
Schadenrecht: Personenschaden 2013

Responsabilité civile: dommages corporels 2013

Volker Pribnow* / Alexandre Guyaz**

Inhaltsverzeichnis – Table des matières

I.	Einleitung – Introduction	481
1.	Bemerkenswertes, rechtlich und praktisch	481
2.	Übergriffe des Sozialversicherungsrechts ins Haftpflichtrecht	482
a)	Sozialversicherung und Haftpflicht.....	482
b)	Adäquater Kausalzusammenhang	484
c)	Schmerzrechtsprechung	484
II.	Les fondements de la responsabilité – Haftungsbeurteilung.....	485
1.	Responsabilité pour faute	485
a)	La notion de négligence	485
b)	La négligence par omission – notion de garant.....	487
c)	La faute en matière d’actes de complaisance	488
d)	La faute en matière de circulation routière.....	489
e)	L’illicéité.....	493
2.	Responsabilité du propriétaire de l’ouvrage	493
3.	Responsabilité pour les auxiliaires	494
4.	Responsabilités objectives aggravées	494
5.	Responsabilité médicale	496
6.	Responsabilité de l’avocat et du mandataire	500
7.	Responsabilité de l’Etat.....	502
8.	Responsabilité en matière d’activités de loisirs.....	505
9.	Responsabilité du fait des produits.....	506
10.	La reconnaissance de responsabilité.....	507
III.	Causalité – Kausalität	508
1.	Causalité naturelle	508
2.	Causalité adéquate	511

* Dr.iur., Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Baden.

** Dr en droit, avocat spécialiste FSA responsabilité civile et droit des assurances, Lausanne.

3.	Interruption de la causalité adéquate	512
4.	Prédisposition constitutionnelle.....	515
IV.	Schadenberechnung – Calcul du dommage	516
1.	Fehlende grundsätzliche Entwicklungen	516
2.	Erwerbsschaden.....	517
3.	Haushaltsführungsschaden	521
4.	Tort moral.....	521
a)	Les principes généraux.....	521
b)	Le tort moral en cas de décès	522
c)	Le tort moral en cas de lésions corporelles	523
V.	Schadenssubstantiierung und Schadennachweis – Allégation et preuve du dommage.....	525
1.	Substantiierung.....	525
2.	Schadensnachweis	527
VI.	Fixation de l’indemnité – Bestimmung der Entschädigung.....	527
1.	Réduction du dommage par le lésé.....	527
VII.	Kongruenz, Anrechnung und Regress – Concordance, imputation et recours.....	528
1.	Sachliche Kongruenz.....	528
2.	Regress im internationalen Verhältnis.....	528
3.	Verhältnis Versicherter-Sozialversicherer.....	528
4.	Regress des Privatversicherers	529
VIII.	Verjährung – Prescription	529
IX.	Verfahren – Procédure	532
1.	Vor Bundesgericht anfechtbare Zwischenentscheide.....	532
2.	Auslegung von Erklärungen des Haftpflichtigen	532
3.	Unzulässige Beweisausforschung	533
4.	Wohnsitz-Gerichtsstand für die geschädigte Person im internationalen Verhältnis	534
X.	OHG – LAVI	534
1.	Wohnsitz.....	534
2.	Aufklärungspflichten und Verwirkung.....	534
3.	Entschädigungsanspruch im Strafbefehlsverfahren.....	535

XI.	VVG – LCA	535
	1. Geltung und Auslegung des Vertrages	535
	2. Anzeigepflichtverletzung	537
	3. Schadenminderungspflicht	537
	4. Schaden-/Summenversicherung	539
	5. Somatoforme Schmerzstörung und ähnliche Beschwerden.....	540
	6. Verfahren.....	541
XII.	Revisionen – Modifications législatives	541

I. Einleitung – Introduction

1. Bemerkenswertes, rechtlich und praktisch

Die vergangenen beiden Jahre haben bemerkenswerte Urteile gebracht. Einige sind von grundlegender rechtlicher Bedeutung, und diese hat das Bundesgericht zur amtlichen Publikation bestimmt. In der nachstehenden Übersicht erscheinen diese Urteile zuerst.

Andere Urteile erhalten diese Weihe nicht; sie sind aber für die Praxis der Schadenerledigung von gleicher, wenn nicht höherer Bedeutung.

So hat das Bundesgericht in zwei Entscheiden sich dazu geäußert, dass eine schriftliche Anerkennung des Haftpflichtigen nicht zwingend bedeutet, dass die entsprechende Frage für alle Zeit klar ist; ob es sich hierbei um eine vorbehaltlose Schuldanererkennung handelt, die rechtsverbindlich ist, oder aber um eine Erklärung, die später im Zivilprozess lediglich als Indiz für die Verwirklichung einer Tatsache dient, muss durch Auslegung ermittelt werden (Urteile des BGer 4A_744/2011 vom 12.07.2012; 4A_760/2011 vom 23.05.2012 (frz.)).

