l'optique d'un praticien du droit de la responsabilité civile, cet article se concentre volontairement sur l'indemnisation du tort moral consécutif à des lésions corporelles ou

* La présente contribution constitue une mise à jour de celle publiée par le même auteur in SJ 2003 II 1 et intitulée: *L'indemnisation du tort moral en cas d'accident*.

à un décès accidentels, laissant de côté les questions épineuses que soulève l'institution en matière d'atteinte à l'honneur, de délits intentionnels ou de détention injustifiée.

II. LA NOTION DU TORT MORAL

A. Définition

Le tort moral est généralement défini comme l'ensemble des *souffrances physiques ou morales qu'une personne subit à la suite d'une atteinte à sa personnalité*¹. C'est un dommage purement immatériel, qui doit être distingué du dommage matériel auquel il est très souvent lié en pratique. Concrètement, il s'agit de la douleur physique, de la souffrance morale, ou encore de la perte ou d'une diminution de la joie de vivre en général. Il convient de souligner que seul entre en ligne de compte en principe le préjudice découlant d'une atteinte à la personnalité au sens de l'art. 28 CC². Néanmoins, de plus en plus de voix s'élèvent en doctrine pour faire admettre de façon plus large le droit à une indemnité pour tort moral, notamment en matière contractuelle³, ou lorsqu'un acte illicite cause chez le lésé des désagréments suffisamment marqués pour diminuer son bien-être, à l'image de vacances gâchées (théorie du «*petit tort moral*»)⁴.

B. Objectifs de l'indemnisation du tort moral

Comme il s'agit de compenser la souffrance subie par le lésé, on ne saurait véritablement parler de «*réparation*», bien que ce terme soit consacré par le texte légal actuel et une grande partie de la doctrine. Il est en effet généralement admis qu'aucun moyen, et notamment pas l'argent, n'est réellement propre à réparer la douleur physique ou psychique, c'est-à-dire à la supprimer purement et simplement, comme une indemnité peut faire disparaître le dommage pécuniaire⁵. A cet égard, l'allocation d'une somme d'argent n'est qu'un pis-aller, puisqu'elle implique la transposition en francs d'une réalité qui n'est pas mesurable, et moins encore monnayable⁶.

¹ WERRO, Tort moral et circulation routière, p. 4. Dans le même sens: GURZELER, p. 74.

² Sur la notion de *seelische Unbill*, voir notamment KELLER, p. 120.

³ GURZELER, p. 77.

⁴ Sur cette notion, voir WERRO, Tort moral et circulation routière, pp. 26-27.

⁵ TERCIER, Mélanges Assista, p. 150; HÜTTE / DUCKSCH, p. I/10; BREHM, ch. 6 ad art. 47 CO.

⁶ ATF 112 II 133.

Dans sa version allemande, le Code des obligations parle de «*Genugtuung*», alors que le texte français parle de «*réparation morale*»⁷. Ce dernier terme exprime cependant mal le fait que l'institution ne pourra que très rarement contenter le lésé, dont la situation restera la plupart du temps plus pénible et plus douloureuse qu'elle ne l'était avant qu'un acte dommageable ne porte atteinte à sa personnalité. Le terme «*d'indemnisation du tort moral*» nous paraît mieux à même d'exprimer en français le caractère nécessairement imparfait et quelque peu arbitraire de ce qui ne sera le plus souvent qu'une tentative de réparation.

Selon la conception généralement admise en droit suisse, le but de cette institution est de donner au lésé de quoi reprendre goût à la vie, de lui permettre par un certain enrichissement de s'offrir un peu de bien-être, en d'autres termes de créer des conditions (matérielles) qui rendent l'atteinte supportable, même de façon passagère, en compensation du bien-être perdu à cause de l'événement dommageable⁸.

Dans ce sens, le Tribunal fédéral estime que «le principe d'une indemnisation du tort moral et l'ampleur de la réparation dépendent d'une manière décisive de la gravité de l'atteinte et de la possibilité d'adoucir de façon sensible, par le versement d'une somme d'argent, la douleur physique ou morale»⁹.

A noter que cette conception mixte, retenant aussi bien la gravité objective de l'atteinte que la douleur ressentie par la victime, ne fait pas l'unanimité, chaque auteur ayant une approche quelque peu différente des fondements et de l'objectif réels de cette institution¹⁰. Nous relevons pour notre part que, la plupart du temps, la consolation strictement pécuniaire sera renforcée par la satisfaction du lésé de voir l'injustice qu'il a subie officiellement reconnue et condamnée par la justice; mais il s'agit là d'un aspect secondaire de l'institution qui ne doit pas servir de critère pour déterminer dans un cas d'espèce si une indemnité est due ou non¹¹. Nul doute cependant que la souffrance du lésé sera quelque peu atténuée par le fait même qu'elle sera examinée par un tribunal, qui se fondera en premier lieu sur sa gravité et son ampleur pour fixer le montant de l'indemnité.

⁷ Art. 47 CO et 49 al. 1 CO.

⁸ Dans ce sens: ATF 123 III 10 c. 4a, SJ 1997 p. 402; KELLER, p. 121; BREHM, ch. 9 ss ad art. 47 CO; SIDLER, p. 455.

⁹ ATF 123 III 306 c. 9b; ATF 132 II 117 c. 2.2.2; arrêt 6B_188/2010 du 4 octobre 2010 c. 5.1.1; arrêt 4A_266/2011 du 19 août 2011 c. 2.1.4.

¹⁰ Pour un tel inventaire, nous renvoyons à l'ouvrage de HÜTTE / DUCKSCH, pp. I/10 ss, ainsi qu'à GURZELER, pp. 158 ss.

¹¹ Nous rejoignons sur ce point l'opinion de BREHM, ch. 11k ad art. 47 CO.

Cette dernière remarque nous amène à considérer que l'indemnisation du tort moral, en particulier par le versement d'une somme d'argent, a pour but de procurer une certaine satisfaction, une certaine compensation au lésé, qui passe aussi bien *par la possibilité matérielle de se distraire de son malheur que par la reconnaissance officielle de ses souffrances*. Ce second objectif est en réalité reconnu par le droit positif, qui prévoit à l'art. 49 al. 2 CO d'autres modes de réparation du tort moral, ce qui signifie nécessairement qu'une souffrance physique ou morale peut être consolée autrement qu'en procurant à la personne concernée un sentiment d'enrichissement.

L'essentiel à nos yeux est de ne pas perdre de vue que le législateur a manifestement cherché à donner une réponse au préjudice immatériel subi par le lésé, et que l'indemnité pour tort moral n'a de sens que si elle vise, faute d'y parvenir toujours, à atténuer les conséquences psychologiques et morales de l'événement dommageable. Pour cette raison, nous partageons l'opinion du Tribunal fédéral selon laquelle cette institution n'a en principe pas de fonction pénale¹². Il ne s'agit pas de sanctionner la personne responsable, qui doit d'ailleurs de moins en moins souvent s'acquitter personnellement de l'indemnité, et il nous apparaît que la faute de l'auteur ne devrait jouer de rôle dans la fixation de cette indemnité que dans la mesure où elle a contribué à aggraver les souffrances de la victime¹³.

C. Les limites de l'institution

1. L'absence de perception de la souffrance

La question du but de l'indemnisation du tort moral a un intérêt pratique incontestable lorsque la victime a subi une telle atteinte à sa santé qu'elle perd tout discernement et vraisemblablement toute sensation de souffrance. Une telle personne est en outre incapable de réaliser que sa souffrance est officiellement reconnue, ni de dépenser son argent pour augmenter quelque peu son bien-être moral. Dans ces circonstances, une indemnité devient difficilement justifiable.

¹² ATF 115 II 156 c. 2.

¹³ Dans le même sens, voir BREHM (ch. 38 ad art. 47 CO), qui estime que lorsque le lésé n'a lui-même pas commis de faute, tenir compte de celle de la personne responsable n'a de sens que si l'on veut donner à l'institution le rôle de peine privée. Dans le même esprit, SIDLER (p. 455-456) écrit quant à lui: «*Das Verhalten des Täters oder Schädigers führt denn auch je nach der Schwere des Verschuldens nicht deshalb zu einer unter Umständen wesentlich höheren Genugtuung, weil man damit den Schädiger zusätzlich strafen will, sondern weil nach der allgemeinen Erfahrung die individuelle Betroffenheit des Opfers oder Geschädigten umso grösser ist, je weniger die Betroffenen Verständnis für das Verhalten des Schädigers aufbringen können und je unverzeihlicher dessen Verhalten erscheint*».

Dans un arrêt de 1982¹⁴, le Tribunal fédéral a estimé que l'impossibilité pour la victime d'apprécier la valeur de l'argent ne devait pas faire obstacle à l'allocation d'une indemnité pour tort moral. Dans un tel cas, dit notre Haute Cour, les éléments objectifs (gravité de l'atteinte) revêtent une importance prépondérante, voire absolue. Elle ajoute que la privation des facultés perceptives peut être un facteur de réduction de l'indemnité, mais accorde néanmoins à la victime un montant très élevé pour l'époque (100'000 francs).

Le Tribunal fédéral a confirmé sans autre motivation cette position dans un arrêt de 1990¹⁵, malgré les critiques d'une partie importante de la doctrine¹⁶, qui relève à juste titre qu'un tel artifice n'est plus nécessaire depuis que l'on reconnaît aux proches des victimes gravement atteintes dans leur personnalité un droit propre à une indemnité pour tort moral.

Aussi longtemps que la doctrine majoritaire et la jurisprudence admettront que l'indemnisation du tort moral a pour but d'atténuer un sentiment de souffrance, il n'est pas soutenable d'accorder une telle indemnité à une personne qui n'est par hypothèse plus en mesure de ressentir quoi que ce soit, ni de réaliser qu'elle obtient une indemnité. Il est donc plus satisfaisant en pareil cas de nier à la victime le droit à une indemnité, tout en tenant compte de la douleur intense que cause son état auprès de ses proches dans le cadre de celle allouée directement à ces derniers¹⁷.

Cette hypothèse ne doit pas être confondue avec celle des très jeunes enfants ayant par exemple perdu l'un de leurs parents, et qui ne souffriront qu'ultérieurement de cette situation, ou qui ne pourront apprécier que plus tard l'allocation d'une indemnité pour tort moral. Aux yeux de la doctrine et de la jurisprudence, rien n'interdit

¹⁴ ATF 108 II 422 c. 4 et 5: Jeune fille de 15 ans opérée de l'appendicite. Erreur de l'anesthésiste causant de graves lésions au cerveau; la jeune fille est totalement invalide: elle réagit par des cris ou des grimaces aux perceptions qu'elle peut ressentir comme agréables ou désagréables.

¹⁵ ATF 116 II 512 c. 2c.

¹⁶ BREHM, ch. 26a ad art. 47 CO; ENGEL, p. 528/529; FELLMANN / KOTTMANN, ch. 2634; OFTINGER / STARK, § 8 ch. 14; TERCIER, L'évolution, p. 54; SCHNYDER, ch. 13 ad 47 CO; WERRO, Responsabilité civile, ch. 156. HÜTTE / DUCKSCH semblent suivre le Tribunal fédéral (p. 1/16), tout comme GURZELER (p. 204-205), KELLER (p. 141) et LANDOLT (ch. 88 ss des remarques ad art. 47/49 CO). Tel n'est pas toujours le cas dans la pratique; par exemple le Tribunal cantonal de Schaffhouse a refusé dans un arrêt non publié du 21 décembre 1999 d'allouer une réparation morale à une jeune fille restée inconsciente suite à l'accident.

¹⁷ Dans ce sens: SCHNYDER, ch. 13 ad art. 47 CO; BREHM, ch. 26a ad art. 47 CO; ENGEL, p. 529; TERCIER, L'évolution, p. 54; WERRO, Responsabilité civile, ch. 156.

l'indemnisation d'un tort moral futur¹⁸, dont seule l'ampleur est encore quelque peu incertaine.

Le critère de la perception de la souffrance devrait en théorie amener les tribunaux à refuser toute indemnité à une personne morale, qui ne peut a priori pas ressentir de souffrance. Le Tribunal fédéral, appliquant à cet égard la théorie de la «réalité de la personne morale», considère cependant qu'une entité juridique victime d'une atteinte à sa personnalité peut ressentir une souffrance par l'intermédiaire de ses organes, ce qui l'habilite à réclamer en son nom propre une réparation pour tort moral¹⁹.

2. *La valeur subjective de l'argent*

Une autre question que soulève le but visé par l'institution est la valeur subjective de l'argent pour le lésé. En effet, la consolation apportée par le versement d'une somme d'argent, qui reste le mode de réparation le plus courant en pratique, ne sera pas nécessairement aussi grande selon que son bénéficiaire est très pauvre (ou vit dans un pays où la vie est très bon marché), ou selon qu'il est particulièrement aisé et mène depuis toujours un grand train de vie.

a. *Réduction en cas de niveau de vie particulièrement modeste*

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'aborder plusieurs fois cette question, sous l'angle particulier du domicile du lésé dans un pays où le coût de la vie est nettement moins élevé qu'en Suisse. En principe, selon cette jurisprudence, le domicile du demandeur ne joue pas de rôle quant au montant de l'indemnité et il importe peu que le coût de la vie soit plus bas dans son pays de domicile que chez nous²⁰. Mais on peut s'écarter de ce principe, dit le Tribunal fédéral, dans des cas particuliers, notamment quand les conditions économiques et sociales du demandeur sont telles qu'un montant normal conduirait à le favoriser de façon crasse; l'indemnité irait alors au-delà de son but et procurerait à son bénéficiaire un enrichissement injustifié²¹. Cette réduction ne doit pas être calculée de façon schématique, par exemple en se référant sans autre à la différence du coût de la vie, mais doit au contraire

¹⁸ ATF 88 II 461 c. 4; ATF 90 II 83 c. 2, SJ 1964 p. 536; ATF 117 II 58; BREHM, ch. 151a ad art. 47 CO; KELLER, p. 151-152; LANDOLT, ch. 87 des remarques ad art. 47/49 CO. HÜTTE / DUCKSCH, p. I/14, semblent plus réservés.

¹⁹ ATF 138 III 337 c. 6.1, SJ 2012 I 355.

²⁰ ATF 123 III 10 c. 4c aa, SJ 1997 p. 402.

²¹ Même arrêt, c. 4c/bb (Chine, tort moral des parents d'une femme assassinée). Les demandeurs n'ayant aucun lien avec la Suisse, la Cour de cassation du Tribunal fédéral admet un montant de 5'000 francs pour chaque parent, sur la base d'un coût de la vie 20 fois inférieur en Chine.

tenir compte de toutes les circonstances particulières du cas d'espèce, et notamment des liens qu'entretient le lésé avec la Suisse et la probabilité qu'il (re)vienne s'y établir un jour²².

Cette jurisprudence n'a en substance pas évolué depuis la fin des années 1990. Elle a été à notre connaissance appliquée encore deux fois par notre Haute Cour, dans des affaires concernant respectivement le Liban²³ et la Bosnie²⁴. Dans un arrêt de septembre 2008, le Tribunal fédéral s'est référé à cette jurisprudence, mais a refusé de l'appliquer à propos de l'indemnisation d'une victime vivant au Portugal, considérant que la différence de niveau de vie entre les deux pays (moins 30% au Portugal) ne permettait pas de parler de disproportion crasse qui ferait apparaître le montant intégral de l'indemnité comme inéquitable²⁵.

Cette pratique, consistant à réduire l'indemnité pour tort moral lorsque le lésé vit dans un pays où le coût de la vie est sensiblement inférieur à celui de la Suisse, est selon nous hautement critiquable²⁶, et ce pour les raisons suivantes:

- i) Elle s'est développée exclusivement dans un cadre pénal, à propos de meurtres intentionnels, dans des cas où l'indemnité serait manifestement payée en fin de compte par l'État, en application de la LAVI²⁷. On peut ainsi légitimement se demander si les tribunaux n'ont pas cherché par là un moyen de préserver les caisses publiques. Par ailleurs, dans plusieurs de ces arrêts, le Tribunal a rappelé la nature particulière de l'indemnisation LAVI, qui relève

²² ATF 125 II 554 c. 4, SJ 2000 I 189 (Ex-Yougoslavie, indemnité LAVI). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral retient que les filles de la victime qui réclament une indemnité ont vécu en Suisse, que leur grand-mère y vit toujours et qu'il est possible qu'elles s'installent un jour en Suisse ou ailleurs en Europe occidentale. Pour ces motifs, le Tribunal fédéral procède à une réduction de 50%, en lieu et place de la réduction quasi proportionnelle à la différence du coût de la vie entre les deux pays (rapport de 1:14) opérée par le Tribunal administratif grison.

²³ Arrêt 1A.251/1999 du 30 mars 2000. Le TF a ramené dans le cadre de la LAVI de 80% à 50% la réduction opérée par le Tribunal des assurances du canton de Zurich pour faute concomitante, mais admis la réduction supplémentaire de 75% fondée sur le fait que les requérants vivaient au Liban et n'avaient aucun contact avec la Suisse.

²⁴ Arrêt 1A.299/2000 du 30 mai 2001. Dans cette affaire, le TF a admis non sans hésitation la réduction de 75% opérée par le Tribunal des assurances du canton de Zurich par rapport aux indemnités accordées par la Cour d'assises, en soulignant précisément que les demandeurs, qui vivaient en Bosnie Herzégovine (où la vie est 6 à 7 fois moins chère), n'avaient aucun lien avec la Suisse, et qu'ils n'en auraient vraisemblablement jamais.

²⁵ Arrêt 1C_106/2008 du 24 septembre 2008 c. 4.2.

²⁶ Du même avis: GURZELER, p. 170. Contra: BREHM, ch. 11g ad art. 47 CO; FELLMANN / KOTTMANN, ch. 2661; HÜTTE, Genugtuung, p. 131; WERRO, Responsabilité civile, ch. 1358.

²⁷ Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions, remplacée depuis le 1^{er} janvier 2009 par la Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes d'infractions (RS 312.5), qui prévoit désormais des limites chiffrées à la réparation morale (art. 23 al. 2).

de l'assistance publique et non pas de la responsabilité civile de l'Etat²⁸. Cette nature spécifique de la prétention LAVI peut ainsi justifier certaines différences par rapport au droit civil dans les critères permettant de fixer le montant de l'indemnité²⁹. C'est manifestement dans cette optique que ce type de réduction est le plus souvent pratiqué.

- ii)* Comme exposé plus haut, doctrine majoritaire et jurisprudence admettent que le but principal de l'indemnisation du tort moral est de permettre à son bénéficiaire, par un certain enrichissement, de se procurer un bien-être qui compensera quelque peu ses souffrances. Un exemple qui peut venir à l'esprit est celui d'un long voyage ou l'achat d'un bien de consommation d'une certaine valeur. Or, ce but ne pourra être totalement atteint si les proches de la victime voient leur indemnité divisée par quatre par rapport à celle que toucherait une personne résidant en Europe occidentale. Il est en effet incontestable que pour un Chinois, un Libanais ou un Serbe, le prix d'un voyage à l'étranger est le même que pour un Suisse, et que celui, par exemple, d'une voiture neuve est encore plus élevé. Et il n'est pas exclu que le lésé souhaitera acheter une voiture avec son indemnité plutôt que des biens de première nécessité, qui sont eux par hypothèse bien meilleur marché dans son pays de résidence. Une autre dépense envisageable, et dont il n'est souvent pas acceptable de priver les proches, est un bref voyage de ces derniers à l'endroit où la victime a perdu la vie, afin de rencontrer éventuellement les dernières personnes à avoir vu le défunt et peut-être mieux accepter sa disparition.
- iii)* Outre la possibilité matérielle de se distraire de son malheur, l'indemnisation du tort moral a également pour but d'apporter une certaine consolation au lésé par la reconnaissance officielle de ses souffrances. Dans cette perspective, la jurisprudence relatée ci-dessus peut se révéler contre-productive si on l'applique sans réserve dans les cas de responsabilité civile classique, où la notion d'assistance publique n'a pas cours. La veuve d'un voyageur africain décédé dans un accident de car lors de son bref passage en Suisse aura probablement un sentiment d'injustice et de frustration plus grand encore lorsqu'elle apprendra que la veuve du passager européen du même car touche une indemnité quatre fois supérieure à la sienne. Même si les considérants du tribunal expliquent clairement que la douleur est la même, mais que seul le montant de l'indemnité varie entre les deux lésées, on peut douter que

²⁸ ATF 125 II 554 c. 2a, SJ 2000 I 189.

²⁹ Arrêt 1A.251/1999 du 30 mars 2000 c. 4a; Arrêt 1A.299/2000 du 30 mai 2001 c. 3b.

la veuve africaine considère notre justice comme équitable et parvient à oublier quelque peu son malheur en dépensant sereinement son argent.

b. Majoration en faveur des lésés fortunés

Face à cette réduction pour pauvreté, qui peut se justifier sur le plan dogmatique dans le cadre de la LAVI, on est nécessairement amené à envisager *a contrario* une majoration en faveur des lésés fortunés. Le Tribunal fédéral rejette cette éventualité, en se ralliant à la doctrine majoritaire³⁰. Il nous semble cependant difficilement soutenable en droit civil de refuser à un lésé une compensation qu'il puisse véritablement considérer comme telle, uniquement parce qu'il «*en aurait moins besoin*»³¹. Dans la mesure où l'on admet que la loi fixe un certain objectif à l'indemnisation du tort moral, et que cet objectif peut être atteint moyennant une majoration raisonnable du montant alloué, il est peu satisfaisant de se contenter d'une indemnisation partielle, qui revient à exiger du lésé qu'il puise pour le solde dans sa fortune personnelle. BREHM relève en substance à cet égard que le dommage matériel du lésé riche est souvent nettement plus important, et qu'il est quand même totalement indemnisé sans que cela ne choque personne³².

Ainsi, dans un système qui admet une réduction de l'indemnité pour tort moral aux dépens des lésés démunis, au motif que l'on ne saurait aller au-delà du but de l'institution, on devrait logiquement admettre que l'on ne saurait rester en deçà de ce même but, si celui-ci est à portée d'indemnité. Naturellement, à l'instar de la réduction, la majoration de l'indemnité ne devrait en aucun cas être schématique, et devrait nécessairement rester dans une certaine limite, par exemple le double ou éventuellement le triple de l'indemnité ordinaire.

Il faut cependant souligner que si cette adaptation vers le haut permet sans doute de mieux atteindre l'un des deux buts de l'institution, à savoir offrir au lésé la possibilité financière de compenser sa douleur, elle est parfaitement inutile en ce qui concerne la reconnaissance officielle de cette douleur. Et sur ce dernier point, une indemnité simple, doublée éventuellement d'un autre mode de réparation, produira

³⁰ ATF 123 III 10, SJ 1997 p. 402 (demanderesse chinoise); GURZELER, p. 169; STARK est du même avis (OFTINGER / STARK, § 8 ch. 29), c'est pourquoi il faut abandonner selon lui la théorie de la consolation, qui implique effectivement une plus grande indemnité pour les personnes aisées. Contre cette majoration, voir également HÜTTE, Mélanges BNSA, p. 159, LANDOLT, ch. 132 des remarques ad art. 47/49 CO et TERCIER, Mélanges Assista, p. 158.

³¹ C'est l'argumentation de KELLER, p. 136.

³² BREHM, ch. 11a ss ad art. 47 CO. Cet auteur estime que l'indemnité ne s'inscrit pas dans une logique de justice sociale, mais doit créer chez son bénéficiaire un effet psychologique, effet qui peut effectivement coûter plus cher si le lésé est aisé.

sans doute un effet psychologique déjà important chez une personne pour laquelle une dépense somptuaire même considérable est somme toute assez banale. En outre, vu le caractère nécessairement imprécis du dommage immatériel, il est incontestable qu'une pareille majoration crée un malaise et un certain sentiment d'inégalité sur le plan politique et social.

c. Synthèse

On le voit, la réduction de l'indemnité allouée en faveur d'un lésé vivant dans un pays en voie de développement est contre-productive, alors que sa majoration en faveur d'un lésé fortuné apparaît comme un avantage illégitime accordé aux plus nantis. Dès lors, il serait manifestement opportun de rayer la valeur subjective de l'argent de la liste des éléments personnels à prendre en compte lors de la fixation de l'indemnité prévue par les art. 47 et 49 CO³³.

Il en va bien sûr différemment en ce qui concerne l'indemnité versée aux victimes en application de la LAVI, dont le caractère subsidiaire, et surtout d'assistance publique, permet de justifier une telle réduction à l'égard des plus démunis, tout en refusant une quelconque majoration en faveur des plus fortunés.

3. Proposition

Pour conclure cette section consacrée à la notion du tort moral et aux fondements dogmatiques de son indemnisation, il nous paraît bon de distinguer clairement d'une part les conditions qui devraient être réunies en pratique pour que le juge puisse entrer en matière sur une demande d'indemnisation du tort moral, et d'autre part le critère fondamental en vertu duquel il doit chiffrer l'indemnité dans un cas particulier. En effet, et contrairement à l'opinion exprimée par le Tribunal fédéral³⁴, on ne peut selon nous recourir aux mêmes éléments de fait pour justifier aussi bien le principe que l'ampleur de l'indemnisation.

Le principe du versement d'une indemnité dépend de la possibilité concrète dans chaque cas d'espèce d'atteindre au moins partiellement l'un des buts que le législateur a attribués à cette institution. Peu importe que l'un apparaisse comme plus difficile à atteindre que l'autre,

³³ Dans le même sens: GURZELER, p. 169. Contra: BREHM, ch. 11 ss ad art. 47 CO. Cet auteur se fonde sur un raisonnement parfaitement logique, à condition que l'on assigne à l'indemnisation du tort moral un but purement économique. Or, cette vision est réductrice, et nous sommes convaincu que l'ampleur de la consolation que l'indemnité peut procurer au lésé n'est pas uniquement fonction du nombre de zéros qu'elle comporte. Le seul fait que cette indemnité existe, et qu'elle soit liée à une reconnaissance explicite de la souffrance du lésé, joue incontestablement un rôle important.

³⁴ Notamment dans son arrêt publié in ATF 123 III 306 c. 9b.

pourvu que le juge puisse admettre que, dans le cas particulier, une indemnité pour tort moral a encore un sens aux yeux de la loi. A noter encore qu'à ce critère s'ajoute une sorte de plancher quant à la gravité objective de l'atteinte, comme l'exige explicitement l'art. 49 CO, lequel plancher soulève encore d'autres questions³⁵.

Une fois admis le principe d'une indemnisation, se pose la question de son ampleur. A ce stade, et pour les raisons évoquées ci-dessus, il nous paraît incontestable que l'intensité de la souffrance subie par le lésé suite à une atteinte à sa personnalité, c'est-à-dire l'importance du préjudice immatériel, constitue la référence principale du juge³⁶. Pour évaluer l'ampleur de ce préjudice, il examinera tant la gravité objective de l'atteinte que les circonstances particulières susceptibles d'avoir réduit ou aggravé les souffrances du lésé. S'agissant de chiffrer l'indemnité, le but de procurer au lésé un certain sentiment d'enrichissement ne devrait servir que de critère global, applicable de la même façon à tous les lésés, et permettant de fixer la fourchette dans laquelle doit se situer l'ensemble des indemnités.

III. LES DISPOSITIONS LÉGALES

Les articles 28 et suivants du Code civil protégeant les droits de la personnalité laissent ouverte la question de la réparation du tort moral, à tout le moins de sa réparation en argent. Plus particulièrement, l'art. 28a al. 3 CC réserve les actions en réparation du tort moral, qui ne sont donc ouvertes que lorsque la loi le prévoit³⁷. Tel est le cas notamment dans le Code civil³⁸, et dans la plupart des lois spéciales réglant la question de la responsabilité civile dans des domaines particuliers, que ce soit expressément ou par un renvoi général aux règles du Code des obligations³⁹. Naturellement, s'agissant du tort moral lié à une atteinte à l'intégrité corporelle, les dispositions topiques dans ce domaine sont les art. 47 et 49 CO, sur lesquels se concentre la présente étude.

³⁵ Voir plus bas, p. 229.

³⁶ Dans le même sens: GURZELER, p. 265; OFTINGER / STARK, § 8 ch. 25 ss. BREHM (ch. 11d ad art. 47 CO) semble adhérer en partie à cette idée lorsqu'il admet qu'il existe un rapport entre la somme allouée et la souffrance du lésé.

³⁷ KELLER, p. 123; OFTINGER / STARK, § 8 ch. 2; HÜTTE / DUCKSCH, p. I/8.

³⁸ Art. 29 al. 2 CC en cas d'usurpation du nom; art. 454 al. 1 CC en matière de mesures de protection de l'adulte.

³⁹ Ces lois spéciales sont nombreuses. Nous pouvons citer à titre d'exemple la Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (LRCF, RS 170.32, art. 6), la Loi fédérale sur la responsabilité civile en matière nucléaire (LRCN, RS 732.44, art. 7 al. 1), la Loi fédérale sur la circulation routière (LCR, RS 741.01, art. 62), la Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits (LRFP, RS 221.112.944, art. 11), la Loi fédérale sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages (LChP, RS 922.0, art. 15), ou encore la Loi fédérale sur les substances explosibles (LExpI, RS 941.41, art. 27 al. 1).

A ces actions de droit civil s'ajoutent encore les indemnités prévues par le droit des assurances sociales⁴⁰ et par le droit de l'assistance publique⁴¹. Par leur nature, ces indemnités divergent nécessairement de celle prévue par le droit de la responsabilité civile, mais elles présentent néanmoins avec cette dernière un certain nombre de similitudes. Ainsi, la réparation morale prévue par la LAVI est fixée selon les mêmes principes que ceux développés à propos des art. 47 et 49 CO. Pour cette raison, de nombreux arrêts rendus par le Tribunal fédéral dans le cadre de cette loi, et plus encore dans celui de l'ancienne LAVI⁴², s'appliquent également en droit de la responsabilité civile.

S'agissant des indemnités prévues par certaines *assurances sociales*, leur principe et leur montant répondent à des règles propres que nous n'aborderons pas ici. Nous nous contenterons de rappeler que le législateur considère que de telles prestations sont de même «nature» que l'indemnité pour tort moral prévue en droit privé⁴³ et que, par voie de conséquence, l'assureur social est subrogé à concurrence des montants qu'il a versés à ce titre dans les prétentions que les lésés peuvent faire valoir contre le tiers responsable en application de l'art. 47 CO. En fait, il s'agit davantage entre les deux institutions d'une similitude de fonction que d'une identité de nature⁴⁴.

⁴⁰ Il s'agit de l'indemnité pour atteinte à l'intégrité (IPAI) instituée par les art. 24 et 25 LAA (RS 832.20) d'une part, et de la rente pour atteinte à l'intégrité prévue par les art. 48 à 50 LAM, ainsi que la réparation morale de l'art. 59 LAM (RS 833.1) d'autre part.

⁴¹ L'art. 22 al. 1 LAVI prévoit que la victime et ses proches ont droit à une réparation morale lorsque la gravité de l'atteinte le justifie.

⁴² Loi fédérale du 24 octobre 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1993 et abrogée au 1^{er} janvier 2009 par l'art. 46 de la nouvelle LAVI. Son art. 12 al. 2 prévoyait le versement à la victime d'une somme à titre de réparation morale, indépendamment de son revenu, lorsqu'elle avait subi une atteinte grave et que des circonstances particulières le justifiaient. L'ancienne loi ne fixait pas de montant maximum, même si la jurisprudence s'est parfois référée à la limite de 100'000 francs que prévoyait pour le dommage matériel l'ancien art. 4 de l'ordonnance (ATF 121 II 369 c. 6b, SJ 1996 p. 283).

⁴³ Art. 74 al. 2 lit. e LPGa.

⁴⁴ Cette identité de nature instituée par le législateur est critiquée par une partie de la doctrine: GHÉLEW / RAMELET / RITTER (p. 121) font remarquer que la réparation du tort moral par l'IPAI n'est que partielle, puisqu'elle exclut les aspects subjectifs du dommage. Pour sa part, TERCIER (L'évolution, p. 58) admet que cette indemnité joue le rôle d'une réparation morale, sans pour autant que les deux institutions ne se recouvrent totalement. RUMO-JUNGO (ch. 1001) écrit dans le même sens que le but des deux institutions est le même, bien qu'elles fassent l'une et l'autre appel à des critères d'estimation partiellement différents. GURZELER (p. 128) est également de cet avis. Quant à lui, le Tribunal fédéral se contente de constater que l'IPAI comporte au moins pour partie un élément de réparation du tort moral, tout en tenant compte dans son intégralité de l'IPAI perçue par la victime (ATF 125 II 169, SJ 1999 I 363; ATF 128 II 49 c. 4.3, SJ 2002 I 261; arrêt 1C_182/2007 du 28 novembre 2007 c. 11).

A. Tort moral en cas de lésions corporelles et de décès (art. 47 CO)

I. Généralités

Cet article faisant partie intégrante du titre premier, chapitre II, du Code des obligations, l'indemnisation qu'il prévoit n'entre en ligne de compte que si les conditions générales de la responsabilité civile sont réunies. L'art. 47 CO, tout comme l'art. 49 CO dont il constitue un cas particulier d'application, ne pose ainsi pas de norme autonome de responsabilité, mais contient une règle de droit qui permet de mesurer l'étendue de la responsabilité découlant d'autres dispositions légales⁴⁵. Le demandeur devra donc au préalable établir la responsabilité de la personne à laquelle il réclame réparation, que celle-ci soit fondée sur la faute (art. 41 CO) ou sur un état de fait pour lequel la loi prévoit une responsabilité objective⁴⁶. A cet égard, il convient de signaler le régime spécial de la Loi sur la responsabilité de la Confédération (art. 6), qui exige une faute de la part du fonctionnaire.

L'art. 47 CO s'applique également en matière de responsabilité contractuelle, en vertu du renvoi de l'art. 99 al. 3 CO⁴⁷.

Même lorsque les conditions générales de responsabilité sont réunies, doctrine majoritaire et jurisprudence font preuve d'une grande retenue, voire refusent toute indemnité, lorsque *le lésé est un proche du responsable*, et tout particulièrement son conjoint⁴⁸. Alors qu'il avait commencé par justifier cette position par le pardon qui intervient nécessairement entre proches⁴⁹, le Tribunal fédéral semble aujourd'hui davantage invoquer la solidarité entre époux et le fait qu'une indemnité versée au conjoint du responsable profiterait également à ce dernier⁵⁰, ce qui n'est pas acceptable.

Pour notre part, nous sommes d'avis qu'un devoir légal d'assistance entre conjoints ne peut pas en soi atténuer la douleur morale que l'un

⁴⁵ ATF 123 III 204 c. 2e; BREHM, ch. 18 ad art. 47 CO.

⁴⁶ Sur cette question, voir l'ATF 126 III 161 c. 5b/aa, SJ 2000 I 481.

⁴⁷ ATF 110 II 163 c. 2.

⁴⁸ BREHM, ch. 116a ss ad art. 47 CO; KELLER, p. 136; LANDOLT, ch. 148 ss des remarques ad art. 47/49 CO; HÜTTE / DUCKSCH, p. I/53; TERCIER, L'évolution, p. 56; OFTINGER / STARK, § 8 ch. 35 ss, qui justifient cette retenue par le pardon qui intervient souvent en pareil cas. Comme le souligne BREHM (ch. 116b ad art. 47 CO), un tel raisonnement est issu de l'ancienne conception du tort moral, qui attribuait à cette indemnité une importante fonction pénale, ce qui nous paraît erroné. C'est précisément pour cette raison que STEIN (p. 3) estime qu'une indemnisation du tort moral ne peut être exclue entre époux.

⁴⁹ ATF 63 II 219.

⁵⁰ ATF 115 II 156. C'est la raison principale pour laquelle BREHM (ch. 117 ad art. 47 CO), notamment, se prononce en faveur d'une telle restriction.

a infligée à l'autre. Ce qui compte véritablement est de savoir si le conjoint responsable fait preuve concrètement de solidarité et entoure le lésé de l'affection et de la présence nécessaires à soulager ses souffrances. Ainsi, si le couple reste uni, si l'un et l'autre font ensemble face au malheur qui les frappe, le juge pourra admettre que l'on se trouve en présence de circonstances particulières au sens de l'art. 47 CO qui ne laissent pas de place à une indemnisation en argent. On partira en effet du principe que le conjoint responsable a déjà contribué activement à réduire les souffrances du lésé et qu'il a en quelque sorte déjà volontairement fourni à celui-ci un autre mode de réparation du tort moral⁵¹. Naturellement, un tel raisonnement peut parfaitement s'appliquer par analogie et selon les circonstances entre parents et enfants, entre frères et sœurs, entre proches amis ou entre concubins.

A l'inverse, il faut admettre qu'il existe des cas dans lesquels le mariage ne survivra pas à l'événement dommageable et où l'époux lésé se retrouvera rapidement seul avec ses souffrances. Il nous paraît difficile en pareil cas de renvoyer ce lésé aux principes fondamentaux d'une union qui n'existe plus, et force est d'admettre que le responsable ne pourra certainement pas profiter de l'indemnité, puisqu'il a par hypothèse quitté son bénéficiaire⁵². De plus, le seul fait que le lésé ait refusé son pardon et mis fin lui-même à l'union conjugale ne devrait pas selon nous le priver d'une indemnité pour tort moral. Ce serait introduire ici une sorte d'obligation de pardonner à la charge du conjoint lésé, ce qui nous paraît peu compatible avec notre droit de la famille, d'autant plus qu'il se peut, suivant les circonstances, que le comportement du conjoint responsable constitue précisément une cause de la rupture du lien conjugal au sens de l'art. 115 CC. Dès lors, en cas de séparation, il n'existe à nos yeux aucune raison de refuser au lésé une pleine et entière indemnité.