In drei französischsprachigen Entscheiden hat das Bundesgericht sodann Ansprüche als verjährt abgewiesen, weil es die Verjährung nicht mit der Zustellung der Leistungsverfügung des Sozialversicherers hat beginnen lassen, wie es die Praxis gerne getan hat, sondern zu einem früheren Zeitpunkt (Urteile des BGer 4A_136/2012 vom 18.07.2012, 4A_647/2010 vom 04.04.2011 und 4A_329/2009 und 4A_349/2009 vom 01.12.2010). Dies bedeutet, dass die Rechtsvertreter mehr noch als früher Gefahr laufen, für die Verjährung von Ansprüchen verantwortlich gemacht zu werden.

Zahlreich sind wiederum die Urteile, in denen der Einwand verworfen wird, das Verhalten der geschädigten Person vermöge den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem haftungsbegründenden Umstand und der eingetretenen Schädigung zu unterbrechen.

Schliesslich ist der Urteile Legion, die sich mit der ausreichenden Substanziierung im Zivilprozess beschäftigen, von der nur gesagt werden kann, dass zunehmend unberechenbar wird, was verlangt ist.

Die zentrale Frage der Schadenerledigung betrifft allerdings das Zusammenspiel von Sozialversicherung und Haftpflicht, die sich durch die gerichtliche und aussergerichtliche Diskussion zieht.

2. Übergriffe des Sozialversicherungsrechts ins Haftpflichtrecht

a) Sozialversicherung und Haftpflicht

Personenschadenrecht ist nur zu einem kleinen Teil Haftpflichtrecht. Zuletzt bezahlt zwar der Haftpflichtige bei gegebener Haftung den gesamten Schaden; bevor es aber dazu kommt, sind mannigfache sozialversicherungsrechtliche Ansprüche geltend zu machen, die an den Haftpflichtanspruch angerechnet werden und vom Sozialversicherer seinerseits regressiert werden. Personenschadenrecht ist weit mehr Sozialversicherungsrecht als Haftpflichtrecht.

Dieses Sozialversicherungsrecht ist seit zehn Jahren einem grundlegenden Wandel unterworfen. Mit dem Ziel, weniger Dauerleistungen zu erbringen, werden neue Instrumente der Eingliederung geschaffen, werden Begriffe umgedeutet und werden neue Begriffe geschaffen, die sämtlich dazu dienen, langfristige Erwerbsersatzleistungen zu vermeiden. Dieser Wandel greift auch ins Haftpflichtrecht ein. Es liegt für die Leistungspflichtigen nahe, auch aus haftpflichtrechtlicher Sicht den Anspruch auf Dauerleistungen zu verneinen, wo der Sozialversicherer nicht mehr leistet.

Die Formel: «Der private Haftpflichtige kann nicht verpflichtet sein, sozialer zu sein als die Sozialversicherung» reicht dabei als Begründung allerdings sicherlich nicht aus.

Zum einen besagt die Bezeichnung als «Sozialversicherung» noch gar nichts über den Inhalt der Institution; sie besagt nur, dass es um ein «soziales Risiko» (Invalidität, Arbeitslosigkeit, Alter) geht, nicht aber, wie damit umgegangen wird. Hierüber findet die Gesellschaft einen Konsens, den sie im Gesetz festlegt. Gleichermassen findet die Gesellschaft einen Konsens darüber, wie der haftpflichtrechtliche Ausgleich zwischen einer geschädigten Person und dem für die Schädigung Verantwortlichen zu geschehen hat. Keineswegs ist dabei zwingend, dass der Ausgleich innerhalb der Zwangssolidargemeinschaft weiter gehen muss als zwischen einem Betroffenen und einem individuell Verantwortlichen. Die kollektive Solidarität ist kein Massstab: Auch das

Sozialamt beschäftigt sich schliesslich als letzte Instanz mit diesen sozialen Risiken und deckt sie auf dem tiefst denkbaren Niveau ab. Wollte einzig gelten, dass individuelle Verantwortung stets weniger weit geht als kollektiver Ausgleich, könnte ja auch gesagt werden, der private Haftpflichtige könne nicht sozialer sein als das Sozialamt und zu nicht mehr verpflichtet werden, als was die Sozialhilfe leistet. Das ist offenkundig falsch.

Zum andern beruht das Haftpflichtrecht auf der Idee des verantwortlichen Einzelnen, und Zurechnung und Ersatzpflicht sollen Ausgleich schaffen zwischen den zwei Individuen «Schädiger» und «Geschädigter». Tatsächlich ist aber dort, wo sich die Frage nach dauerhaften Leistungen stellt, nicht der Schädiger als Individuum leistungspflichtig, denn er ist in aller Regel überhaupt nicht leistungsfähig. Ein haftpflichtrechtlicher Dauerschaden ist nur in Ausnahmefällen vom Schädiger selber zu bezahlen; entweder besitzt er hierfür eine Versicherungsdeckung, oder aber die geschädigte Person kann von vornherein darauf verzichten, sich um einen angemessenen Ausgleich zu bemühen. Haftpflichtrechtlicher Dauerschaden wird nicht von einem Einzelnen getragen, sondern von einer Solidargemeinschaft der Versicherten, die gemeinsam das Risiko tragen, dass ein Dritter durch sie geschädigt wird.