Contrairement à la disposition générale de l'art. 49 CO, l'art. 47 CO ne prévoit pas d'autre mode d'indemnisation que *le versement d'une somme d'argent*. Manifestement, le législateur a estimé qu'une atteinte à l'intégrité physique cause systématiquement chez la personne lésée une souffrance telle que seule une somme d'argent peut éventuellement la soulager⁵³. Rien n'est moins sûr, et en particulier dans les cas où l'affliction du lésé est également causée par les circonstances peu claires de l'accident ou le fait que certaines personnes impliquées

⁵¹ Dans le même sens, voir la jurisprudence allemande citée par HÜTTE / DUCKSCH, p. I/53 n. 164.

⁵² Dans le même sens: LANDOLT, ch. 150 des remarques ad art. 47/49 CO

⁵³ La jurisprudence considère par ailleurs que l'art. 49 al. 2 CO, qui admet d'autres modes de réparation, n'a qu'une portée pratique limitée: ATF 131 III 26 c. 12.2.2, SJ 2005 I 257.

refusent de reconnaître leur responsabilité. En outre, comme le relève à juste titre une partie de la doctrine⁵⁴, la publication du jugement ou le versement d'un franc symbolique est souvent une façon élégante de résoudre le problème de la valeur subjective de l'argent pour les lésés fortunés.

2. *En cas de lésions corporelles*

a. *La pratique actuelle*

Les lésions corporelles sont un cas classique d'atteinte à la personnalité pouvant causer un préjudice moral majeur à la victime, en sus naturellement d'un éventuel dommage économique. Le législateur a donc explicitement prévu en pareil cas la possibilité pour le juge d'allouer à la victime une indemnité pour tort moral. Dans le cadre de l'art. 47 CO, seule possède la légitimation active la personne qui a elle-même subi des lésions corporelles; le tort moral de ses proches, qui subissent également une atteinte à leur personnalité en raison de la gravité des lésions, est indemnisé sur la base de l'art. 49 CO.

Il est admis en général que toute lésion corporelle ne donne pas nécessairement droit à une indemnité pour tort moral. La loi exige en effet en sus de la lésion elle-même des «*circonstances particulières*». Ces circonstances ne sont réalisées en principe que si la lésion implique une importante douleur physique ou morale ou si elle a causé une atteinte durable à la santé. Il n'y a dès lors en général pas d'indemnisation pour une lésion simple, n'impliquant pas d'invalidité, et qui se guérit sans complication particulière⁵⁵.

En pratique, l'élément le plus important pris en compte par les tribunaux est sans doute celui de l'invalidité permanente, en particulier si cette invalidité a des conséquences professionnelles. On doit également admettre selon nous que le droit à une indemnisation du tort moral est clairement acquis si l'atteinte durable à la santé est suffisamment importante pour justifier l'allocation d'une indemnité pour atteinte à l'intégrité au sens de l'art. 24 LAA, et ce même si cette invalidité n'a pas de conséquences sur le plan économique. Il en va de même si l'atteinte à l'intégrité a mis en danger la vie de la victime⁵⁶.

⁵⁴ BREHM, ch. 97 ad art. 49 CO.

⁵⁵ Dans ce sens: JAAC 65 (2001) n° 18; BREHM, ch. 28 ad art. 47 CO; OFTINGER / STARK, § 8 ch. 60; KELLER, p. 138; TERCIER, L'évolution, p. 56; HÜTTE / DUCKSCH, p. I/64; FELLMANN / KOTTMANN, ch. 2628; HIRSCH: p. 263. Plus critiques: WERRO: Responsabilité civile, ch. 1349, ainsi que Tort moral et circulation routière, p. 27; LANDOLT: ch. 10 ad art. 47 CO qui admet le principe d'une indemnité également en cas de nez cassé par exemple; GURZELER: p. 213.

⁵⁶ Arrêt 4C.283/2005 du 18 janvier 2006 c. 3.3.1; arrêt 4A_227/2007 du 26 septembre 2007 c. 3.7.2, SJ 2008 I 177; GURZELER: p. 214.

Des séquelles mineures ou une guérison complète ne permettent ainsi pas encore d'exclure de façon absolue toute indemnité pour tort moral, et d'autres circonstances peuvent, selon les cas, justifier l'application de l'art. 47 CO. Parmi elles figurent en premier lieu selon la jurisprudence une hospitalisation de plusieurs mois avec de nombreuses opérations ou une longue période de souffrance et d'incapacité de travail; entrent en considération également les préjudices psychiques importants tels qu'un état de stress post-traumatique conduisant à un changement durable de la personnalité⁵⁷.

Un autre cas particulier est celui des *lésions d'ordre esthétique*, qui posent quelques difficultés particulièrement quant à l'ampleur de l'indemnisation, puisqu'elles n'impliquent en principe aucune invalidité ou douleur permanente et ne causent pour ainsi dire que des douleurs de nature psychologique. Si certains auteurs sont à cet égard relativement restrictifs⁵⁸, la plupart d'entre eux, ainsi que la jurisprudence, semblent reconnaître à juste titre la réalité de ces séquelles et admettre qu'elles justifient une indemnisation équitable du tort moral qui en découle⁵⁹.

b. Critique

- i) La subordination de l'allocation d'une indemnité à l'existence de circonstances particulières est parfois définie de façon relativement sévère par la jurisprudence. Ainsi, dans un arrêt de janvier 2006, le Tribunal fédéral a considéré, dans le cas d'une fracture ouverte à la jambe droite ayant nécessité trois interventions chirurgicales ainsi que des séjours hospitaliers d'une durée indéterminée, mais ayant guéri pour le surplus sans difficulté particulière, qu'un arrêt de travail de neuf mois ne suffisait pas en soi à fonder une indemnité pour tort moral s'il n'était pas accompagné d'une longue période de souffrance, voire d'un changement substantiel de personnalité. Plus précisément, selon notre Haute Cour, le juge n'abuse

⁵⁷ Arrêts 1A. 235/2000 c. 5b/aa du 21 février 2001 et 1A.20/2002 c. 4.2 du 4 juillet 2002; arrêt 4C.283/2005 du 18 janvier 2006 c. 3.3.1; arrêt 4A_489/2007 du 22 février 2008 c. 8.2; arrêt 6B_188/2010 du 14 octobre 2010 c. 5.1.1; voir aussi l'arrêt rendu le 19 août 1999 par le Tribunal administratif bernois, in BVR-JAB 2000 p. 49. Dans le même sens: KELLER, p. 138; OFTINGER / STARK, § 8 ch. 59; TERCIER, L'évolution, p. 56. BREHM (ch. 30 ad art. 47 CO) est quant à lui relativement restrictif, alors que HÜTTE / DUCKSCH (p. I/64) semblent n'admettre l'application de l'art. 47 CO en l'absence de dommage permanent que si la lésion a été causée intentionnellement ou par négligence grave. Il s'agit là d'un critère d'ordre pénal qui ne devrait pas à nos yeux jouer de rôle dans ce domaine.

⁵⁸ HÜTTE / DUCKSCH, p. I/66; HIRSCH, p. 265.

⁵⁹ ATF 81 II 512; OFTINGER / STARK, § 8 ch. 67; FELLMANN / KOTTMANN, ch. 2632. BREHM (ch. 176 ss ad art. 47 CO) cite sur ce point une jurisprudence qu'il ne semble pas désapprouver. KELLER (p. 140) estime même qu'une indemnité pour dommage esthétique peut dans certains cas atteindre la moitié de celle allouée en cas d'invalidité totale.

pas de son pouvoir d'appréciation en refusant d'accorder une indemnité dans une telle cause, qualifiée néanmoins de cas limite⁶⁰.

Même si nous avons dans la première version de cet article⁶¹ relaté la jurisprudence sur cette question sans critique particulière, force est de constater, dix ans après, que cette approche n'est aujourd'hui pas ou plus justifiée. En refusant une indemnité pour tort moral à une victime d'un accident de la circulation ayant subi trois interventions chirurgicales et une incapacité de travail totale puis partielle de neuf mois, le Tribunal fédéral crée une distorsion entre l'art. 47 CO et le reste de l'ordre juridique. En d'autres termes, le tort moral consécutif à des lésions corporelles est aujourd'hui indemnisé plus restrictivement que d'autres atteintes à la personnalité, respectivement d'autres dommages immatériels, ce qui n'était certainement pas la volonté du législateur de 1911. En effet, les mentalités et la perception de la souffrance morale ont indubitablement évolué au cours des cent dernières années, et les tribunaux devraient selon nous adapter en conséquence le sens qu'ils donnent à la notion de «circonstances particulières». Plus particulièrement, il serait opportun de tenir compte des indemnités pour tort moral allouées dans deux autres domaines.

- ii) Faisant suite à une initiative parlementaire visant à améliorer le statut des animaux dans l'ordre juridique suisse⁶², les Chambres fédérales ont promulgué en octobre 2002 une nouvelle disposition du droit de la responsabilité civile, qui prévoit la prise en compte de la valeur affective d'un animal lorsque celui-ci est blessé ou tué. Plus précisément, l'art. 43 al. 1^{bis} CO, entré en vigueur le 1^{er} avril 2003, prévoit que lorsqu'un animal domestique 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. Même si le législateur n'a pas souhaité utiliser ici le terme de «tort moral»⁶³, force est de constater que l'indemnité qu'il a ainsi prévue vise elle aussi la réparation d'un dommage immatériel. Cette indemnité est donc de même nature que celles

⁶⁰ Arrêt 4C.283/2005 du 18 janvier 2006 c. 3.2.

⁶¹ *L'indemnisation du tort moral en cas d'accident*, SJ 2003 II 1 ss.

⁶² Voir à ce sujet le rapport de la Commission juridique du Conseil des Etats (FF 2000 3885) et l'avis du Conseil fédéral sur ledit rapport (FF 2002 5418).

⁶³ Le rapporteur de langue allemande de la Commission du Conseil national a même tenté de créer une distinction claire entre la valeur affective d'un animal et la réparation du tort moral (*Genugtuung*). Il s'agissait là avant tout d'explications d'ordre politico-éthique qui ne convaincront guère les juristes (Siegrist, BO 2002 N 1257).

prévues aux art. 47 et 49 al. 1 CO; elle concerne bien un tort moral⁶⁴.

Dans ce contexte nouveau, qui permet ainsi le versement d'une indemnisation à une personne âgée qui a perdu son chien, ou à un enfant qui voit son chat passer sous une voiture, on comprend mal comment on peut encore refuser une indemnité, même modeste, à une victime hospitalisée pendant quelques jours et incapable de travailler pendant plusieurs semaines. L'introduction de l'art. 43 al. 1^{bis} CO est l'expression d'une sensibilité nouvelle de la part du législateur qui ne permet plus le strict maintien de la jurisprudence mentionnée ci-dessus.

- iii) Une autre brèche a été récemment ouverte en matière de tort moral, mais cette fois par le biais de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, en matière de voyages à forfait. Dans un très célèbre arrêt *Leitner c. TUI* rendu en mars 2002⁶⁵, la Cour a considéré que la directive européenne en la matière devait être interprétée en ce sens qu'elle confère en principe au consommateur un droit à la réparation du préjudice moral résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des prestations constitutives du voyage à forfait. En l'espèce, la jeune Simone Leitner avait été victime d'une intoxication par salmonelles en raison de la nourriture consommée dans un club de vacances.

Or, la directive en question a été reprise unilatéralement en droit suisse par la Loi fédérale du 18 juin 1993 sur les voyages à forfait, y compris la disposition en vertu de laquelle la jurisprudence européenne a alloué à Mlle Leitner une indemnité pour tort moral en raison de ses vacances gâchées⁶⁶. Sachant que la loi suisse sur les voyages à forfait doit en cas de doute être interprétée conformément à la jurisprudence européenne⁶⁷, il est largement admis en doctrine que ce «petit tort moral» doit être dans ce cadre reconnu également en Suisse⁶⁸. Certains auteurs, principalement

⁶⁴ BREHM, ch. 88f ad art. 43 CO; WERRO, Responsabilité civile, ch. 183. Contra: CHRISTINE CHAPPUIS, Animaux, p. 24; KREPPER, p. 707. LANDOLT (ch. 784 ad art. 49 CO) admet pour sa part qu'il y a matière à indemnisation du tort moral en cas de cruauté envers les animaux. D'autres auteurs parlent d'indemnité semblable (*ähnlich*) à celle prévue pour le tort moral: SCHNYDER, ch. 24 ad art. 43 CO.

⁶⁵ Arrêt du 12 mars 2002, Simone Leitner c. TUI Deutschland GmbH & Co. KG, affaire C-168/00. Pour un résumé détaillé de cette décision, voir CHAPPUIS, CJCE, pp. 389 ss.

⁶⁶ RS 944.3.

⁶⁷ ATF 130 III 182 c. 5.5.1, SJ 2004 I 449.

⁶⁸ BREHM, ch. 29a ad art. 49 CO; FELLMANN / KOTTMANN, ch. 90; WERRO, Tort moral et circulation routière, p. 25; CHAIX (p. 417-418) expose que la jurisprudence genevoise admet le principe de l'indemnité pour tort moral en raison de vacances gâchées. Plus réticents: FAVRE / TERCIER, ch. 6560. Contra: ROBERTO, ch. 11 ad art. 14/14 LVF.

en Suisse romande, vont même plus loin et considèrent que cette extension de la notion de dommage ne doit pas se limiter aux contrats de voyage à forfait, mais concerner l'ensemble des contrats, ainsi que la responsabilité civile générale, ne serait-ce que pour des raisons d'égalité de traitement⁶⁹.

En bonne logique, dans un ordre juridique où les vacances gâchées donnent droit à une indemnité, on ne saurait rejeter les prétentions pour tort moral de la victime d'un accident qui a, par exemple, été hospitalisée ou alitée à la maison pendant quelques semaines, même si elle s'est ensuite totalement rétablie. En d'autres termes, l'arrêt Leitner doit nécessairement selon nous, pour des raisons de cohérence et d'égalité de traitement, amener le Tribunal fédéral à assouplir sa jurisprudence en ce qui concerne la gravité de la lésion corporelle nécessaire à l'application de l'art. 47 CO⁷⁰.

- iv) Pour ces diverses raisons, nous pouvons nous rallier à l'appréciation de GURZELER, qui considère que l'art. 47 CO doit trouver application dès que les lésions corporelles, nonobstant une guérison complète, ont causé un arrêt de travail de deux semaines au moins, ou de quelques jours seulement, mais combiné avec des douleurs importantes pendant plusieurs semaines ou avec d'autres importantes difficultés d'ordre physique ou psychique durant également plusieurs semaines⁷¹.

3. *En cas de décès*

Le tort moral subi en cas de décès d'un proche est un exemple classique de dommage réfléchi pour lequel le législateur a explicitement prévu une indemnisation, en dérogation au principe général selon lequel seul le lésé direct peut réclamer réparation de son dommage⁷². Ce contexte rend tout particulièrement délicate la question des ayants droit à une telle indemnisation, puisqu'il s'agit en principe d'interpréter de façon restrictive une exception à une règle générale, tout en tenant compte de l'évolution de notre société quant à la notion de «*famille*» ou de «*proches*» (*Angehörigen*).

⁶⁹ WERRO, Tort moral et circulation routière, p. 26.

⁷⁰ WERRO, Tort moral et circulation routière, p. 27.

⁷¹ GURZELER, p. 213.

⁷² BREHM, ch. 132 ad art. 47 CO.

a. Perte du conjoint

Il est généralement admis qu'en principe la douleur la plus grande en cas de décès est celle ressentie par le conjoint du défunt, à qui est allouée la somme la plus importante⁷³. Nous émettons pour notre part quelques doutes quant au bien-fondé de cette hiérarchie. En effet, et notamment chez les lésés mariés depuis peu au moment de la perte de leur conjoint, celle-ci est souvent sensiblement plus facile à surmonter que la perte d'un enfant⁷⁴. Si un veuf ou une veuve peut souvent refaire sa vie, rien ni personne ne peut remplacer la perte d'un jeune enfant.

La seule existence d'un lien conjugal ne devrait pas suffire à nos yeux pour faire admettre de façon absolue le principe d'une indemnisation. En effet, selon les règles habituelles sur le fardeau de la preuve, il appartient au lésé d'établir, à tout le moins de rendre vraisemblable, qu'il entretenait des relations harmonieuses avec son époux, et qu'il lui était particulièrement attaché⁷⁵. Dans l'hypothèse où le conjoint survivant avait délaissé le défunt pour manifestement s'attacher à une autre personne, le juge devra sans doute réduire sensiblement l'indemnité, voire la supprimer purement et simplement⁷⁶.

Le partenaire enregistré au sens de la Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe⁷⁷ doit être sans autre assimilé au conjoint⁷⁸.

b. Perte d'un enfant

La perte d'un enfant donne en principe lieu à indemnisation du tort moral, et ce même si la victime était majeure et avait déjà fondé son propre foyer⁷⁹. Si l'âge de la victime ne joue en principe pas de rôle⁸⁰, la jurisprudence retient parfois que la douleur des parents est plus grande lorsqu'ils perdent leur enfant unique⁸¹. Sauf circonstances

⁷³ ATF in SJ 1994 p. 597.

⁷⁴ Dans le même sens: GURZELER, pp. 320 ss.

⁷⁵ BREHM, ch. 137 ad art. 47 CO.

⁷⁶ Dans le même sens: BREHM, ch. 137 ad art. 47 CO; STEIN, p. 2; KELLER, p. 148; OFTINGER / STARK, § 8 ch. 90 n. 136.

⁷⁷ RS 211.231.

⁷⁸ HIRSCH, p. 276; HÜTTE, Anleitung, p. 144, n. 18; LANDOLT, ch. 411 ad art. 47 CO.

⁷⁹ KELLER, p. 148; BREHM, ch. 143 ad art. 47 CO; HÜTTE / DUCKSCH, p. I/27; SCHNYDER, ch. 9 ad art. 47 CO; LANDOLT, ch. 417 ad art. 47 CO.

⁸⁰ Contra: OFTINGER / STARK, § 8 ch. 94.

⁸¹ OFTINGER / STARK, § 8 ch. 93; BREHM, ch. 145 ad art. 47 CO; HÜTTE / DUCKSCH, p. I/27.

exceptionnelles⁸², les tribunaux allouent le même montant au père et à la mère. Une partie importante de la doctrine, à laquelle nous nous rallions, accorde également une indemnité aux parents nourriciers, dans la mesure où avait pu s'établir avec l'enfant disparu un lien comparable à celui qui existe en principe pour des parents naturels⁸³.

c. Perte du père ou de la mère

Le décès des parents ne pose en général pas davantage de difficultés, dans la mesure où ceux-ci entretenaient encore de bonnes relations avec leurs enfants. On admet là aussi qu'il n'est pas nécessaire que l'enfant demandeur vécût avec le défunt au moment de l'accident pour qu'il puisse prétendre à une indemnité. Ainsi, quant à son principe, une indemnité pour tort moral en faveur de l'enfant majeur n'est pas exclue, même si ce dernier a déjà fondé sa propre famille⁸⁴. Il va de soi qu'on admettra généralement en pareil cas que la douleur est moindre et que le montant de l'indemnité doit être réduit en conséquence⁸⁵.

d. Perte d'un frère ou d'une sœur

Davantage que pour les proches cités ci-dessus, le critère du ménage commun joue un rôle particulièrement important lorsqu'il s'agit d'allouer ou non une indemnité pour tort moral aux frères et sœurs du défunt. En effet, une indemnité, au demeurant relativement modeste, leur est accordée en principe uniquement s'ils vivaient encore sous le même toit que la victime. Dans le cas contraire, on exigera alors d'eux qu'ils établissent avoir entretenu avec cette dernière des relations extraordinairement étroites⁸⁶.

e. Perte d'un autre membre de la famille

Les prétentions des autres membres de la famille ne sont en général pas exclues de façon absolue par la doctrine, mais seules des circonstances exceptionnelles permettent de justifier en pratique une indemnité pour

⁸² Voir BREHM ch. 142a ad art. 47 CO. On peut penser également au cas où l'un des parents est personnellement témoin du décès de l'enfant.