Unbestritten ist der Grundsatz, dass die Deckung der Haftung folgt und nicht die Deckung eine Haftung begründet. Wenn es jedoch darum geht, darüber nachzudenken, welche der sozialversicherungsrechtlichen Entwicklungen ihre Berechtigung auch im Haftpflichtrecht haben, so kann es keinen Automatismus zu deren Übernahme geben. Die Verantwortung des persönlich Haftpflichtigen kann nicht per se stets weniger weit gehen als die der Gesellschaft; im Gegenteil ist derjenige, der individuell zurechenbar die Schädigung eines Mitmenschen verursacht, diesem gegenüber weitergehend verpflichtet als die Gesamtheit, die mit der Schädigung nichts zu tun hat. Die massgeblich finanziellen Nöte, welche die Sozialversicherung auf neue Wege gebracht haben, sind auf Seite des Haftpflichtigen nicht strukturell gegeben; im Gegenteil schliessen sich die möglichen Haftpflichtigen ja gerade zu Gefährgemeinschaften zusammen, damit es möglich ist, ihre individuelle Verantwortung zu erfüllen, wenn die Gefahr sich einmal verwirklicht, und haben sie darum die notwendigen Prämien zu leisten, um ihre Pflichten erfüllen zu können.

Es ist darum zu unterscheiden, ob den Entwicklungen im Sozialversicherungsrecht bessere naturwissenschaftliche, allgemein gültige Erkenntnisse zugrunde liegen, oder aber normative Eingrenzungen der Leistungspflicht mit dem Ziel der Leistungersparnis. Handelt es sich um solche normative Eingrenzungen, muss das Zivilrecht eigenständig prüfen, ob und inwieweit diese auch hier angebracht sind.

b) *Adäquater Kausalzusammenhang*

Schon in BGE 123 III 110 hat das Bundesgericht der unfallversicherungsrechtlichen Adäquanz eine Absage erteilt, gestützt darauf, dass das soziale Unfallversicherungsrecht und das zivile Haftpflichtrecht unterschiedliche Regelungsinhalte aufweisen; darum kann derselbe Begriff im Haftpflichtrecht weiter ausgelegt werden als im Sozialversicherungsrecht. In den vergangenen 15 Jahren hat sich der Begriff der Adäquanz in der sozialen Unfallversicherung nochmals eingeengt, namentlich nach BGE 134 V 109. Für das Zivilrecht ist dies aber weiterhin nicht massgebend. In 4A_171/2012 vom 25.06.2012 hat das Bundesgericht bestätigt, dass das Haftpflichtrecht weiterhin nach der allgemeinen Formel die Adäquanz prüft und eine weite Zurechnung beibehält.

c) *Schmerzrechtsprechung*

Nunmehr drängt die Rechtsprechung der sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts zur Überwindbarkeit von chronischen Schmerzen ins Zivilrecht. Eine Vermutung, wonach Schmerzen grundsätzlich überwunden werden können, wenn nicht besondere Merkmale die Überwindbarkeit ausschliessen, führt dazu, dass ganze Versichertengruppen keine Dauerleistungen mehr erhalten; die Revision 6a des Gesetzes über die Invalidenversicherung erlaubt es nun auch, laufende Renten einzustellen.

Das Bundesgericht hatte in 4A_5/2011 vom 24.03.2011 leichthin festgehalten, die Überwindbarkeitsrechtsprechung beanspruche auch im VVG-Krankentaggeldbereich Gültigkeit. Dieser Entscheid hätte insbesondere deswegen einer eingehenden, im Entscheid aber fehlenden Begründung bedurft, weil die sozialrechtlichen Abteilungen die Überwindbarkeit ausdrücklich nur bei Dauer(-Renten-)Leistungen, nicht aber für kurzfristige Taggeldleistungen prüfen. Dem Urteil ist Kritik erwachsen, und nunmehr hat das Bundesgericht die Frage, ob die Überwindbarkeit auch für VVG-Versicherungen gelte, in 4A_223/2012 vom 20.08.2012 ausdrücklich wieder offengelassen.

Ein erstes haftpflichtrechtliches Urteil zur Überwindbarkeit hat letzten Sommer das Bezirksgericht Schwyz gefällt; in BZ 09 34 vom 28.06.2012 hat es dabei die Anwendbarkeit der Rechtsprechung für das Haftpflichtrecht verneint. Das Urteil ist rechtskräftig geworden, so dass kein höher instanzliches Votum erfolgen wird. Das Bezirksgericht Schwyz setzt sich allerdings mit der geführten Diskussion nicht auseinander, sondern sieht eine Analogie zwischen Adäquanzrechtsprechung und Schmerzrechtsprechung. Dies greift etwas zu kurz, und zur Klarheit in diesen Fragen werden also noch weitere Urteile ergehen müssen.