⁸³ KELLER, p. 148; OFTINGER / STARK, § 8 ch. 94 n. 142; LANDOLT, ch. 418 ad art. 47 CO. Plus réservés: HÜTTE / DUCKSCH, p. 1/27.

⁸⁴ BREHM, ch. 152 ad art. 47 CO; KELLER, p. 149; HÜTTE / DUCKSCH, p. 1/28; LANDOLT, ch. 421 ad art. 47 CO.

⁸⁵ Il se peut donc, si la victime avait plusieurs enfants, que ceux-ci reçoivent une indemnité différente selon le caractère plus ou moins étroit des relations que chacun entretenait avec la victime: ATF du 5 mars 1999 in BVR-JAB 1999 p. 486.

⁸⁶ ATF 89 II 396; BREHM, ch. 154a ad art. 47 CO; KELLER, p. 149; HÜTTE / DUCKSCH, p. 1/28. Contra: LANDOLT, ch. 424 ad art. 47 CO.

tort moral⁸⁷. On peut penser par exemple à une tante qui aurait remplacé très tôt auprès des enfants la mère disparue, ou à un parrain qui se serait occupé personnellement de son filleul handicapé. Dans le même ordre d'idée, nous sommes d'avis que les prétentions des *grands-parents* devraient être appréciées avec davantage de souplesse, principalement lorsqu'ils s'occupaient régulièrement des jeunes victimes, ce qui est de plus en plus courant⁸⁸.

f. Le droit du fiancé

On entend par fiancés deux personnes de sexe opposé qui se sont promis le mariage au sens de l'art. 90 CC. Compris dans ce sens, le fiancé est certainement un membre de la famille au sens de l'art. 47 CO, mais la plupart des auteurs lui accordent une indemnité moindre que celle allouée au conjoint⁸⁹. Le Tribunal fédéral n'a pas pour sa part voulu fixer de façon schématique et définitive la place du fiancé sur l'échelle des relations familiales et semble se référer davantage aux circonstances concrètes des cas qui lui sont soumis⁹⁰. Cette méthode pragmatique doit être saluée, car elle seule permet d'éviter une différence trop importante entre les indemnités selon que l'accident survient quinze jours avant ou quinze jours après le mariage. Il est vrai qu'un fiancé, qui a la plupart du temps toute la vie devant lui, pourra en général surmonter le deuil qui l'accable et trouver une autre opportunité de fonder une famille; il n'en va pas différemment du jeune veuf, qui doit sans doute recevoir une indemnité comparable.

⁸⁷ Voir sur ce point KELLER, p. 149; BREHM, ch. 155 ss ad art. 47 CO. Plus restrictifs encore: OFTINGER / STARK, § 8 ch. 98; HÜTTE / DUCKSCH, p. 1/28.

⁸⁸ La majorité des auteurs admettent une telle légitimation active lorsque les enfants décédés vivaient auprès de leurs grands-parents. Voir par exemple: LANDOLT, ch. 422 ad art. 47 CO; FELLMANN / KOTTMANN, ch. 2647; HÜTTE (Anleitung), p. 174, n. 10. GURZELER (p. 323) soutient quant à elle l'allocation dans tous les cas d'une indemnité pour le tort moral des grands-parents.

⁸⁹ HÜTTE / DUCKSCH (p. 1/33) accordent au fiancé une indemnité de base située entre 10'000 et 20'000 francs, ce qui place cette catégorie de lésés dans une situation moins favorable que les parents ou même les enfants de la victime. KELLER (p. 150) estime pour sa part que le fiancé a droit à un peu plus que la moitié de la somme allouée au conjoint, la relation brisée par l'événement dommageable n'étant pas encore si étroite et surtout pas définitive. OFTINGER / STARK (§ 8 ch. 91) préconisent quant à eux une indemnité quelque peu inférieure à celle du conjoint. Se référant à l'arrêt publié in ATF 114 II 144, SIDLER (p. 476-477) estime qu'un montant équivalent à celui offert aux parents est approprié lorsque les jeunes gens n'avaient pas encore fait ménage commun. Voir aussi BREHM, ch. 159a ad art. 47 CO.

⁹⁰ ATF 114 II 144. Le Tribunal fédéral précise dans cet arrêt que les fiançailles ne sont soumises à aucune forme, et qu'elles existent déjà lorsque les intéressés ont projeté de célébrer officiellement cette promesse et prévu de se marier à une époque déterminée (c. 2a).

g. Le droit du concubin

Jusqu'à très récemment, la question de savoir si le concubin pouvait prétendre à une indemnité pour tort moral en cas de décès a divisé la doctrine⁹¹, qui ne disposait d'aucun arrêt du Tribunal fédéral à ce sujet. Cette querelle a été finalement tranchée, du moins dans son principe, par un arrêt du 2 février 2012, publié aux ATF 138 III 157, qui admet que le concubin doit être considéré comme un proche (*Angehörige*) conformément au texte allemand de l'art. 47 CO, et qu'il ne saurait être exclu du champ d'application de cette disposition au seul motif qu'il ne serait pas de la «famille», comme le prévoit le texte français de la loi. Notre Haute Cour a donc reconnu dans cette affaire un droit à une indemnité à une femme qui vivait depuis quatre ans avec la victime, alors même que celle-ci était encore formellement mariée à une personne qui avait elle aussi obtenu une indemnité pour tort moral.

Cependant, la notion de proches doit s'entendre dans une acception restrictive, dit le Tribunal fédéral, en ce sens qu'il s'agit des personnes qui vivaient dans l'entourage du défunt et entretenaient avec lui des relations étroites. Seule la personne vivant dans une relation de concubinage stable doit ainsi pouvoir être considérée comme un «*Angehöriger*» et se voir comme tel reconnaître un droit à une indemnité pour tort moral au sens de l'art. 47 CO.

La relation de concubinage stable doit être comprise comme une communauté de vie d'une certaine durée, voire durable, entre deux personnes, à caractère en principe exclusif, qui présente une composante tant spirituelle que corporelle et économique, et qui est parfois désignée comme une communauté de toit, de table et de lit. Le Tribunal fédéral considère qu'on ne saurait retenir une durée prédéfinie, en deçà de laquelle un concubin se verrait automatiquement nier le droit à toute indemnité. Si plusieurs années de vie commune sont certes un élément parlant en faveur d'une relation de concubinage stable, elles ne sont pas à elles seules décisives. Le juge doit au contraire procéder dans chaque cas à une appréciation de l'ensemble des circonstances de la vie commune afin d'en déterminer la qualité et d'établir si celle-ci peut être qualifiée de relation de concubinage stable, constituant une relation suffisamment étroite pour légitimer une indemnité pour tort moral⁹².

⁹¹ Plutôt contre: HÜTTE / DUCKSCH, p. I/37; HÜTTE, *Genugtuung*, p. 128; BREHM, ch. 160 ad art. 47 CO. Restrictifs: OFTINGER / STARK, § 8 ch. 84, qui estiment que c'est uniquement par analogie que l'art. 47 CO peut s'appliquer au concubin. En faveur d'une telle légitimation active: KELLER, p. 149-150; TERCIER, *Mélanges Assista*, p. 160; SCHNYDER, ch. 9 ad art. 47 CO; ENGEL, p. 530; GURZELER, p. 150; LANDOLT, ch. 414 ad art. 47 CO.

⁹² ATF 138 III 157 c. 2.3.3, SJ 2012 I 153.

h. Synthèse

Si ce récent arrêt doit être salué en ce qui concerne le droit des concubins, il demeure selon nous trop restrictif dans ce sens où il exige manifestement un ménage commun pour appliquer l'art. 47 CO, ce qui exclut *de facto* les amis très proches. Or dans certains cas, et peut-être plus fréquemment chez les personnes âgées, se tissent entre deux personnes seules des liens étroits et durables, qui ne sont sans doute pas identiques à ceux qui unissent des époux, mais qui sont souvent au moins aussi intenses. Lorsqu'un veuf perd un proche ami de toujours, sa souffrance est peut-être aussi profonde que celle que ressent un jeune homme qui perd son épouse après six mois de mariage.

En résumé, nous soutenons que, nonobstant la restriction posée par l'ATF 138 II 157, le champ d'application de l'art. 47 CO ne doit pas être défini exclusivement en fonction de l'état civil et du domicile commun, mais bien en fonction de la seule intensité réelle des liens que le demandeur entretenait avec le défunt⁹³, étant entendu que le juge devra se montrer extrêmement exigeant quant à la preuve de ces liens lorsque les personnes concernées n'étaient pas parentes et ne vivaient pas sous le même toit. Il va de soi également que les liens d'état civil entre les personnes concernées permettront au juge de présumer une relation plus ou moins intense. Mais cette présomption doit pouvoir être renversée dans un sens ou dans un autre sur la base des circonstances propres au cas d'espèce⁹⁴. Parmi ces circonstances, on citera notamment pour les couples non mariés, outre le concubinage à proprement parler, une relation étroite et solide ayant duré un grand nombre d'années, ainsi que des enfants communs.

B. Tort moral en cas d'atteinte à la personnalité (art. 49 CO)

Cette disposition pose le principe général de la réparation du tort moral en cas d'atteinte aux droits de la personnalité, l'art. 47 CO n'étant qu'un cas d'application de cette règle⁹⁵.

L'art. 49 CO constitue donc la base légale topique pour l'indemnisation du tort moral chaque fois que le lésé est atteint dans sa personnalité sans pour autant qu'il ait subi une lésion corporelle ou que l'un de ses

⁹³ GURZELER, p. 150. SCHNYDER, ch. 9 ad art. 47 CO et OFTINGER / STARK, § 8 ch. 84, semblent partager cette opinion.

⁹⁴ TERCIER, *Mélanges Assista*, p. 160.

⁹⁵ ATF 128 II 49, SJ 2002 I 261; arrêt 6B_188/2008 du 4 octobre 2010 c. 5.1.1; arrêt 6B_213/2012 du 22 novembre 2012 c. 3.1, SJ 2013 I 269. SCHNYDER, ch. 4 ad art. 49 CO; OFTINGER / STARK, § 8 ch. 77 n. 122; TERCIER, *Mélanges Assista*, p. 148. Cela est d'autant plus vrai que depuis le 1^{er} juillet 1985, il n'est plus nécessaire dans le cadre de l'art. 49 CO que le responsable ait commis une faute.

proches soit décédé. En pratique, il s'agit avant tout des cas d'atteinte à l'honneur, à l'intégrité sexuelle, à la liberté ou à la sphère privée, soit autant d'hypothèses qui sortent du cadre de la présente étude. Notons seulement qu'une indemnité pour tort moral n'est possible au sens de l'art. 49 CO, tout comme dans le cadre de l'art. 47 CO, que si l'atteinte à la personnalité est d'une certaine gravité, si bien que, par exemple, une *injure* ou encore la *mauvaise exécution d'un contrat*, sous réserve des dispositions spéciales du droit du travail ou d'une clause contractuelle spécifique, ne suffiront pas à justifier l'application de cette disposition⁹⁶.

S'agissant plus particulièrement des conséquences de lésions corporelles, l'art. 49 CO sert de base légale à la jurisprudence pour accorder une indemnité aux proches des personnes gravement atteintes dans leur santé. En effet, puisque l'art. 47 CO n'est qu'un cas d'application de la règle générale de l'art. 49 CO, l'application conjointe des deux dispositions n'est pas exclue. C'est ainsi que le Tribunal fédéral reconnaît depuis 1986 en cas de lésions corporelles graves un droit propre des proches de la victime à une indemnisation pour tort moral⁹⁷. Selon lui, les proches sont atteints dans leurs intérêts personnels propres d'une façon suffisamment importante lorsqu'ils sont touchés au moins aussi gravement que si la victime était décédée⁹⁸. Pour l'instant, la jurisprudence reconnaît un tel droit au conjoint⁹⁹, aux parents¹⁰⁰, aux enfants¹⁰¹, ainsi qu'aux frères et sœurs¹⁰².

C. La réparation morale pour les victimes d'infractions (art. 22 et 23 LAVI)

Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1993, la première Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (aLAVI) prévoyait entre autres mesures le versement d'une indemnité censée compenser le dommage matériel,

⁹⁶ Voir à ce sujet BREHM, ch. 19 ss ad art. 49 CO; SCHNYDER, ch. 11 et 12 ad art. 49 CO; STEIN, p. 3-4.

⁹⁷ ATF 112 II 220 et ATF 112 II 226 (tous deux du 22 avril 1986).

⁹⁸ ATF 112 II 226; ATF 125 III 412 c. 2a, SJ 2000 I 303. C'est en application de ce critère que le Département neuchâtelois des finances et des affaires sociales a refusé d'accorder une indemnité LAVI pour tort moral à la mère d'une fille enlevée à l'étranger par son père pendant 16 mois. L'autorité a en effet estimé que les tourments supportés au cours de cette période ne pouvaient pas être considérés comme semblables ou dépassant ceux que lui aurait causé la mort de son enfant, RJN 2001 p. 222.

⁹⁹ ATF 112 II 220; ATF 112 II 226; ATF 122 III 5 c. 2a; ATF 123 III 204 c. 2a.

¹⁰⁰ ATF 116 II 519.

¹⁰¹ ATF 117 II 50 c. 3a, SJ 1992 p. 8; ATF 122 III 5 c. 2a; ATF 123 III 204 c. 2a; ATF 125 III 412, SJ 2000 I 303.

¹⁰² ATF 118 II 404 c. cc.

ainsi qu'une somme à titre de réparation morale. Cette dernière était versée à la victime ou aux personnes qui y sont assimilées indépendamment de leur revenu, à condition qu'elles aient subi une atteinte grave, et que des circonstances particulières le justifient (art. 12 al. 2 aLAVI). Très vite, la LAVI a pris une importance pratique considérable, et un grand nombre de décisions concernant l'indemnisation du tort moral ont été rendues en application de cette réglementation. Cependant, et c'était là sans doute l'objectif du législateur, cette loi jouait et joue encore avant tout un rôle en matière de délits intentionnels, soit lorsqu'en principe les assureurs RC n'interviennent pas¹⁰³.

Le 23 mars 2007, le législateur a promulgué une nouvelle loi sur l'aide aux victimes, abrogeant la précédente, et qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009. La réparation morale est désormais régie par les art. 22 et 23 LAVI, qui sont plus restrictifs que la première loi sur certains points. Ainsi, même si les principes généraux concernant cette indemnisation restent régis par les art. 47 et 49 CO, qui s'appliquent par analogie, le montant de la réparation est désormais plafonné à 70'000 francs lorsque l'ayant droit est la victime elle-même, soit notamment en matière de lésions corporelles, et à 35'000 francs lorsque l'ayant droit est un proche, soit essentiellement en cas de décès de la victime¹⁰⁴. Par ailleurs, le droit à la réparation morale n'est plus transmissible par voie de succession, contrairement à ce qu'admettait la jurisprudence sous l'ancien droit¹⁰⁵.

Faut-il le préciser, la LAVI n'est pas une réglementation de responsabilité civile, mais ressortit au droit de l'assistance publique¹⁰⁶. Le débiteur de la réparation morale prévue par la LAVI, et surtout la nature juridique de cette obligation, ne sont pas les mêmes que dans le cadre des art. 47 et 49 CO. Ceci peut conduire, comme le disait le Tribunal fédéral déjà sous l'ancien droit, à certaines différences dans le système de réparation, celui de la LAVI étant par nature partiel et subsidiaire¹⁰⁷. Selon notre Haute Cour, il était même envisageable de refuser toute réparation morale à la victime qui avait contribué par une

¹⁰³ Voir sur ce point HÜTTE, *Collezione Assista*, p. 269.

¹⁰⁴ Art. 23 al. 2 LAVI. Comme le relèvent GOMM / ZEHNTER (p. 206) la marge de manœuvre des autorités d'indemnisation est ainsi passablement plus étroite qu'en droit privé. Cela est d'autant plus vrai que l'Office fédéral de la justice a publié en octobre 2008 un «*guide relatif à la fixation du montant de la réparation morale à titre d'aide aux victimes d'infractions*», qui prévoit, dans le cadre des minima légaux institués par la loi, des paliers d'indemnisation en fonction de la gravité de la lésion corporelle et du lien de parenté en cas de décès.

¹⁰⁵ Arrêt 1C_106/2008 du 24 septembre 2008 c. 6.4.4.

¹⁰⁶ ATF 123 II 425 c. 4c, SJ 1998 p. 97; ATF 125 II 554 c. 2a, SJ 2000 I 189; ATF 128 II 49 c. 4.1, SJ 2002 I 261; ATF 132 II 117 c. 2.2.4.

¹⁰⁷ ATF 125 II 169, SJ 1999 I 363; ATF 128 II 49 c. 4.3, SJ 2002 I 261; ATF 132 II 117 c. 2.2.4.

faute lourde à la survenance de l'atteinte¹⁰⁸. La nouvelle loi prévoit à cet égard expressément que l'indemnité et la réparation morale peuvent être réduites ou exclues si la victime ou l'ayant droit ont contribué à causer l'atteinte ou à l'aggraver¹⁰⁹. En outre, la jurisprudence considère que l'indemnité LAVI peut subir une réduction par rapport à celle du droit des obligations si celle-là a été augmentée pour tenir compte d'éléments subjectifs propres à l'auteur de l'infraction, tels que l'absence particulière de scrupules¹¹⁰.

Néanmoins, même si les montants alloués en application de la nouvelle LAVI et des plafonds de l'art. 23 al. 2 LAVI seront certainement la plupart du temps inférieurs à ceux qui seraient fixés en responsabilité civile dans la même situation, il n'en demeure pas moins que le principe dans le cadre de la LAVI est l'application par analogie des règles du droit des obligations, tant pour déterminer le cercle des ayants droit que les critères pertinents à retenir dans chaque cas particulier¹¹¹.

La réparation morale de l'art. 22 LAVI a un caractère subsidiaire, dans ce sens où les prestations que l'ayant droit a reçues de tiers à titre de réparation morale sont déduites, conformément à l'art. 23 al. 3 LAVI. En vertu de l'art. 7 al. 1 et 2 LAVI, si des prestations à titre d'aide aux victimes ont été accordées par un canton, celui-ci est subrogé, jusqu'à concurrence des prestations versées, dans les prétentions de même nature que l'ayant droit peut faire valoir en raison de l'infraction. Les prétentions dans lesquelles le canton est subrogé priment celles que l'ayant droit peut encore faire valoir ainsi que les droits de recours de tiers.