II. Les fondements de la responsabilité – *Haftungs begründung*

1. Responsabilité pour faute

a) *La notion de négligence*

La Tribunal fédéral a très régulièrement l'occasion de rappeler et d'illustrer cette notion telle qu'elle est comprise en droit pénal, notion qui joue un rôle pratique non négligeable lorsqu'il s'agit pour le civiliste d'examiner s'il y a eu ou non faute au sens de l'art. 41 CO.

Pour qu'il y ait négligence, il faut tout d'abord que l'auteur ait **violé les règles de la prudence**, c'est-à-dire le devoir général de diligence institué par la loi pénale, qui interdit de mettre en danger les biens d'autrui pénalement protégés contre les atteintes involontaires. Lorsque des prescriptions légales ou administratives ont été édictées dans un but de prévention des accidents, ou lorsque des règles analogues émanant d'associations spécialisées sont généralement reconnues, leur violation fait présumer la violation du devoir général de prudence¹. En ce qui concerne par exemple la prévention des incendies, l'étendue des devoirs de prudence se mesure à l'aune du droit cantonal en la matière, ainsi que des normes édictées par l'Association des établissements cantonaux d'assurance incendie (AEAI)². Pour ce qui est du travail sur les chantiers, l'étendue du devoir de protection qui pèse sur l'employeur s'apprécie en premier lieu au regard des dispositions spéciales applicables, au nombre desquelles figure notamment l'ordonnance du 29 juin 2005 sur les travaux de construction (OTConst; RS 832.311.141), en vigueur depuis le 1er janvier 2006³.

Violent son devoir de prudence le chef de chantier et concepteur d'un système de transport sécurisé d'éléments en béton qui constate que les éléments en question sont stockés de façon non conforme, rendant ainsi impraticable la procédure qu'il a mise au point. En voyant les éléments mal entreposés, le chef de chantier doit réagir, et à tout le moins se renseigner sur la bonne application de sa procédure. Peu importe qu'il n'ait pas été mis au courant du changement de procédure ou qu'il n'ait pas assisté lui-même à un déplacement non conforme de l'un des éléments⁴.

Dans le même registre, le conducteur d'un chantier doit s'assurer que les règles de sécurité sont connues des ouvriers et respectées par eux. Il viole

¹ Voir notamment l'arrêt 6B_25/2012 du 17 août 2012, consid. 1.2.

² Arrêt 6B_222/2011 du 12 septembre 2011, consid. 2.4.

³ Arrêt 6B_639/2011 du 5 décembre 2011, consid. 2.3.2, qui examine les règles applicables en matière de protection contre les chutes, en l'occurrence sous l'empire de l'ancienne OTConst.

⁴ Arrêt 6B_419/2012 du 16 octobre 2012, consid. 2.5.

ainsi son devoir de prudence s’il laisse se développer sur le chantier des méthodes de travail inappropriées, incorrectes et dangereuses, notamment l’absence d’utilisation de harnais pour les travaux en hauteur⁵.

Il faut aussi que la violation du devoir de prudence soit **fautive**, c’est-à-dire que l’on puisse reprocher à l’auteur, compte tenu de ses circonstances personnelles, une inattention ou un manque d’effort blâmable⁶. Par exemple, le grutier disposant de plusieurs années d’expérience qui place son engin sous une ligne à haute tension en violation des règles applicables en la matière, puis qui monte la flèche de la grue à l’aveugle près de la ligne électrique, agit de manière gravement fautive s’il se rend compte du danger et du fait que les plus simples règles de prudence ne sont pas respectées⁷.

La violation d’un devoir de prudence ne peut être admise que si l’auteur devait et pouvait prévoir au moins dans les grandes lignes le résultat dommageable, et s’il était en mesure de l’éviter en respectant ce devoir. Viole ainsi le principe d’interdiction de mise en danger (*Gefahrensatz*) celui qui crée un risque accru pour autrui sans prendre les précautions qui s’imposent.

Tel peut également être le cas quand le responsable potentiel participe à la mise en danger que la victime crée pour elle-même, par exemple en lui remettant une drogue particulièrement dangereuse. Il faut pour cela que l’auteur perçoive davantage le risque en raison de ses connaissances propres ou réalise que la victime se méprend sur la portée de sa décision. En pareil cas le fournisseur de la substance illicite crée pour autrui un risque qui n’est plus couvert par la volonté de la victime, et il doit donc se laisser imputer la réalisation du risque en question. Dans un arrêt de mars 2011, le Tribunal fédéral a ainsi considéré qu’il y avait suffisamment d’éléments pour rendre un acte d’accusation contre un étudiant qui avait remis une substance dangereuse (du gamma-butyrolactone, GBL) à un camarade tout en lui disant que son effet était comparable à celui d’un joint. Ce faisant, il avait donné des informations vagues à la victime, sans s’assurer que celle-ci était clairement informée sur les risques et les règles de dosage, et sans indiquer clairement que ses propres connaissances en la matière étaient lacunaires⁸.