IV. LE MONTANT DE L'INDEMNITÉ

A. La méthode des deux phases

Contrairement à l'indemnité pour atteinte à l'intégrité prévue dans le cadre de l'assurance-accidents obligatoire, qui est exclusivement fixée en fonction de la gravité objective de l'atteinte au sens médical,

¹⁰⁸ ATF 128 II 49, SJ 2002 I 261. Cet arrêt envisage bien sûr l'hypothèse où la faute lourde n'est cependant pas assez intense pour entraîner la rupture du lien de causalité adéquate. En pareil cas, le droit des obligations prévoit le versement d'une indemnité réduite (même arrêt, c. 4.2).

¹⁰⁹ Art. 27 al. 1 et 2 LAVI.

¹¹⁰ Arrêt 1A.235/2000 du 21 février 2001.

¹¹¹ Arrêt 1A.196/2000 du 7 décembre 2000; ATF 121 II 369 c. 6c, SJ 1996 p. 283; ATF 123 II 210 c. dd, SJ 1997 p. 543; arrêt 1A.20/2002 du 4 juillet 2002. L'art. 22 al. 1 LAVI prévoit d'ailleurs maintenant expressément l'application par analogie des art. 47 et 49 CO.

les art. 47 et 49 CO exigent du juge qu'il tienne compte de toutes les circonstances particulières de chaque cas d'espèce¹¹². Dans la mesure où le juge possède à cet égard un pouvoir d'appréciation relativement important, le risque existe qu'en pratique, les montants alloués varient fortement d'un tribunal à l'autre, ce qui porte incontestablement atteinte aux principes de l'égalité entre justiciables et de la sécurité du droit. Ainsi, en se référant simplement à des affaires antérieures, le juge risque de tomber dans l'arbitraire, le résultat n'étant pas prévisible pour le justiciable et le calcul pas soumis à des règles claires¹¹³.

Dans ce contexte, se fondant sur un arrêt rendu en juin 1995 par le Tribunal cantonal de Lucerne¹¹⁴, une partie de la doctrine¹¹⁵ a développé, respectivement adopté, la méthode dite des deux phases, que l'on peut résumer de la façon suivante:

- Dans une *première phase*, le juge examine la gravité objective de l'atteinte, et dégage un montant indicatif fondé soit sur l'atteinte à l'intégrité (par analogie aux règles de l'art. 24 LAA et de l'annexe 3 à l'OLAA), soit sur le lien de parenté entre la victime décédée et le demandeur. Ce montant est un simple point de départ, qui vise à faire démarrer la réflexion du juge sur des bases claires et objectives, identiques pour tous.
- Dans une *seconde phase*, il s'agit de prendre en compte, vers le haut ou vers le bas, tous les éléments propres au cas d'espèce, de sorte que le montant finalement alloué tienne compte de la souffrance effectivement ressentie par le demandeur.

La position du Tribunal fédéral au sujet de cette méthode n'a pas toujours été très claire, et certains ont pu même croire qu'il la rejetait¹¹⁶. En réalité, dès la fin de l'année 1997¹¹⁷, notre Haute Cour a déclaré expressément, dans une affaire de détention injustifiée, qu'elle n'avait sur le principe aucune objection à formuler contre la méthode des deux phases, aussi longtemps que le montant résultant du type et

¹¹² Voir parmi d'autres: ATF 125 III 269 c. 2a, SJ 1999 I 431; ATF 132 II 117 c. 2.2.3.

¹¹³ Voir dans ce sens: LANDOLT, ch. 40 ad art. 47 CO.

¹¹⁴ LGVE 1995 I 6.

¹¹⁵ En premier lieu HÜTTE (c. f. notamment HÜTTE / DUCKSCH, p. I/17 ss; HÜTTE, Collezione Assista, pp. 272 ss; Mélanges BNSA pp. 158 ss et Anleitung, p. 153 ss), mais également SIDLER (pp. 463 ss); KOLLER (p. 682); HIRSCH, p. 270; FELLMANN / KOTTMANN, ch. 2671 ss; WERRO, Responsabilité civile, ch. 1347 ss; GURZELER, pp. 267 ss. TERCIER, La réparation, p. 24, propose une méthode similaire en trois phases, tout comme LANDOLT, ch. 40 ss ad art. 47 CO.

¹¹⁶ Et notamment BREHM, ch. 62b ad art. 47 CO, à propos de l'arrêt 4C.123/1996 du 21 octobre 1997.

¹¹⁷ Arrêt 4C.343/1994 du 16 décembre 1997 c. 12b.

de la gravité objective de l'atteinte ne constituait qu'une ligne directrice et ne débouchait que sur un ordre de grandeur, qui devait ensuite être affiné en tenant compte de toutes les circonstances concrètes du cas d'espèce. Dans un arrêt rendu le 21 février 2001 par la 1^{ère} Cour de droit public à propos d'une requête en indemnité LAVI consécutive à un accident d'avion, où le requérant souffrait de troubles visuels, notre Haute Cour a fait application de cette méthode sans faire preuve de la moindre hésitation dogmatique, et a retenu que la perte complète d'un œil impliquait une indemnisation de base de l'ordre de 30'000 francs¹¹⁸.

En résumé, la méthode des deux phases est aujourd'hui clairement admise par le Tribunal fédéral, à condition qu'elle ne conduise pas à une standardisation ou une schématisation des montants alloués à titre de réparation morale, qui doivent tenir compte de toutes les circonstances propres au cas d'espèce. Ainsi, il est sans doute possible d'évaluer le préjudice immatériel en examinant tout d'abord la gravité objective de l'atteinte — en se fondant par exemple sur le degré d'atteinte à l'intégrité au sens de l'art. 24 LAA et de l'annexe 3 à l'OLAA — puis en prenant en compte dans une seconde phase tous les éléments propres au cas considéré. Le Tribunal fédéral n'impose par contre pas cette méthode, qui reste absolument facultative pour les tribunaux de première instance¹¹⁹. Par ailleurs, on ne saurait admettre le principe consistant à retenir comme règle impérative le double de l'indemnité pour atteinte à l'intégrité au sens de l'assurance-accidents obligatoire¹²⁰.

B. La pratique des tribunaux

La méthode des deux phases semble être désormais largement reconnue par les tribunaux de première instance, qui l'appliquent également en cas de perte d'un proche. Ainsi, dans le cas d'un accident de circulation ayant coûté la vie à un automobiliste, le tribunal du district de Muri (AG) a retenu en faveur de la veuve un montant de base de 35'000 francs, qu'il a ensuite doublé pour tenir compte des circonstances particulières du cas d'espèce. En même temps, il est parti d'un montant de base de 25'000 francs pour chacun des enfants, montant qu'il a porté à 35'000 francs dans le cadre de la seconde phase. Le Tribunal cantonal argovien, sans pour autant remettre véritablement en question les critères appliqués par les premiers juges, a estimé cependant que les montants finalement retenus par ceux-ci étaient trop élevés, et les a ramenés à 50'000 francs en faveur de la veuve et

¹¹⁸ Arrêt 1A.235/2000 c. 5b.

¹¹⁹ Pour un arrêt de principe récent sur cette question, voir l'ATF 132 II 117 c. 2.2.3.

¹²⁰ Arrêt 4C.55/2006 du 12 mai 2006 c. 5.2.

à 30'000 francs en faveur de chacun des enfants, avant réduction pour faute concomitante. Quant au Tribunal fédéral, il s'est référé aux différents arrêts rendus par le passé pour considérer que les montants de base retenus par le tribunal de district ne violaient pas le droit fédéral. Pour le surplus, il a estimé que le raisonnement des juges cantonaux dans le cadre de la seconde phase était soutenable et ne débouchait pas sur un résultat inéquitable¹²¹.

Cette décision montre bien, et cela est fort regrettable, que le Tribunal fédéral, s'il ne censure pas la méthode des deux phases, continue fondamentalement à se référer aux arrêts rendus par le passé pour juger du caractère équitable d'une indemnité pour tort moral, alors même que l'un des principaux avantages de la méthode des deux phases est de permettre au juge de tenir compte efficacement de l'évolution du coût de la vie. En reprenant les montants alloués dans des cas plus ou moins comparables 10 ans plus tôt, notre Haute Cour fait ainsi complètement abstraction de l'inflation survenue depuis lors et procède à une réduction matérielle d'une indemnité qui n'est par ailleurs guère généreuse¹²². De plus, comme la comparaison avec des cas antérieurs est faite par le Tribunal fédéral sur le montant final et non sur le montant de base, elle neutralise en grande partie la réflexion menée dans le cadre de la seconde phase, qui doit précisément tenir compte des circonstances propres au cas d'espèce. Notre Haute Cour a donc beaucoup de peine à s'affranchir de l'ancienne méthode empirique et maintient de facto une *tarification tacite* parfaitement contraire à l'esprit de l'institution.

La difficulté qu'éprouve le Tribunal fédéral à s'affranchir de la méthode du précédent est apparue déjà dans un arrêt du 22 février 2008, concernant un père de famille sévèrement blessé dans le cadre d'un accident de motocyclette. Le lésé avait été hospitalisé pendant plus d'un mois et avait dû subir de nombreuses interventions chirurgicales. Sa vie avait été chamboulée par les conséquences de l'accident et il avait souffert de douleurs intenses périodiques pendant plusieurs années. Les douleurs en question subsistaient, mais dans une moindre mesure, et la souffrance morale qui en découlait avait été importante, le lésé n'ayant jamais vraiment surmonté psychologiquement son handicap. Enfin, il avait pratiquement perdu l'usage du bras gauche,

¹²¹ Arrêt 4A_423/2008 du 12 novembre 2008, spécialement le considérant 2.6. Dans cet arrêt, le TF s'est référé à une décision du 5 mai 2006 (arrêt 4C.435/2005), dans lequel il avait accordé 40'000 francs à une jeune veuve enceinte de sept mois et à l'occasion duquel il avait constaté que des montants supérieurs à 40'000 francs avaient été alloués pour la perte du conjoint au cours des 10 années précédentes principalement en cas d'homicide intentionnel.

¹²² Pour un autre exemple de cette façon de faire, voir l'arrêt 6B_199/2007 du 13 mai 2008 c. 6.2. Dans le cadre de cette affaire, qui concernait le décès d'une jeune fille de 14 ans, le TF s'est référé (en mai 2008) à la pratique des tribunaux entre 2001 et 2005 pour considérer que la cour cantonale n'avait pas violé l'art. 47 CO en allouant 30'000 francs à chacun des parents et 10'000 francs au frère de la victime.

ce qui rendait les gestes quotidiens plus difficiles et plus longs. La Cour civile du Canton de Vaud avait accordé au demandeur une indemnité pour tort moral de 70'000 francs avec intérêts à 5% l'an depuis la date de l'accident — qui remontait à août 1986 — sous déduction de l'indemnité pour atteinte à l'intégrité de l'assureur-accidents. Le Tribunal fédéral a, comme on pouvait s'y attendre, refusé d'accorder au lésé le montant largement supérieur qu'il réclamait, tout en croyant bon cependant de préciser qu'il n'était en général pas alloué de montants supérieurs à cette somme de 70'000 francs en cas de lésions corporelles, hormis dans des cas de tétraplégie, paraplégie ou graves lésions cérébrales¹²³.

Cette dernière remarque est déplacée, parce qu'elle se réfère à un arrêt publié (ATF 134 III 97), qui renvoie lui-même à deux décisions portant sur des accidents survenus dans les années quatre-vingt. Une fois encore, en se référant à une pratique vieille de 20 ans, le Tribunal fédéral procède à une réduction occulte des indemnités réelles, lesquelles sont ainsi régulièrement érodées par l'inflation. Le caractère pernicieux de cette méthode du précédent apparaît immédiatement si l'on actualise les données de l'arrêt en question. En effet, le demandeur de cet arrêt du 22 février 2008 avait suite à un accident de 1986 perçu une indemnité pour atteinte à l'intégrité de 31'320 francs, soit 45% du salaire maximum assuré selon la LAA à l'époque. La Cour civile a ensuite majoré ce chiffre pour tenir compte des circonstances particulières; elle a *de facto* augmenté l'indemnité LAA de 123%, qu'elle a ainsi plus que doublé. Si le même raisonnement était tenu aujourd'hui, on obtiendrait une indemnité pour atteinte à l'intégrité de 56'700 francs (45% de 126'000 francs), portée dans une deuxième phase à environ 126'400 francs¹²⁴. En d'autres termes, un juge confronté en 2013 à un accident similaire survenu par hypothèse après le 1^{er} janvier 2008¹²⁵ devrait soit respecter une certaine égalité entre les lésés et accorder à cette victime un montant de 126'400 francs en dérogation à la limite posée par l'arrêt précité, soit respecter ce dernier et allouer un montant d'une valeur réelle très inférieure à ce qui a été accordé au lésé de 1986. Nous penchons clairement pour la première solution.

Cette affirmation du Tribunal fédéral à propos d'un soi-disant palier de 70'000 francs va à l'encontre même du système de l'indemnité pour atteinte à l'intégrité au sens de l'art. 24 LAA, laquelle est intimement

¹²³ Arrêt 4A_489/2007 du 22 février 2008 c. 8.3.

¹²⁴ Ce montant est sans doute un peu excessif, vu qu'il représente plus du double de l'indemnité pour atteinte à l'intégrité. Vraisemblablement un montant d'environ deux fois cette indemnité, soit 113'000 francs, serait équitable au vu de la pratique actuelle.

¹²⁵ Date d'entrée en vigueur de l'actuel montant maximum assuré en LAA, soit 126'000 francs, fixé par l'art. 22 al. 1 OLAA.

liée à l'institution de l'indemnité pour tort moral (voir l'art. 74 al. 2 lit. e LPGa). En effet, depuis le 1^{er} janvier 2008 au moins, les indemnités pour atteinte à l'intégrité dépassent souvent à elles-seules le montant de 70'000 francs, sans pour autant que l'on soit en présence d'une grave lésion au sens de l'arrêt du 22 février 2008. Ainsi, par exemple, un assuré qui perd à la fois l'usage d'une jambe au-dessus du genou et d'un pouce se voit allouer une indemnité de 70%, soit 88'200 francs. On voit mal comment l'indemnité pour tort moral devrait impérativement être inférieure, sans que des circonstances particulières ne le justifient.

Précisons encore que dans un arrêt du 22 juin 2009, le Tribunal fédéral, s'il a affirmé une fois de plus qu'il n'est pas contraire au droit fédéral de se fonder sur des précédents pour fixer ces indemnités, a précisé que, dans le cadre de cette comparaison avec des cas antérieurs, le juge doit tenir compte des particularités de l'affaire qui lui est soumise. Il faut également tenir compte du renchérissement intervenu depuis lors, sachant que l'évolution des valeurs de la société peut elle-aussi être prise en considération¹²⁶. Nous sommes d'avis que la méthode des deux phases est la plus adaptée pour atteindre ces objectifs, à tout le moins en ce qui concerne ce premier élément. Nous allons maintenant étudier plus en détail l'application concrète de cette méthode.

C. La phase normative

Il s'agit dans cette première étape d'examiner la gravité objective de l'atteinte. Même si l'on considère par principe comme acquise la référence au degré d'atteinte à l'intégrité et au degré de parenté, restent encore ouvertes les questions de savoir quels montants doivent être concrètement retenus dans cette première phase¹²⁷, et surtout quelle est l'importance de cette dernière par rapport à la seconde.

La réponse à la première de ces questions variera naturellement selon que le demandeur réclame une indemnité en raison d'une lésion corporelle qu'il a lui-même subie, du décès d'un proche ou encore de l'invalidité de l'un de ses proches.

Avant d'examiner ces trois cas de figure, il nous paraît essentiel de fixer le cadre exact dans lequel le chiffre retenu à l'issue de la première phase sera établi. Nul doute en effet que le montant de l'indemnité de base ne sera pas de la même importance selon qu'il peut au maximum être augmenté de 50%, doublé ou triplé dans le cadre de la seconde phase. A cet égard, HÜTTE est d'avis que la phase portant sur

¹²⁶ Arrêt 4A_157/2009 du 22 juin 2009, cons. 4.

¹²⁷ Sur cette question et les différents avis émis à ce sujet, voir GURZELER, pp. 292 ss.

les circonstances particulières du cas peut parfaitement conduire à doubler le montant de base, voire plus encore¹²⁸. Pour sa part, SIDLER estime que le montant final de l'indemnité devrait se situer dans une fourchette comprise entre le 70% et le 150% du montant de référence, qu'il chiffre en outre de façon relativement généreuse¹²⁹. Les réticences initialement exprimées par le Tribunal fédéral au sujet de cette méthode et son souci constant d'éviter une tarification du tort moral nous incitent à accorder aux circonstances particulières de la seconde phase un poids aussi important que les éléments objectifs de la première. Dès lors, conscient qu'une telle proposition est nécessairement arbitraire et schématique, nous sommes d'avis qu'en principe des circonstances spéciales particulièrement graves devraient amener le juge à retenir au maximum un montant équivalant au double du montant de base¹³⁰. C'est en tout cas dans cette perspective que nous nous hasardons à articuler ci-dessous quelques chiffres quant aux montants à retenir dans le cadre de la première phase.

1. Tort moral en cas de lésions corporelles

Il ne fait pas de doute que l'instrument le plus simple et le plus objectif à cet égard est le système de l'atteinte à l'intégrité développé dans le cadre de l'indemnité prévue à l'art. 24 LAA. L'annexe 3 à l'OLAA, ainsi que les tables éditées par la Suva, permettent en effet dans la plupart des cas de déterminer relativement facilement le taux d'invalidité médico-théorique de la victime et présentent l'avantage de constituer un outil aujourd'hui bien connu des médecins¹³¹. Il est vrai que dans les cas où le lésé n'a pas droit à une indemnité pour atteinte à l'intégrité, par exemple parce que l'atteinte dont il souffre n'est pas durable, ces critères ne pourront pas être appliqués directement; mais ils serviront de point de départ utile à la fixation d'un montant de base.

L'indemnité pour atteinte à l'intégrité est en réalité un pourcentage du gain maximum assuré par la LAA, lequel gain maximum est régulièrement adapté par le Conseil fédéral en fonction du renchérissement¹³².

¹²⁸ HÜTTE, *Mélanges BNSA*, p. 160.

¹²⁹ SIDLER, p. 473. Cet auteur rejoint ainsi, à tout le moins pour les cas les plus graves, la solution du Tribunal cantonal de Lucerne (LGVE 1995 I 6, p. 12), qui tient compte des éléments objectifs pour deux tiers et des particularités du cas d'espèce pour un tiers.

¹³⁰ Cette façon de faire, du moins quant à son résultat, semble convenir au TF; voir l'arrêt 1A.83/2002 du 22 juillet 2002 c. 5. GURZELER (p. 295) est du même avis, à condition que la première phase tienne déjà compte de l'âge du lésé.

¹³¹ Contra: WERRO (*Responsabilité civile*, ch. 1365), qui doute de l'opportunité de se référer à l'atteinte à l'intégrité.

¹³² On rappelle qu'il se monte depuis le 1^{er} janvier 2008 à 126'000 francs (art. 22 al. 1 OLAA).

En se référant à ce montant, et non pas seulement au taux de l'atteinte, on résout donc de façon élégante le problème de l'inflation en matière de tort moral, inflation qui est ainsi clairement identifiable par rapport à l'évolution matérielle de la jurisprudence.

Reste naturellement à déterminer si l'indemnité de base doit être identique au montant de l'indemnité LAA, ou correspondre à un certain multiple de celle-ci. Les avis divergent; certains estiment que le gain maximum assuré convient pour servir de référence en cas de grave invalidité¹³³, alors que d'autres sont d'avis que ce montant doit être multiplié par deux dans cette première phase¹³⁴, voire par trois pour les lésés les plus jeunes¹³⁵. Le Tribunal fédéral se rallie pour sa part à la première solution, sans motivation particulière¹³⁶.

En soi, reprendre dans la première phase le montant exact de l'indemnité pour atteinte à l'intégrité présente avant tout un avantage psychologique, ce qui n'est pas négligeable en matière de tort moral. En effet, cette démarche vise en quelque sorte à déterminer la «valeur» de l'atteinte objective, ce qui présente nécessairement une part d'arbitraire. Dans ces circonstances, comme l'on se trouve ici dans une démarche préliminaire qui n'a pour seul but que de lancer le débat, il nous paraît raisonnable de reprendre le chiffre posé par le législateur dans un contexte proche de la question du tort moral. En outre, si l'on admet que le juge peut aller jusqu'à doubler le montant du gain maximum assuré dans les cas d'invalidité les plus graves, l'indemnité versée à un tel lésé atteint à l'heure actuelle la somme d'environ 250'000 francs, ce qui semble correspondre aux montants alloués par les tribunaux suisses¹³⁷.

Cette façon de faire, que nous défendons il y a une dizaine d'années¹³⁸, implique par essence que *l'âge de la victime* ne soit pris en compte que dans la seconde phase, ce qui débouche nécessairement sur des montants relativement modestes pour les lésés les plus âgés. On peut également se demander si, à l'heure actuelle, une somme de 250'000 francs pour un enfant devenu tétraplégique n'est pas trop

¹³³ HÜTTE / DUCKSCH, p. 1/66 ss. LANDOLT (ch. 111 ad art. 47 CO) semble également vouloir reprendre tel quel le gain maximum assuré en LAA, sous réserve de la question de l'âge (ch. 166 ad art. 47 CO).

¹³⁴ En premier lieu SIDLER, p. 470, mais aussi KOLLER, p. 684 et semble-t-il TERCIER, *La réparation*, p. 23.

¹³⁵ GURZELER, p. 295.

¹³⁶ Arrêt 1A.235/2000 du 21 février 2001 c. 5b/aa; ATF 132 II 117 c. 2.3.3.

¹³⁷ LANDOLT, ch. 110 ad art. 47 CO. Voir pour un exemple plus récent l'affaire genevoise faisant l'objet de l'arrêt 4A_66/2010 du 27 mai 2010, dans laquelle un montant de 250'000 francs a été alloué à une jeune femme restée hémiplégique.

¹³⁸ SJ 2003 II 31.

faible au vu des montants alloués dans d'autres domaines¹³⁹ et de ceux octroyés dans les pays qui nous entourent¹⁴⁰. En conséquence, il nous paraît opportun de nous rallier dans son principe à la position GURZELER¹⁴¹, consistant à prendre en compte l'âge du lésé déjà au stade de la première phase. Quant au calcul exact de ce paramètre, la méthode soutenue par LANDOLT¹⁴² présente l'avantage de la simplicité et reste dans des proportions raisonnables. Selon cet auteur, le montant de base doit correspondre au facteur de mortalité d'une personne de 50 ans. Les lésés plus jeunes verront donc ce montant majoré d'un certain pourcentage, alors que ce même montant sera réduit pour les victimes plus âgées. Arrondis, ces taux sont les suivants:

	Femmes	Hommes	Montant de base femmes	Montant de base hommes
Enfants de 0 à 10 ans	+ 31%	+ 41%	Fr. 165'000	Fr. 177'500
Jeunes de 10 à 20 ans	+ 27%	+ 35%	Fr. 160'000	Fr. 170'000
Jeunes adultes de 20 à 40 ans	+ 19%	+ 25%	Fr. 150'000	Fr. 157'500
Adultes de 40 à 60 ans	+ 0%	+ 0%	Fr. 126'000	Fr. 126'000
Personnes âgées, 60 ans et plus	- 33%	- 40%	Fr. 84'400	Fr. 75'500

Bien entendu, ces taux devront sans doute être affinés dans chaque cas particulier, pour éviter une différence de 40% entre un homme de 60 ans et un autre de 61 ans¹⁴³.

Au final, cette approche implique donc un montant de base d'environ 177'500 francs pour un jeune garçon tétraplégique de 5 ans. Si par ailleurs on estime que les circonstances concrètes justifient que l'on double cette somme, on obtient une indemnisation maximale du

¹³⁹ Dans le cadre de l'assurance militaire, le capital alloué pour atteinte à l'intégrité peut dans les cas les plus graves dépasser largement les 500'000 francs: LANDOLT, ch. 98 ad art. 47 CO. Par ailleurs, si on admet qu'une paraplégie implique une souffrance morale au moins équivalente à une *détention injustifiée*, qui est un postulat qui n'engage que nous, les montants actuellement alloués par les tribunaux pour une telle atteinte sont largement insuffisants. En effet, dans un arrêt 2C_397/2012 du 19 novembre 2012 c. 5.3, le TF a approuvé un «tarif» de 250 francs par jour de détention, ce qui représente 91'250 francs par an. Capitalisé par exemple pour un homme de 50 ans, cela représente 1'706'375 francs. Nous ne soutenons pas qu'une telle somme doive être allouée en cas de lésions corporelles graves, mais cette comparaison devrait selon nous faire réfléchir les tribunaux.

¹⁴⁰ Voir GURZELER, p. 260.

¹⁴¹ GURZELER, p. 295.

¹⁴² LANDOLT, ch. 164 ss ad art. 47 CO.

¹⁴³ Selon la méthode de LANDOLT, le facteur de capitalisation pour une rente de mortalité à 3,5% pour une personne de 50 ans sert de référence; il est de 18,70 pour les hommes et de 20,83 pour les femmes (Table 1 des tables de STAUFFER / SCHAETZLE, édition 2001). Ainsi, si un homme de 50 ans a droit à 126'000 francs de montant de base, un homme de 61 ans aura droit à environ 100'000 francs (facteur pour 61 ans = 14,83; 126'000 ÷ 18,70 x 14,83 = 99'924).

tort moral en 2013 de **355'000 francs**. Un tel montant correspond sans doute davantage aux valeurs actuelles de notre société, tout en restant dans un cadre parfaitement raisonnable.

2. *Tort moral en cas de décès*

Dans ce domaine, la doctrine est condamnée à réfléchir de façon beaucoup plus intuitive, puisqu'il n'existe pas ici d'outil comparable à celui de l'atteinte à l'intégrité au sens de la LAA. Les auteurs s'inspirent donc des arrêts effectivement rendus en la matière, qui ne donnent que les indemnités définitives, et tentent d'en déduire les montants à retenir à titre d'indemnité de base.

Au cours de ces 15 dernières années, les montants proposés par la doctrine ont été pour la perte:

	HÜTTE ¹⁴⁴	SIDLER ¹⁴⁵	GURZELER ¹⁴⁶
d'un conjoint, de	Fr. 40'000	Fr. 40-50'000	Fr. 40'000
d'un enfant, de	Fr. 27'000	Fr. 30-40'000	Fr. 40'000
d'un parent, de	Fr. 25'000	Fr. 20-30'000	Fr. 40'000
d'un frère ou d'une sœur, de	Fr. 5'000	Fr. 10'000	Fr. 20'000

Comme SIDLER l'écrit lui-même, la différence des montants qu'il propose avec ceux de HÜTTE doit être relativisée dans ce sens où ce dernier donne sensiblement plus de poids aux éléments de la seconde phase. En outre, il ne fait pas de doute que SIDLER prend également en compte les montants alloués en cas de meurtre intentionnel¹⁴⁷. Or, selon la conception défendue ici, le crime crapuleux est un élément à retenir dans la seconde phase uniquement¹⁴⁸. Dès lors, si l'on s'en tient à la conception du montant de base que nous avons définie

¹⁴⁴ HÜTTE, *Anleitung*, p. 173.

¹⁴⁵ SIDLER, pp. 476 ss.

¹⁴⁶ GURZELER (p. 323), qui propose une liste détaillée de montants de bases en cas de décès. Sont repris ici les chiffres suggérés en cas de ménage commun.

¹⁴⁷ Dans une publication de 2003, cet auteur propose même de fixer les montants de base en fonction d'une directive de l'autorité d'indemnisation LAVI du Canton de Zoug en relation avec l'attaque meurtrière du Grand Conseil le 27 septembre 2001, soit des chiffres émis à propos d'une infraction particulièrement traumatisante. Il propose ainsi entre autres 60'000 francs pour le conjoint, 40'000 francs pour les enfants et les parents faisant ménage commun et 30'000 francs pour les enfants et parents ne faisant pas ménage commun: MAX ZIDLER: *Die Bemessung der Genugtuung bei Todesfällen – ein Plädoyer für die Zusprechung von Regelgenugtuungen*, in recht 2003, pp. 54 ss.

¹⁴⁸ C'est d'ailleurs principalement dans ces cas extrêmes, où la mort a été donnée dans des circonstances particulièrement effroyables, que l'on pourra aboutir à une indemnité finale s'approchant du double du montant de base.

plus haut, les chiffres retenus par HÜTTE sont sans doute plus proches de la jurisprudence actuelle¹⁴⁹.

Quant à GURZELER, cet auteur plaide pour une revalorisation sensible des montants alloués en cas de décès. Les chiffres qu'elle propose doivent en effet selon elle être doublés dans les cas les plus graves.

Nous pouvons pour notre part nous rallier en partie à cette dernière façon de voir dans la mesure où elle accorde aux parents d'un enfant qui faisait ménage commun avec eux un montant équivalant à celui prévu pour la perte d'un conjoint. Nous serions tenté par contre, même si cette question pourrait faire l'objet d'un vaste débat, de maintenir à un niveau légèrement inférieur le montant de base alloué pour la perte d'un parent, considérant qu'un jeune enfant est en principe en mesure de surmonter plus facilement, après quelques années, une telle épreuve.

Indépendamment des sommes retenues, le tableau reproduit ci-dessus enlève à la méthode des deux phases une grande partie de son intérêt, dans ce sens où il retient des montants absolus qu'il faudra adapter au cours des années pour tenir compte de la dévaluation de l'argent. Dans cette perspective, il serait sans doute préférable, même si cette solution est quelque peu schématique, de raisonner également dans ce domaine par rapport au gain maximum assuré dans le cadre de la LAA au moment du décès¹⁵⁰. Ainsi, sur la base des chiffres retenus par HÜTTE, qui datent d'une époque où le salaire maximum assuré en LAA se montait à 106'800 francs, nous proposons de retenir à titre d'indemnité de base pour le décès:

	Part du gain max. assuré en LAA	soit actuellement environ
d'un conjoint:	35%	Fr. 44'000
d'un enfant:	35%	Fr. 44'000
d'un parent:	24%	Fr. 30'000
d'un frère ou d'une sœur:	8%	Fr. 10'000

3. *Tort moral en faveur des proches d'un invalide*

Dans un considérant non publié de l'ATF 122 III 5, le Tribunal fédéral a estimé qu'en principe l'indemnité d'un proche parent, en l'espèce le conjoint, devait correspondre environ à la moitié de celle allouée à la victime elle-même¹⁵¹.

¹⁴⁹ HÜTTE se base d'ailleurs ici uniquement sur des jugements réels prononcés en 2004.

¹⁵⁰ LANDOLT, ch. 447 ad art. 47 CO, semble prêt à se rallier à cette idée.

¹⁵¹ ATF 4C.94/1995 du 27 décembre 1995 c. 4a.

Pour sa part, SIDLER propose de se fonder sur le montant qui serait retenu en faveur du proche concerné en cas de décès, en le majorant de 50%¹⁵².

Nous estimons quant à nous préférable de déduire l'indemnité due aux proches d'un invalide de celle allouée à cet invalide, car cette dernière a le mérite d'être fondée sur un outil objectif tenant compte du renchérissement: l'atteinte à l'intégrité au sens de l'assurance-accidents obligatoire. En outre, il n'est pas déraisonnable, dans le cadre de la première phase, de partir du principe que la souffrance des proches est en grande partie fonction de la gravité de l'atteinte subie par la victime. Mais elle dépend également du lien de parenté et surtout de la charge concrète que représente la victime pour les siens. Dès lors, le principe d'une indemnité équivalente à la moitié de celle allouée à la victime elle-même n'a de sens que si le conjoint s'occupe réellement de celle-ci. Si tel n'est pas le cas, ce montant devra être réduit en conséquence au cours de la seconde phase.

Il en va de même pour les autres proches, qui sont de surcroît en principe affectivement moins attachés au lésé que ne le serait son conjoint. Ainsi pourrait-on admettre, en reprenant la hiérarchie des indemnités en cas de décès proposée ci-dessus, que le parent qui prend soin seul de son enfant gravement invalide ait droit en principe à une indemnité correspondant également aux 50% de celle allouée au principal intéressé, alors que dans la même situation, l'enfant qui prend soin de l'un de ses parents aurait droit à un montant de base équivalent aux 35% de l'indemnité de la victime.

Il est enfin admis que lorsque plusieurs proches peuvent prétendre à une indemnité pour tort moral, le montant alloué à chacun d'eux est légèrement inférieur à ce qu'obtiendrait un seul ayant droit, et ce au motif qu'ils peuvent se partager la charge que représentent les soins à apporter à la victime et se soutenir les uns les autres sur le plan moral¹⁵³.

D. La phase d'évaluation concrète

1. Introduction

De façon générale, la jurisprudence estime qu'il convient de tenir compte avant tout de la nature et de la gravité de la lésion, de la durée et de l'importance de son incidence sur la personnalité de la victime,

¹⁵² SIDLER, p. 480. GURZELER (p. 326) se réfère elle aussi aux montants alloués en cas de décès. HÜTTE estime pour sa part (Mélanges BNSA, p. 164 et Anleitung, p. 174, n. 14) qu'il est encore trop tôt et qu'il convient d'attendre que la jurisprudence pose des règles plus précises dans ce domaine.

¹⁵³ ATF 4C.94/1995 du 27 décembre 1995 c. 4a; KELLER, p. 165; LANDOLT, ch. 715 ad art. 49 CO.

ainsi que du degré de la faute du responsable¹⁵⁴. L'on pourrait croire que la nature et la gravité de la lésion sont des critères qui correspondent aux éléments pris en compte dans la première phase de la fixation de l'indemnité. Tel n'est que partiellement le cas selon le Tribunal fédéral, qui a précisé à plusieurs reprises que par gravité de l'atteinte, on entend plus exactement la *gravité de la souffrance* qui est résulté de cette atteinte, car celle-ci, quoique grave, peut n'avoir que des répercussions psychiques modestes suivant les circonstances¹⁵⁵. C'est dire que les éléments à prendre en compte ne peuvent être réduits à une formule toute faite, et qu'il appartient au juge de considérer toutes les circonstances concrètes du cas d'espèce¹⁵⁶. Il dispose d'ailleurs à ce sujet d'un large pouvoir d'appréciation¹⁵⁷, si bien que, dans une certaine mesure, plusieurs solutions sont possibles dans un même cas¹⁵⁸. Dans ces circonstances, il serait sans doute prétentieux de vouloir établir une liste exhaustive des éléments susceptibles d'être pris en compte au cours de cette phase d'évaluation concrète. Nous nous contenterons dès lors de passer rapidement en revue les critères les plus fréquemment retenus ou invoqués.

Au préalable, il est utile de rappeler que la gravité objective de l'atteinte a déjà été prise en compte dans le cadre de la première phase, et qu'il s'agit ici de ne retenir que les éléments particuliers qui ne découlent en principe pas de l'atteinte objective telle que retenue dans la première étape du calcul¹⁵⁹. En d'autres termes, une majoration du montant de base au cours de la seconde phase n'est pas automatique, et ne doit intervenir que s'il existe des circonstances qui s'écartent considérablement des conséquences classiques d'un tel événement dommageable¹⁶⁰. Il en va de même pour la réduction.

En se penchant sur les circonstances particulières du cas qui lui est présenté, le juge devra enfin nécessairement faire le départ

¹⁵⁴ Arrêt 1A.20/2002 du 4 juillet 2002 c. 4.2; ATF 127 IV 215 c. 2a; arrêt 4C.416/1999 du 22 février 2000 c. 3b/aa; ATF 125 III 412 c. 2a, SJ 2000 I 303. Voir aussi plus récemment ATF 132 II 117 c. 2.4.1.

¹⁵⁵ ATF 118 II 410 c. 2a, SJ 1993 p. 195; ATF 117 II 50 c. 4a/aa, SJ 1992 p. 8. Dans le même sens: ATF 125 III 269 c. 2a, SJ 1999 I 431. HIRSCH (p. 267) mesure l'importance des souffrances d'une part par leur niveau d'intensité et d'autre part par leur durée. Dans le même sens: WERRO, Tort moral et circulation routière, p. 8.

¹⁵⁶ ATF 4C.343/1994 du 16 décembre 1997 c. 12b, non publié.

¹⁵⁷ Arrêt 6B_213/2012 du 22 novembre 2012 c. 3.1, SJ 2013 I 169; arrêt 4A_227/2007 du 26 septembre 2007 c. 3.7.1, SJ 2008 I 177; ATF 127 IV 215 c. 2a; ATF 125 III 269 c. 2a, SJ 1999 I 431; ATF 125 III 412 c. 2a, SJ 2000 I 303.

¹⁵⁸ ATF 1A.235/2000 du 21 février 2001 c. 3b; HÜTTE, Anleitung, p. 172.

¹⁵⁹ Dans ce sens: SIDLER, p. 470.

¹⁶⁰ SIDLER, p. 465; HÜTTE, Mélanges BNSA, p.160. Dans ce sens: arrêt 6B_199/2007 du 13 mai 2008 c. 6.2.

entre circonstances objectivement vérifiables et sensibilité excessive. Il convient d'éviter en effet de majorer l'indemnité pour tort moral uniquement en raison du fait que le lésé est particulièrement quérulent et de désavantager ainsi celui qui s'efforce de surmonter au mieux le malheur qui le frappe¹⁶¹. Dans la mesure où l'on admet l'application de la méthode des deux phases, il convient donc en principe de faire abstraction des réactions psychologiques extrêmes dans le cadre de la phase d'évaluation concrète¹⁶².

2. *Circonstances impliquant une majoration de l'indemnité*

Nous l'avons déjà dit, nombreuses sont les circonstances susceptibles d'aggraver sensiblement la souffrance du lésé. Nous ne mentionnons donc ci-dessous que les principaux critères appliqués par la doctrine et la jurisprudence.