Le juge examinera si le résultat était pour l’auteur prévisible au moins dans les grandes lignes en faisant application des règles sur la causalité adéquate. Le comportement incriminé doit ainsi, d’après le cours ordinaire des choses et l’expérience générale de la vie, être de nature à produire le résultat dommageable, ou à tout le moins à le favoriser. Dans l’affaire de l’incendie d’un

⁵ Arrêt 6B_468/2012 du 24 octobre 2012, consid. 2.5.

⁶ Voir par exemple l’arrêt 6B_419/2012 du 16 octobre 2012, consid. 2.4.

⁷ Arrêt 6B_748/2010 du 23 décembre 2010, consid. 4.4.2.

⁸ Arrêt 6B_879/2010 du 24 mars 2011, consid. 3.3 et 3.4.1.

hôtel dans le canton d'Obwald, le Tribunal fédéral a ainsi retenu que le directeur qui avait omis de faire procéder au contrôle immédiat du système d'alarme-incendie après deux fausses alarmes devait et pouvait prévoir que le dysfonctionnement de la sirène et la mise hors fonction d'un détecteur, qui auraient sans doute été décelés lors d'un contrôle, étaient propres à retarder l'évacuation des clients et à mettre ainsi leur vie et leur santé en danger. En l'espèce, les déficiences du système d'alarme avaient retardé de 20 minutes le déclenchement du système et empêché la sirène de l'hôtel de retentir. Un couple de clients n'avait alors réalisé que tardivement que l'hôtel était en feu et avait été contraint de sauter par la fenêtre de sa chambre, l'escalier lui étant devenu inaccessible⁹.

b) *La négligence par omission – notion de garant*

Il n'est pas toujours facile de distinguer l'omission de la commission et on peut souvent se demander s'il faut reprocher à l'auteur d'avoir agi comme il ne devait pas le faire ou d'avoir omis d'agir comme il devait le faire. Pour apprécier, dans les cas limites, si un comportement constitue un acte ou le défaut d'accomplissement d'un acte, il faut s'inspirer du principe de la subsidiarité et retenir un délit de commission chaque fois que l'on peut imputer à l'auteur un comportement actif¹⁰. Dans un cas où il était reproché à un architecte d'avoir établi les plans d'un chalet et choisi le type de fenêtre qui devait y être posé sans contrôler que le seuil du local de chauffage était suffisamment étanche et sans veiller à ce que la fenêtre soit munie d'un système qui la bloque en position entrouverte, le Tribunal fédéral a considéré qu'il convenait de lui imputer un comportement actif¹¹.

La réalisation d'une infraction par négligence par omission suppose que l'auteur potentiel se trouvait au moment de cette omission dans une **situation de garant** par rapport à la victime, conformément à l'art 11 al. 2 CP. Cette disposition énumère plusieurs sources pouvant fonder une position de garant, à savoir la loi, un contrat, une communauté de risques librement consentie ou la création d'un risque. N'importe quelle obligation juridique ne suffit cependant pas. Il doit s'agir d'une obligation juridique qualifiée. Il faut que l'auteur se soit trouvé dans une situation qui l'obligeait à ce point à protéger un bien déterminé contre des dangers indéterminés (devoir de protection) ou à empê-

⁹ Arrêt 6B_222/2011 du 12 septembre 2011, consid. 2.7.

¹⁰ Arrêt 6B_748/2010 du 23 décembre 2010, consid. 4.3: la communication insuffisante de consignes sur un chantier relève plutôt de l'omission, dans la mesure où le comportement litigieux consiste davantage à ne pas avoir donné certaines informations aux travailleurs que d'avoir donné des informations erronées ou trompeuses.

¹¹ Arrêt 6B_25/2012 du 17 août 2012, consid. 1.1.

cher la réalisation de risques connus auxquels des biens indéterminés étaient exposés (devoir de surveillance)¹².

Selon le Tribunal fédéral, ne sont pas des garants par création d’un risque particulier les organisateurs d’une cérémonie de baptême au sein d’une société d’étudiants lorsqu’ils laissent le candidat boire abondamment avant la cérémonie. En effet, le danger ainsi créé est le fait du participant lui-même et non des organisateurs. En l’espèce, aucune contrainte n’avait été exercée sur le postulant, qui pouvait arrêter de boire et s’en aller à tout moment. Les organisateurs n’étaient pas non plus des garants sur la base d’une communauté de risques librement consentie, puisqu’ils n’avaient pris aucun engagement de protection vis-à-vis du candidat. Ils ont dès lors été libérés de l’accusation de lésions corporelles par négligence, le candidat en question s’étant blessé avec du ver brisé au cours de la cérémonie, qui consistait à boire un mélange fortement alcoolisé¹³.