- Traditionnellement, et même si cet élément a aujourd'hui un peu perdu de son importance, la jurisprudence et la doctrine tiennent compte pour fixer l'indemnité de la *gravité de la faute* commise par l'auteur de l'acte dommageable, et plus généralement du fait qu'il a agi intentionnellement, avec une absence particulière de scrupules, ou de façon particulièrement brutale ou irresponsable¹⁶³. Dans cette perspective, la faute n'est pas appréhendée comme un fondement éventuel de responsabilité¹⁶⁴, mais comme un facteur conduisant à la majoration de l'indemnité.

Comme l'expose très justement BREHM, retenir ce critère a souvent pour effet de donner à l'indemnisation du tort moral un aspect de peine privée qui n'a pas sa place dans le droit de la responsabilité civile¹⁶⁵. Le risque est grand en effet que le juge souhaite par là sanctionner un comportement particulièrement

¹⁶¹ SIDLER, p. 464.

¹⁶² LANDOLT (ch. 155 ad art. 27 CO) estime très justement que le juge devra en principe se fonder sur une sensibilité moyenne présumée, sauf pour une partie d'établir des éléments qui font que le cas concret s'écarte sensiblement de la situation ordinaire.

¹⁶³ HÜTTE / DUCKSCH, p. 1/39; SIDLER, pp. 471 et 478; KELLER, p. 133-134; OFTINGER / STARK, § 8 ch. 28; FELLMANN / KOTTMANN, ch. 2673; WERRO, Responsabilité civile, ch. 1351 et Tort moral et circulation routière, p. 8. Plus mesuré: TERCIER, Mélanges Assista, p. 157. Contra: BREHM, ch. 37 ad art. 47 CO et STEIN, p. 13. Pour des exemples jurisprudentiels, voir notamment ATF 108 II 422 c. 5; ATF 112 II 131 c. 2, SJ 1988 p. 42; ATF 112 II 220 c. 3a; ATF 125 IV 199 c. 6; arrêt 4C.195/2001 du 12 mars 2002 c. 7; arrêt 4A_157/2009 du 22 juin 2009 c. 4.2.

¹⁶⁴ Il convient de rappeler que la faute n'est pas en soi une condition à l'octroi d'une indemnité pour tort moral, qui peut aussi être allouée en cas de responsabilité objective; voir KELLER, p. 134; BREHM, ch. 20 ad art. 47 CO; OFTINGER / STARK, § 8 ch. 8.

¹⁶⁵ BREHM, ch. 38 ad art. 47 CO.

répréhensible ou assouvir le désir de vengeance du lésé. Telle n'est pas la fonction de cette institution, qui vise uniquement à soulager la souffrance de la victime. Dès lors, la faute de l'auteur de l'acte dommageable devrait être prise en compte uniquement dans la mesure où elle a aggravé la douleur, principalement morale, du lésé¹⁶⁶. Ceci implique bien sûr que cette faute soit perceptible par ce dernier, et qu'elle rende encore plus difficile pour lui l'acceptation de son sort.

Pour résumer, il nous semble que cet élément jouera principalement un rôle pour la fixation de l'indemnité en cas d'acte intentionnel ou de négligence grave, lorsque l'auteur n'a manifestement aucun égard pour autrui, tel le chauffard récidiviste ou particulièrement dénué de scrupules¹⁶⁷.

- Les *circonstances particulièrement horribles* de l'accident peuvent également impliquer une majoration de l'indemnité¹⁶⁸. On pense notamment au fait pour un proche d'avoir été directement témoin de l'accident¹⁶⁹, ainsi qu'à une crainte concrète de mourir qui aurait duré plusieurs heures¹⁷⁰ ou qui dure encore¹⁷¹. Par contre, la peur de mourir qui ne dure que quelques minutes n'est pas un motif suffisant pour augmenter l'indemnité, puisqu'une telle circonstance n'a rien d'exceptionnel lors d'un accident ou d'une agression¹⁷².
- *L'intensité particulière des liens* qui unissaient le demandeur et la victime décédée est également un élément à prendre en compte¹⁷³. Cette intensité devant être sensiblement supérieure à la moyenne,

¹⁶⁶ SIDLER, p. 455-456, et dans le même sens: TERCIER, *Mélanges Assista*, p. 157; LANDOLT, ch. 36 ss des remarques ad art. 47/49 CO; GURZELER, p. 275. Le TF s'est rallié à cette façon de voir dans un arrêt du 21 février 2001: arrêt 1A.235/2000 c. 5d.

¹⁶⁷ Dans ce sens: SIDLER, pp. 471 et 478. HÜTTE (*Mélanges BNSA*, p. 166-167) va même plus loin et admet que l'intention ou la négligence grave permettent même de fonder un droit à une indemnité dans les cas bénins.

¹⁶⁸ HÜTTE / DUCKSCH, p. I/41; HÜTTE, *Mélanges BNSA*, p. 167; WERRO, *Responsabilité civile*, ch. 1351.

¹⁶⁹ SIDLER, p. 478; HÜTTE / DUCKSCH, p. I/41. Dans certains cas, le choc subi par le témoin de l'accident peut être tel qu'il souffre lui-même d'une atteinte à sa santé (*Schockschaden*); il a alors droit à une indemnité pour tort moral aussi bien en raison du décès de ses proches que de sa propre invalidité: ATF 112 II 118 c. 6; ATF 138 III 276.

¹⁷⁰ ATF 125 IV 199 c. 6; WERRO, *Tort moral et circulation routière*, p. 9.

¹⁷¹ Tel est le cas par exemple d'une personne infectée du virus HIV: ATF 125 III 412 c.2b/aa, SJ 2000 I 303.

¹⁷² Arrêt 1A.235/2000 du 21 février 2001 c. 5c.

¹⁷³ Voir HÜTTE / DUCKSCH, p. I/42.

le demandeur se heurtera souvent à des problèmes de preuve, et l'on doit admettre que le juge se contente d'une vraisemblance prépondérante, fondée sur un faisceau d'indices¹⁷⁴. Cet élément est souvent déterminant pour les demandeurs ayant un lien de parenté plus lâche avec la victime ou pour ceux qui ne faisaient pas ou plus ménage commun avec elle (frères, sœurs ou enfants majeurs). Il faut noter encore que l'intensité de la relation détruite doit être déterminée du point de vue du lésé survivant et non de la personne disparue¹⁷⁵.

- Les *conséquences pénibles de l'invalidité*, qui ne sont pas habituellement liées à celle-ci sont difficiles à définir. Il faut à ce sujet garder à l'esprit que certaines conséquences sont habituelles en cas d'atteinte grave à l'intégrité, telles que l'impossibilité d'exercer sa profession, alors qu'elles le sont moins en cas de lésion plus légère. C'est dire que les exemples qui suivent ne doivent pas systématiquement être pris en compte dans le cadre de la phase d'évaluation concrète. Parmi les éléments susceptibles d'être retenus¹⁷⁶, on pense notamment à des complications inhabituelles dans le cadre du traitement médical, le cumul de plusieurs troubles invalidants, l'isolation sociale à moyen ou long terme, la dépendance de tiers pour les actes de la vie de tous les jours, la perte de son emploi ou l'obligation de poursuivre une carrière moins intéressante, l'impossibilité d'avoir des enfants ou de se marier, l'impossibilité de pratiquer son sport ou ses loisirs préférés, les troubles de la personnalité, les pertes de mémoire ou de concentration, etc.
- Le *jeune âge* de la personne atteinte dans son intégrité physique mérite en soi d'être pris en compte, dans ce sens où il a une influence directe sur la durée probable de la souffrance¹⁷⁷. Dans la mesure où on en tient déjà compte au stade de l'indemnité de base, comme nous le préconisons¹⁷⁸, cet élément ne sera pas pris une nouvelle fois en considération dans le cadre de la phase

¹⁷⁴ Voir sur ce point HÜTTE / DUCKSCH, p. I/43-44 et SIDLER, p. 479.

¹⁷⁵ Le Tribunal fédéral a admis en effet qu'une veuve, qui savait que son mari avait une liaison, était pourtant restée attachée à lui, si bien que l'union conjugale n'était pas menacée: ATF 99 II 207 c. IV, SJ 1974 p. 241.

¹⁷⁶ Pour une liste plus complète et de nombreux exemples jurisprudentiels, voir HÜTTE / DUCKSCH, pp. I/73 ss; BREHM, ch. 166 ss ad art. 47 CO; SIDLER, p. 472; LANDOLT, ch. 156 ss ad art. 47 CO; GURZELER, p. 285.

¹⁷⁷ BREHM, ch. 185 ad art. 47 CO; OFTINGER / STARK, § 8 ch. 64; HÜTTE, Mélanges BNSA, p. 168; SIDLER, p. 471-472; STEIN, p. 15-16; LANDOLT, ch. 160 ad art. 47 CO; WERRO, Tort moral et circulation routière, p. 9.

¹⁷⁸ Voir plus haut, p. 249.

d'évaluation concrète. Par contre, et il n'y a là aucune contradiction, il convient sans doute de majorer l'indemnité de celui dont *l'espérance de vie* est réduite suite au fait dommageable¹⁷⁹. Davantage que la durée de la souffrance, c'est ici son intensité particulière qui est prise en compte.

3. *Circonstances impliquant une réduction de l'indemnité*

Les montants arrêtés lors de la première phase de l'évaluation partent d'une situation schématique fondée exclusivement sur la gravité objective de l'atteinte et sur le lien de parenté qui unissait la victime au lésé. Il va sans dire que, dans certains cas, la souffrance effectivement subie pourra être moindre, ou les liens détruits par l'événement dommageable moins étroits que ne peuvent le laisser paraître les éléments précités. Comme pour les critères impliquant une augmentation du montant de base, nous ne mentionnons ci-dessous que les éléments les plus couramment invoqués à l'appui d'une réduction, tout en rappelant que ces éléments doivent s'écarter sensiblement de la situation classique.

- La possibilité de réduire une indemnité pour tenir compte d'une *faute concomitante*, résultant de l'art. 44 al. 1 CO, existe également dans le cas d'une indemnité pour tort moral¹⁸⁰. En principe, la réduction doit rester dans l'ordre de grandeur de celle appliquée à l'indemnité pour le dommage matériel¹⁸¹, et il arrive en pratique qu'elle se fasse exactement dans la même proportion¹⁸². S'agissant de l'indemnité due aux proches d'une personne gravement invalide, on admet que la faute concomitante de ce dernier leur est opposable¹⁸³. Enfin, la faute prépondérante du lésé ne s'oppose pas en soi à l'allocation d'une indemnité pour tort moral, dans la mesure où une responsabilité résiduelle peut encore être imputée au défendeur¹⁸⁴. Cela signifie que, sur ce point au

¹⁷⁹ BREHM, ch. 182 ad art. 47 CO; OFTINGER / STARK, § 8 ch. 71; HÜTTE / DUCKSCH, p. I/74; SIDLER, p. 473; FELLMANN / KOTTMANN, ch. 2673.

¹⁸⁰ Arrêt 6B_213/2012 du 22 novembre 2012 c. 3.1, SJ 2013 I 169; arrêt 6B_188/2010 du 4 octobre 2010 c. 5.2.1; ATF 128 II 49 c. 4.2, SJ 2002 I 261. En matière de circulation routière, cette réduction se fonde sur l'art. 59 al. 2 LCR: ATF 124 III 182.

¹⁸¹ Arrêt 6P.58/2003 du 3 août 2004 c. 13; ATF 116 II 733 c. 4g, SJ 1991 p. 335; ATF 117 II 50 c. 4a/bb, SJ 1992 p. 8; arrêt 4C.278/1999 du 13 juillet 2000 c. 4a.

¹⁸² Voir par exemple ATF 123 III 306 c. 9b; arrêt 6P.58/2003 du 3 août 2004 c. 13.

¹⁸³ ATF 117 II 50, SJ 1992 p. 8. Contra: LANDOLT, ch. 268 des remarques ad art. 47/49 CO.

¹⁸⁴ ATF 116 II 733, SJ 1991 p. 335. Dans le même sens: HÜTTE / DUCKSCH, p. I/49; OFTINGER / STARK, § 8 ch. 41; TERCIER, La réparation, p. 11-12; LANDOLT, ch. 264 des remarques ad art. 47/49 CO.

moins, dommage matériel et tort moral sont indemnisés dans la même mesure, ce qui est pleinement justifié.

- La *faible intensité des liens* qui unissent les proches à la victime est sans doute un élément à prendre en compte à la baisse, de même que l'intensité particulière de ces liens plaide pour une augmentation de l'indemnité¹⁸⁵. On retrouve donc ici un problème de preuve et il convient d'admettre que pour une réduction également, le juge devra se contenter d'une vraisemblance prépondérante¹⁸⁶. Celle-ci pourra être étayée notamment par l'absence de ménage commun des conjoints, l'ouverture d'une action en divorce ou de droit successoral, un conflit de quelque nature que ce soit, un domicile très éloigné ou l'absence totale de contacts depuis de nombreuses années. Il faut le rappeler, seule une désunion qui s'écarte sensiblement de la norme permet au juge de réduire le montant de base. Mentionnons enfin avec GURZELER qu'il est parfois des cas où le proche survivant vit particulièrement mal le décès de la victime, nonobstant les relations tendues ou difficiles qu'il avait avec elle¹⁸⁷. En pareil circonstances, le demandeur doit être en droit d'apporter la preuve de cet élément particulier, qui neutralisera ainsi au moins en partie la réduction envisagée.
- *L'âge avancé* de la personne lésée, et en général le fait que celle-ci avait déjà avant l'accident une *espérance de vie réduite*, conduit en principe à une réduction de l'indemnité¹⁸⁸. S'agissant d'un tort moral consécutif à des lésions corporelles, nous avons expliqué ci-dessus les raisons pour lesquelles nous estimons que cet élément doit être pris en compte dans la première phase du calcul¹⁸⁹. En cas de décès d'une personne âgée, il s'agit de tenir compte du fait que ses proches auraient dû, même sans la survenance de l'événement dommageable, affronter cette épreuve dans un proche avenir¹⁹⁰. Cependant, le fait que le décès prématuré puisse

185 HÜTTE / DUCKSCH, p. I/53-54; BREHM, ch. 136 ad art. 47 CO; KELLER, p. 148; OFTINGER / STARK, § 8 ch. 90 n. 136; SIDLER, p. 479; STEIN, p. 2; LANDOLT, ch. 451 ad art. 47 CO.

186 Voir à ce sujet HÜTTE / DUCKSCH, p. I/48.

187 GURZELER, p. 322.

188 Avec quelques réserves: HÜTTE / DUCKSCH, p. I/54. SIDLER (p. 472) estime qu'en matière de lésions corporelles, une réduction est possible à partir de l'âge de la retraite.

189 Voir plus haut, p. 249.

190 Voir SIDLER, p. 478. HÜTTE / DUCKSCH (p. I/54) estiment quant à eux qu'une espérance de vie réduite avant l'événement dommageable ne peut mener à une réduction que si la mort était de toute façon proche ou si le décès prématuré apparaît comme une délivrance. Dans le même sens, mais avec retenue: GURZELER, p. 289.

apparaître comme une délivrance ne saurait priver la famille de toute indemnité¹⁹¹.

- Se fondant sur le principe selon lequel l'indemnité pour tort moral a pour but de procurer un certain sentiment d'enrichissement sans avoir de fonction pénale, BREHM est d'avis qu'il convient de réduire voire de supprimer cette indemnité lorsqu'un tel sentiment a été procuré au lésé par d'autres voies. Il tient ainsi compte des *autres avantages de nature pécuniaire* obtenus suite à l'événement dommageable, que ce soit de la part d'assurances privées ou grâce au patrimoine hérité du défunt¹⁹². Ce raisonnement part à tort du principe que la souffrance peut être mécaniquement réduite ou supprimée par une somme d'argent, quelle qu'elle soit et d'où qu'elle vienne. Or, en matière de tort moral, un sentiment d'enrichissement ne saurait en soi réduire ou supprimer le dommage, soit la souffrance morale et physique ressentie par le lésé. Il ne peut qu'apporter une certaine compensation, dans laquelle intervient également, selon la conception défendue ici, la reconnaissance officielle de la souffrance. Dès lors, le raisonnement de BREHM revient à demander au lésé de se consoler lui-même, en puisant pour ce faire dans son propre patrimoine, ce qui ne nous paraît pas admissible en droit de la responsabilité civile.
- Dans un récent arrêt, le Tribunal fédéral a considéré qu'il fallait tenir compte, à la baisse, du fait que la victime souffrait déjà d'une *invalidité complète avant l'acte dommageable*, de sorte que ce dernier avait eu une influence réduite sur sa situation personnelle¹⁹³. Ce raisonnement démontre une confusion regrettable entre tort moral et dommage pécuniaire. Si avant un accident, un lésé est invalide pour une quelconque raison, il est vrai qu'il ne subira a priori pas de perte de gain s'il est victime d'un acte dommageable qui aggrave sensiblement son état de santé. Cela ne signifie pas que cette nouvelle atteinte ne l'affecte pas sur le plan psychologique. On pourrait même concevoir que son invalidité préalable ait rendu la victime particulièrement sensible et que sa souffrance soit finalement supérieure à celle qu'aurait ressentie une personne valide dans les mêmes circonstances. Cet arrêt est d'autant plus choquant, selon nous, qu'en l'espèce

¹⁹¹ ATF 118 II 404 c. 3b/cc.

¹⁹² BREHM, ch. 57 ss ad art. 47 CO. Contra: TERCIER, *Mélanges Assista*, p. 158; OFTINGER / STARK, § 8 ch. 15 n. 39; STEIN, p. 13; WERRO, *Tort moral et circulation routière*, p. 10; LANDOLT, ch. 216 des remarques ad art. 47/49 CO.

¹⁹³ Arrêt 6B_213/2012 du 22 novembre 2012 c. 3.2, SJ 2013 I 169.

le lésé souffrait, suite à l'accident litigieux, d'aphasie, d'une paralysie de la partie droite du corps et qu'on ne pouvait plus communiquer avec lui qu'avec difficulté et de manière très restreinte.

- En raison de la subrogation légale dont bénéficient l'assurance-accidents obligatoire et l'assurance militaire, *l'indemnité pour atteinte à l'intégrité* prévue par l'art. 24 LAA, la rente pour atteinte à l'intégrité selon les art. 48 à 50 LAM, ainsi que la réparation morale telle que définie à l'art. 59 LAM viennent en déduction de l'indemnité pour tort moral versée au lésé par la personne responsable¹⁹⁴. Cette subrogation entraîne avec elle la question du droit préférentiel du lésé¹⁹⁵. Pendant longtemps, l'application de ce principe en matière de tort moral était controversée¹⁹⁶. Le Tribunal fédéral a tranché la question dans un arrêt de 1997¹⁹⁷, en adoptant la solution intermédiaire proposée par STARK¹⁹⁸ et consistant à réduire les prétentions récursoires de la LAA selon le taux de réduction retenu sur le plan de la responsabilité civile. Ceci revient à appliquer le droit préférentiel sur le montant de l'indemnité versée par l'assurance sociale, et à opposer au lésé la réduction du droit de la responsabilité civile sur le solde de l'indemnité totale¹⁹⁹.