Le chef d’équipe, soit celui qui occupe une position hiérarchique supérieure par rapport à ses collègues sur les lieux de l’accident, en l’occurrence une grave électrocution dans le cadre de travaux de maintenance d’une ligne à haute tension, revêt clairement la position de garant de l’employeur¹⁴.

c) La faute en matière d’actes de complaisance

Un acte de complaisance, par opposition à un engagement contractuel, doit être admis selon le Tribunal fédéral lorsque celui qui accepte de fournir une prestation n’a pas de volonté d’être lié sur le plan juridique. Cette qualification dépend des circonstances concrètes du cas d’espèce. Elle sera en principe retenue d’autant plus facilement que le prestataire agit gratuitement et de façon désintéressée, soit uniquement pour rendre service à autrui, sans retirer lui-même de l’opération un intérêt personnel propre. Dans la vie de tous les jours, un exemple typique d’acte de complaisance est la surveillance d’enfants entre amis pour une durée limitée de quelques heures¹⁵. Le propriétaire qui donne un coup de main à l’entreprise qu’il a engagée pour des travaux de terrassement et de jardinage n’accomplit quant à lui pas un acte de complaisance, car il agit alors dans son propre intérêt¹⁶.

En cas d’acte de complaisance, celui qui fournit la prestation assume une responsabilité de nature délictuelle, fondée sur l’art. 41 CO. Cela se justifie

¹² Arrêt 6B_77/2011 du 12 décembre 2011, consid. 3.1.

¹³ Arrêt 6B_77/2011 du 12 décembre 2011, consid. 3.4.

¹⁴ Arrêt 6B_748/2010 du 23 décembre 2010, consid. 4.3.1.

¹⁵ ATF 137 III 539 consid. 4.

¹⁶ Arrêt 4A_104/2012 du 3 août 2012, consid. 3.2.

notamment parce que l'existence d'un contrat est niée, et parce que ce type d'engagement, dit le Tribunal fédéral, ne diffère pas de l'interdiction générale de causer, de manière illicite ou contraire aux mœurs, un dommage à autrui. Comme dans tous les cas de responsabilité délictuelle, le lésé doit notamment faire la preuve d'un manquement illicite à la diligence requise. Or, par application indirecte de l'art. 99 al. 2 CO, les actes de complaisance impliquent en principe un *devoir de diligence réduit*. Il suffit en général que leur auteur fasse preuve de la même diligence que dans ses propres affaires. En matière de surveillance de jeunes enfants, en l'espèce âgés de quatre à cinq ans, on ne peut exiger du parent concerné qu'il procède à un contrôle toutes les cinq à dix minutes, notamment quand les enfants jouent dans un environnement qui leur est familier et qu'il n'y a pas lieu de penser concrètement qu'ils puissent adopter un comportement inattendu¹⁷.

d) *La faute en matière de circulation routière*

L'infraction de violation simple des règles de la circulation réprimée par l'art. 90 ch. 1 LCR est conçue comme un délit formel de mise en danger abstrait, de sorte qu'il suffit de violer une règle de comportement imposée par la loi pour que l'infraction soit consommée. Peu importe que la violation en question ait joué un rôle primordial ou non dans l'accident survenu peu après¹⁸.

Commet une inattention fautive l'automobiliste qui continue d'avancer sur une route secondaire à l'approche d'une route principale, tout en regardant à gauche pour s'assurer qu'un véhicule ne s'approche pas sur cet axe. Ce faisant, il n'est en effet plus en mesure de remarquer un obstacle situé immédiatement devant lui, ni de l'éviter¹⁹.

Aux termes de l'art. 34 al. 3 LCR, le conducteur qui veut modifier sa direction de marche, par exemple pour obliquer, dépasser, se mettre en ordre de présélection ou passer d'une voie à l'autre, est tenu d'avoir égard aux usagers de la route qui viennent en sens inverse ainsi qu'aux véhicules qui le suivent. Dans une affaire fribourgeoise concernant un automobiliste qui avait tourné à gauche sans voir un scooter qui tentait de le dépasser, la Cour cantonale avait constaté qu'au moment de l'enclenchement de son clignotant par l'accusé, soit 3,5 secondes avant la collision, la victime se trouvait à une distance de 17,5 mètres. Cette distance lui permettait certes de s'arrêter à temps. Toutefois, dès l'enclenchement du clignotant, elle disposait d'un temps de réaction

¹⁷ ATF 137 III 539 consid. 5.

¹⁸ Arrêt 6B_491/2011 du 3 novembre 2011, consid. 2.3.

¹⁹ Arrêt 6B_965/2010 du 17 mai 2011, consid. 2.2.

de 1,4 seconde pour remarquer l’intention d’obliquer de l’automobiliste et freiner, après quoi elle n’était plus à même de procéder à un arrêt d’urgence permettant d’éviter la collision. En 1,4 seconde, l’indicateur de direction n’avait pu émettre qu’un nombre limité d’impulsions lumineuses. Or, conformément à la jurisprudence, le conducteur doit tenir compte du fait que, même en actionnant l’indicateur de direction assez tôt, ce signe est souvent méconnu ou remarqué trop tard par les autres usagers. En entreprenant sa manœuvre dans les circonstances décrites, l’accusé avait mis en danger le scootériste. Il n’avait pas eu un égard suffisant au véhicule situé derrière lui et avait violé la règle de prudence imposée par l’art. 34 al. 3 LCR. Rien ne l’empêchait de s’y conformer. Son manquement lui était donc imputable à faute²⁰.

La **violation grave** des règles de circulation au sens de l’art. 90 ch. 2 LCR est objectivement réalisée lorsque l’auteur viole grossièrement une règle fondamentale de la circulation et met ainsi sérieusement en danger la sécurité d’autrui. Une mise en danger abstraite accrue suffit à cet égard. Subjectivement, l’infraction suppose un comportement sans scrupule, soit au moins une négligence grave s’il n’y a pas intention. Lorsque l’auteur n’est pas conscient du danger, la faute grave sera retenue si l’on peut rattacher cette ignorance du danger pour les autres usagers à une absence de scrupules. Ainsi, se rend coupable d’une violation grave des règles de la circulation l’automobiliste qui entreprend de dépasser deux jeunes cyclistes sur une route étroite et en fait chuter une, alors qu’il tracte derrière lui une remorque longue de 12 mètres. Dans un arrêt du 1^{er} juin 2011, le Tribunal a en effet confirmé cette qualification, en relevant notamment que l’accusé avait mis en danger les deux cyclistes, et même blessé l’une d’entre elles. Sur le plan subjectif, son comportement était révélateur d’une absence de tout scrupule, dans la mesure où il avait effectué sa manœuvre à une vitesse inadaptée aux circonstances, sur une route étroite à l’intérieur d’un village, et où il avait par ailleurs contraint la conductrice qui venait en face à une manœuvre de freinage et d’évitement²¹.

A également été qualifié de violation grave des règles de la circulation le fait pour un motard de rouler à la descente sur une route de montagne (art. 45 LCR) étroite, à une vitesse située entre 41 et 49 km/h, tout en ne respectant qu’une distance de moins de 10 mètres avec l’automobile qui le précède, sachant que les deux véhicules descendants sont débiteurs de la priorité et doivent en tout temps pouvoir procéder à une manœuvre d’évitement ou de freinage²².

²⁰ Arrêt 6B_253/2012 du 7 septembre 2012, consid. 3.2.2.

²¹ Arrêt 6B_915/2010 du 1^{er} juin 2011, consid. 4.

²² Arrêt 6B_51/2012 du 3 avril 2012, consid. 5.4.

Selon le **principe de la confiance**, qui découle de l'art. 26 al. 1 LCR, chaque usager qui se comporte réglementairement est en droit d'attendre des autres usagers, aussi longtemps que des circonstances particulières ne doivent pas l'en dissuader, qu'ils se comportent également de manière conforme aux règles de la circulation, c'est-à-dire ne le gênent pas ni le mettent en danger. Le conducteur, débiteur de la priorité, qui doit attendre à une intersection peut aussi se prévaloir du principe de la confiance. Si le trafic lui permet de s'engager sans gêner un véhicule prioritaire, on ne peut lui reprocher aucune violation du droit de priorité s'il entrave malgré tout la progression du prioritaire en raison du comportement imprévisible de ce dernier. Constitue un comportement imprévisible le fait d'accélérer brusquement pour forcer le passage, le fait de surgir à l'improviste à une vitesse excessive à une croisée à mauvaise visibilité, ou le fait de freiner vigoureusement tout à coup sans raison. Dans l'optique d'une règle de priorité claire, on ne peut toutefois admettre facilement que le débiteur de la priorité n'a pas à compter avec le passage, respectivement l'entrave d'un prioritaire²³.

Dans un arrêt de juin 2011, le Tribunal fédéral a libéré un automobiliste qui s'était engagé dans la circulation en coupant la route aux usagers venant de sa gauche. En effet, il avait établi le contact visuel avec le véhicule arrivant dans cette direction, véhicule qui avait ralenti pour le laisser passer. L'accusé n'avait par contre pas remarqué qu'un motocycliste dépassant à une vitesse excessive le premier véhicule était masqué par celui-ci, si bien qu'il avait heurté de plein fouet le motard au milieu de sa manœuvre de dépassement. Le principe de la confiance devait s'appliquer, a estimé notre Haute Cour, car la victime roulait à 73 km/h sur un tronçon limité à 60 km/h. Il s'agit là d'une vitesse largement excessive avec laquelle l'accusé ne pouvait pas compter. Ce dernier avait par ailleurs été suffisamment prudent et n'avait pas créé de situation peu claire ou dangereuse²⁴.