E. La date déterminante pour la fixation de l'indemnité

Il est généralement admis que la souffrance du lésé intervient en principe dès la survenance de l'événement dommageable. Pour cette raison, l'indemnité pour tort moral est exigible dès ce jour²⁰⁰. On peut naturellement concevoir un certain nombre d'exceptions lorsqu'il est établi que le lésé n'a pu commencer à souffrir qu'ultérieurement, par exemple parce qu'un proche n'a appris que plus tard le décès de la

¹⁹⁴ Voir plus haut, p. 226.

¹⁹⁵ Ce principe est posé par l'art. 73 al. 1 LPGA, qui limite ainsi l'étendue de la subrogation dont bénéficient les assureurs sociaux.

¹⁹⁶ Voir notamment HÜTTE / DUCKSCH, p. I/83 ss.

¹⁹⁷ ATF 123 III 306 c. 9b.

¹⁹⁸ OFTINGER / STARK, § 8 ch. 55.

¹⁹⁹ Une partie importante de la doctrine (GURZELER, p. 122-123; WERRO, Responsabilité civile, ch. 1400 ss; BREHM, ch. 83d ad art. 47 CO; LANDOLT, ch. 235 des remarques ad art. 47/49 CO) critique cette jurisprudence, en relevant à juste titre que l'indemnité pour tort moral et celle pour le dommage matériel doivent être fixées selon les mêmes principes.

²⁰⁰ BREHM, ch. 87 ad art. 47 CO; KELLER, p. 130; HÜTTE, Mélanges BNSA, p. 160; SIDLER, p. 485.

victime ou parce que l'enfant est né plusieurs mois après le décès de son père²⁰¹.

Or, il est extrêmement fréquent que l'indemnité pour tort moral ne soit fixée, par transaction ou par jugement, que de nombreuses années après l'accident. Il s'agit alors de mettre en œuvre un mécanisme de compensation qui pourra replacer le lésé dans une situation équivalente à celle qui aurait été la sienne s'il avait été immédiatement indemnisé. Telle est précisément la fonction des intérêts compensatoires (*Schadenzinsen*)²⁰², dont la doctrine majoritaire et la jurisprudence fixent le taux à 5% par an, en application de l'art. 73 CO²⁰³. Ces intérêts compensatoires doivent être distingués des intérêts moratoires de l'art. 104 al. 1 CO, même si le but que ces deux institutions poursuivent est semblable et si les deux types d'intérêts ne se cumulent pas²⁰⁴.

L'indemnisation du tort moral présente une difficulté particulière en matière d'intérêts compensatoires, en raison du fait que les montants alloués par les tribunaux évoluent régulièrement, en partie pour tenir compte du renchérissement et en partie parfois pour tenir compte de nouveaux éléments ou en raison d'une évolution matérielle de la jurisprudence²⁰⁵. Se pose ainsi la question de savoir si les critères et éventuels tarifs à prendre en compte doivent être ceux du jour de l'accident ou ceux du jour du jugement. Dans cette dernière hypothèse, l'octroi en sus d'intérêts compensatoires depuis le jour de l'accident est bien sûr contesté²⁰⁶.

201 Voir BREHM, ch. 87 ad art. 47 CO. Par contre, on admet que le jeune enfant a un droit immédiat à un tort moral, même s'il n'est pas immédiatement conscient de son malheur: voir plus haut, p. 219-220.

202 ATF 131 III 12 c. 9.1; ATF 122 III 53 c. 4a.

203 ATF 131 III 12 c. 9.4; ATF 122 III 53 c. 4b (qui relève cependant que la jurisprudence n'a pas toujours été absolument uniforme sur ce point); BREHM: ch. 101 ad art. 41 CO; SCHRANER: *Zürcher Kommentar* (2000), ch. 35 ad art. 73 CO; OFTINGER / STARK, § 6 ch. 25; SCHNYDER, ch. 5 ad art. 42 CO; KELLER, p. 47; LANDOLT, ch. 201 des remarques ad art. 47/49 CO.

204 ATF 131 III 12 c. 9.3 à 9.5, qui fait le point de la situation à ce sujet; ATF 122 III 53 c. 4a; OFTINGER / STARK, § 6 ch. 25 n. 35; SCHRANER: *op. cit.*, ch. 37 ad art. 73 CO.

205 Voir sur cette problématique: BREHM, ch. 88 ss ad art. 47 CO.

206 HÜTTE (Mélanges BNSA, p.160), HÜTTE / DUCKSCH (p. I/30), GURZELER (p. 298) et SIDLER (p. 485) optent pour une solution fondée sur les valeurs estimées au jour de l'accident, combinées avec un intérêt compensatoire depuis cette date. D'autres auteurs souhaiteraient cumuler les valeurs en vigueur au jour du jugement avec un intérêt compensatoire depuis le jour de l'accident: TERCIER, *Mélanges Assista*, p. 154; KELLER, p. 131; avec quelques nuances LANDOLT, ch. 205 ss des remarques ad art. 47/49 CO. BREHM (ch. 96 ad art. 47 CO) se rallie désormais à la solution préconisée par le Tribunal cantonal zurichois, consistant à fixer l'indemnité sur la base des principes en vigueur le jour du jugement, tout en allouant un intérêt compensatoire sur une somme calculée d'après les principes en vigueur lors de l'accident.

Le Tribunal fédéral semble ne pas s'être encore forgé une opinion définitive à ce sujet²⁰⁷. En 1986, il a explicitement appliqué la «jurisprudence la plus récente», tout en accordant un intérêt compensatoire de 5% depuis le jour de l'accident²⁰⁸. Puis en mai 1990, il a envisagé la possibilité, suggérée alors par BREHM, d'allouer soit une somme calculée selon les critères d'évaluation au jour de l'atteinte avec intérêts, soit une indemnité pour tort moral fixée selon les critères d'évaluation au jour du jugement sans intérêts²⁰⁹. Notre Haute Cour a estimé cependant en décembre 2002 que cette alternative ne paraissait pas convaincante; considérant que les sommes allouées au cours des années précédentes n'avaient pas subi de changement essentiel, elle a confirmé l'allocation d'un intérêt courant depuis la date de l'accident²¹⁰. En mars 2005, le Tribunal fédéral a une fois encore laissé la question ouverte, dans une affaire où le Tribunal cantonal avait appliqué les critères en vigueur au moment du jugement, tout en accordant un intérêt compensatoire depuis l'accident, qui était déjà vieux de 32 ans. Cette façon de faire n'était en effet pas contestée par la défenderesse²¹¹. Pour résumer, les tribunaux appliquent en général les principes en vigueur au moment du jugement, tout en allouant un intérêt compensatoire depuis la date de l'accident. L'intérêt en question risque par contre d'être refusé si cette méthode débouche dans un cas concret sur une solution manifestement inéquitable au détriment du responsable.

Dans ce contexte un peu flou, la méthode des deux phases telle que nous la proposons a le mérite de la clarté et de la simplicité. Elle permet en effet de bien distinguer l'évolution qui résulte du renchérissement, à savoir l'adaptation régulière du gain maximum assuré au sens de la LAA, de celle qui est due à un changement matériel de jurisprudence, que celui-ci porte sur les critères particuliers à prendre en compte ou sur l'ampleur générale des montants alloués. Ainsi nous sommes d'avis que le juge devra appliquer les principes en vigueur *au moment du jugement* quant aux ayants droit, aux circonstances particulières à prendre en compte, au rapport du montant de base avec le gain maximum assuré au sens de la LAA, ainsi qu'à propos de l'augmentation maximale possible de ce montant de base au cours de la seconde phase. Par contre, s'agissant de chiffrer ledit montant, il se

207 GURZELER, p. 298.

208 ATF 112 II 131 c. 4d, SJ 1998 p. 42.

209 ATF 116 II 295 c. 5b.

210 ATF 129 IV 149 c. 4.2, SJ 2003 I 258. Cette façon de faire a été ensuite régulièrement appliquée, comme dans l'ATF 131 III 12 c. 9.5.

211 Arrêt 4C.433/2004 du 2 mars 2005 c. 4.3.

fondera sur le gain maximum assuré *au moment de l'accident*, tout en assortissant l'indemnité finale d'un intérêt de 5% l'an depuis cette date.

V. LA NATURE DE L'INDEMNITÉ

Même si elle est presque toujours réclamée et accordé sous forme de capital, l'indemnité pour tort moral peut être allouée sous forme de *rente*. Une telle rente doit toutefois être proportionnée selon la jurisprudence à l'indemnité qui serait allouée sous forme de capital, si bien que la forme sous laquelle l'indemnité est versée ne peut pas avoir d'influence sur son montant²¹². Par ailleurs, le Tribunal fédéral semble considérer que le lésé doit faire valoir un intérêt digne de protection pour obtenir une rente en lieu et place d'un capital. Il a en tout cas refusé de convertir en rente une indemnité allouée sous forme de capital à un lésé de 34 ans qui voulait avant tout, en exigeant un versement mensuel de l'indemnité, démontrer le caractère en réalité dérisoire d'une somme à première vue importante, en l'espèce 100'000 francs²¹³. Dans la mesure où le capital est calculé également en tenant compte de l'âge de la victime, ce mode d'indemnisation présente assez peu d'intérêt pratique à nos yeux.

VI. CONCLUSION

Par définition, l'indemnisation du tort moral concerne un préjudice qui ne peut pas être quantifié, à savoir la douleur physique et la souffrance morale. Le juge ne peut donc procéder qu'à une évaluation approximative de la gravité de ce dommage immatériel, qu'il tentera de convertir au mieux en une somme d'argent. En conséquence, le montant de cette indemnité est nécessairement quelque peu arbitraire²¹⁴. En effet, il y a finalement autant de motifs pour allouer 100'000 francs que 200'000 francs ou 1'000'000 de francs pour la même atteinte²¹⁵. Et il serait sans doute préférable que ce type de décision, de nature éminemment politique, soit pris par le législateur plutôt que, au cas par cas, par les tribunaux.

En l'état, le praticien ne peut poser qu'un seul constat: la jurisprudence est relativement chaotique en ce qui concerne les montants alloués et souvent difficilement prévisible. Alors qu'il refuse depuis

²¹² ATF 134 III 97 c. 4, SJ 2009 I 469.

²¹³ Arrêt 4A_157/2009 du 22 juin 2009 c. 3 et 5.

²¹⁴ STEIN, p. 13.

²¹⁵ TERCIER, *Mélanges Assista*, p. 151.

toujours la mise sur pied d'un tarif et toute schématisation du système, le Tribunal fédéral donne parfois l'impression de naviguer à vue, notamment parce qu'il a pris le parti de laisser une très large autonomie à ce sujet aux juridictions inférieures²¹⁶. En se référant essentiellement aux décisions antérieures rendues dans des affaires similaires, la jurisprudence crée néanmoins un tarif qui n'en porte pas le nom, et qui ne tient dans les faits que très imparfaitement compte du renchérissement de l'argent et de l'évolution des valeurs de la société.

Dans ce contexte, l'adoption généralisée et systématique de la méthode des deux phases constituerait certainement le meilleur moyen de concilier souplesse et sécurité du droit. Cette façon de faire apporterait également un excellent cadre pour valoriser de façon raisonnable et ordonnée les indemnités allouées suite à des lésions corporelles ou à un décès.

²¹⁶ ATF 123 III 306 c. 9b, confirmé depuis par une abondante jurisprudence.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

- BREHM ROLAND: *La réparation du dommage corporel en responsabilité civile*, Berne 2002
- *Berner Kommentar, Volume VI/1/3/1: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen*, Art. 41-61 OR, 3^e édition, Berne 2006
- ENGEL PIERRE: *Traité des obligations en droit suisse*, 2^e édition, Berne 1997
- FELLMANN WALTER / KOTTMANN ANDREA: *Schweizerisches Haftpflichtrecht; Vol. I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG*, Berne 2012
- CHAIX FRANÇOIS: *La responsabilité de l'organisateur de voyages à la lumière de la jurisprudence genevoise relative aux art. 13 et 14 LVF*, SJZ 101 (2005) pp. 416 ss
- CHAPPUIS CHRISTINE: *Les nouvelles dispositions de responsabilité civile sur les animaux: Que vaut Médor?*, in *Le préjudice, une notion en devenir*, éd. par Christine Chappuis et Bénédicte Winiger, Zurich 2005, pp. 15 ss (cité Animaux)
- *Cour de justice des Communautés européennes: un arrêt significatif pour la notion suisse de dommage?*, SJ 2002 II 389 (cité CJCE)
- FAVRE PASCAL G. / TERCIER PIERRE: *Les contrats spéciaux*, 4^e édition, Zurich 2009
- GHÉLEW ANDRÉ / RAMELET OLIVIER / RITTER JEAN-BAPTISTE: *Commentaire de la loi sur l'assurance-accidents*, Lausanne 1992
- GOMM PETER / ZEHNTER DOMINIK: *Opferhilfegesetz, Bundesgesetz vom 23 März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten*, 3^e édition, Berne 2009
- GURZELER BEATRICE: *Beitrag zur Bemessung der Genugtuung*, Thèse Berne, Zurich 2005
- HÄBERLI THOMAS: *Das Opferhilferecht unter Berücksichtigung der Praxis des Bundesgerichts*, in RSJB-ZBJV 2002, pp. 361 ss
- HIRSCH LAURENT: *Le tort moral dans la jurisprudence récente*, in: *Le préjudice corporel: bilan et perspectives*, éd. par Franz Werro et Pascal Pichonnaz, Berne 2009, pp. 259 ss
- HÜTTE KLAUS / DUCKSCH PETRA: *Die Genugtuung*, 3^e édition, Zurich 1999

- HÜTTE KLAUS: *Genugtuung – eine Einrichtung zwischen Zivilrecht, Strafrecht, Sozialversicherungsrecht und Opferhilfegesetz*, in Collezione Assista, édité par Assista TCS SA, Genève 1998, pp. 264 ss (cité Collezione Assista)
- *Kann die Genugtuung Genugtuung verschaffen?*, in: Mélanges du Bureau National Suisse d'Assurance et du Fonds National Suisse de Garantie, publié par Martin Metzler et Stephan Fuhrer, Bâle 2000, pp. 147 ss (cité Mélanges BNSA)
 - *Genugtuung für Angehörige*, in REAS 2002, pp. 126 ss (cité Genugtuung)
 - *Anleitung zur Ermittlung angemessener Genugtuungsleistungen im Zivil- und im Opferhilferecht*, in: Personen-Schaden-Forum 2005, Zurich 2005, pp. 139 ss (cité Anleitung)
- KELLER ALFRED: *Haftpflicht im Privatrecht, Band II*, 2^e édition, Berne 1998
- KOLLER THOMAS: *Bemessung von Genugtuungsleistungen bei Körperverletzungen im Haftpflichtrecht: Sollen sich die Zivilgerichte an der Höhe der UVG-Integritätsentschädigung orientieren oder nicht?*, in RSJB-ZBJV 1996, pp. 682 ss
- KREPPER PETER: *Affektionswert-Ersatz bei Haustieren*, PJA 2008, pp. 704 ss
- LANDOLT HARDY: *Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Volume VIc: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Zweite Lieferung, Art. 45-49 OR*, 3^e édition, Zurich 2007
- OFTINGER KARL / STARK EMIL W.: *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil*, 5^e édition, Zurich 1995
- ROBERTO VITO: *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Bundesgesetz über Pauschalreisen*, éd. par Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand, 4^e édition, Bâle 2007
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA: *Haftpflicht und Sozialversicherung, Begriffe, Wertungen und Schadenausgleich*, Fribourg 1998
- SCHNYDER ANTON K.: *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, art. 47 et 49 CO*, éd. par Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand, 4^e édition, Bâle 2007
- SIDLER MAX: *Die Genugtuung und ihre Bemessung*, in Münch / Geiser (éd.): *Schaden – Haftung – Versicherung*, Bâle 1999, pp. 455 ss
- STEIN PETER: *Die Genugtuung – Der Integritätsschaden*, Publications juridiques du Touring Club Suisse, cahier n° 1, 4^e édition, Genève 1987

- TERCIER PIERRE: *L'évolution récente de la réparation du tort moral dans la responsabilité civile et l'assurance-accidents*, in RSJ 1984, pp. 53 ss (cité L'évolution)
- *La réparation du tort moral*, in Journées du droit de la circulation routière 1988, Fribourg 1988 (cité La réparation)
 - *La fixation de l'indemnité pour tort moral en cas de lésions corporelles et de mort d'homme*, in Mélanges Assista, éd. par le Touring Club Suisse et Assista SA, Genève 1989, pp. 143 ss (cité Mélanges Assista)
- WERRO FRANZ: *Le tort moral et la circulation routière: actualités et perspectives*, in Journées du droit de la circulation routière 2010, éd. par Franz Werro et Thomas Probst, Berne 2010, pp. 1 ss (cité Tort moral et circulation routière)
- *La responsabilité civile*, 2^e édition, Berne 2011 (cité Responsabilité civile)
-

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION	215
II.	LA NOTION DU TORT MORAL.....	216
	A. Définition	216
	B. Objectifs de l'indemnisation du tort moral.....	216
	C. Les limites de l'institution.....	218
	1. L'absence de perception de la souffrance.....	218
	2. La valeur subjective de l'argent.....	220
	a. Réduction en cas de niveau de vie particulièrement modeste	220
	b. Majoration en faveur des lésés fortunés.....	223
	c. Synthèse.....	224
	3. Proposition.....	224
III.	LES DISPOSITIONS LÉGALES	225
	A. Tort moral en cas de lésions corporelles et de décès (art. 47 CO)	227
	1. Généralités.....	227
	2. En cas de lésions corporelles	229
	a. La pratique actuelle.....	229
	b. Critique	230
	3. En cas de décès.....	233
	a. Perte du conjoint	234
	b. Perte d'un enfant.....	234
	c. Perte du père ou de la mère.....	235
	d. Perte d'un frère ou d'une sœur.....	235
	e. Perte d'un autre membre de la famille	235
	f. Le droit du fiancé.....	236
	g. Le droit du concubin	237
	h. Synthèse	238
	B. Tort moral en cas d'atteinte à la personnalité (art. 49 CO)	238
	C. La réparation morale pour les victimes d'infractions (art. 22 et 23 LAVI).....	239
IV.	LE MONTANT DE L'INDEMNITÉ	241
	A. La méthode des deux phases	241
	B. La pratique des tribunaux	243
	C. La phase normative	246
	1. Tort moral en cas de lésions corporelles.....	247
	2. Tort moral en cas de décès	250
	3. Tort moral en faveur des proches d'un invalide	251

D. La phase d'évaluation concrète	252
1. Introduction	252
2. Circonstances impliquant une majoration de l'indemnité.....	254
3. Circonstances impliquant une réduction de l'indemnité.....	257
E. La date déterminante pour la fixation de l'indemnité.....	260
V. LA NATURE DE L'INDEMNITÉ	263
VI. CONCLUSION	263
BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE	265