Par contre notre Haute Cour a refusé de mettre au bénéfice du principe de la confiance un cycliste débiteur de la priorité, qui avait voulu se glisser dans la bande cyclable de la route principale dans une manœuvre à droite, sans réaliser que l'automobiliste qui approchait par sa gauche avait l'intention de tourner à droite dans une voie d'accès située immédiatement après la rue d'où venait le cycliste. Il résultait de l'état de fait arrêté par la Cour cantonale que non seulement la voie d'accès en question était signalée par deux panneaux indicateurs bien visibles pour le cycliste, mais aussi que l'automobile avait déjà ralenti pour emprunter la voie d'accès et que sa vitesse au moment de la collision était estimée à 17 km/h, ce qui n'aurait pas pu échapper à un cycliste

²³ Arrêt 4A_239/2011 du 22 novembre 2011, consid. 2.4.1.

²⁴ Arrêt 6B_1020/2010 du 14 juin 2011, consid. 4.

ne roulant pas tête baissée, étant encore rappelé que celui-ci disposait d’une bonne visibilité. En conséquence, la vitesse très réduite de l’automobile (qui indiquait que celle-ci allait entreprendre une manœuvre de façon imminente), la trajectoire du véhicule (qui a commencé à suivre l’axe de brisure de la ligne du «Cédez le passage»), ainsi que la proximité de la voie d’accès étaient autant d’indices qui ont amené le Tribunal fédéral à conclure que le comportement de la conductrice n’était pas imprévisible pour le cycliste²⁵.

De même, le Tribunal fédéral a estimé dans une affaire bâloise qu’une automobiliste débitrice de la priorité qui s’était trop avancée dans un carrefour, ne pouvait pas admettre sans autre que le véhicule venant de sa droite allait nécessairement s’arrêter avant l’intersection parce que deux piétons venaient de s’engager sur le passage de sécurité situé à l’entrée de celle-ci. En l’espèce, l’accusée avait vu le véhicule prioritaire alors qu’il se trouvait à 20-30 mètres du passage pour piétons et qu’il roulait au moins à 40 km/h. En appliquant la formule habituelle, notre Haute cour a calculé la distance de réaction et la distance de freinage ($df = v^2/2p$; v représentant la vitesse et p le facteur de décélération), pour arriver à la conclusion qu’à 40 km/h déjà, le véhicule prioritaire représentait un danger au moment où l’accusée l’avait aperçu pour la première fois. En effet, la distance qui le séparait alors du passage pour piétons était à peine suffisante pour s’arrêter avant cette zone. En pareilles circonstances, il appartenait à l’accusée d’attendre davantage avant de s’engager dans le carrefour, afin de s’assurer que l’autre véhicule laissait bel et bien traverser les deux piétons²⁶.

Compte tenu de l’art. 26 al. 2 LCR, l’usager de la route ne peut pas se prévaloir du principe de la confiance en présence d’**enfants**, et cela même lors qu’il n’existe aucun indice concret que l’enfant va se comporter de façon incorrecte. On doit compter en réalité avec une violation des règles de la circulation de la part de ce type d’usager, et adapter sa conduite en conséquence. Pour savoir si l’on a affaire à un enfant au sens de cette disposition, la taille de l’intéressé joue un rôle essentiel. Ainsi, une fille de 12 ans et 10 mois, mais qui mesure 145 cm, soit la taille d’une fille de 11 ans, doit être considérée comme un enfant par les autres usagers de la route²⁷.

Le temps de réaction que l’on peut exiger d’un automobiliste est une question de droit. Il est en principe d’une seconde. Cependant, lorsqu’une attention accrue peut être exigée d’un usager, par exemple en application de l’art. 26

²⁵ Arrêt 4A_239/2011 du 22 novembre 2011, consid. 2.4.2.

²⁶ Arrêt 6B_533/2012 du 25 janvier 2013, consid. 1.6.

²⁷ Arrêt 6B_313/2011 du 29 août 2011, consid. 1.3.3 (ou dans la même affaire 6B_302/2011, consid. 2.3.3).

al. 2 LCR, ce temps de réaction exigible peut être ramené à 0,6 ou 0,7 seconde²⁸.

L'automobiliste qui entame un demi-tour à gauche depuis la présélection destinée aux véhicules tournant à gauche effectue un changement de direction extraordinaire susceptible de prêter à confusion. Une telle manœuvre doit être effectuée sans entraver les autres usagers (art. 36 al. 4 LCR), et avec une attention particulière, surtout si son auteur l'entame alors que le feu vient de passer à l'orange. En effet, un demi-tour n'est possible qu'à vitesse réduite et prend donc un certain temps²⁹.

e) *L'illicéité*

Le principe selon lequel l'atteinte à un droit absolu est en soi illicite ne s'applique que lorsque le droit en question est atteint par un comportement actif. Celui qui omet d'agir alors qu'il n'en a pas l'obligation juridique ne commet pas d'acte illicite. Une telle obligation d'agir peut découler d'une norme de protection en faveur du lésé ou de principes généraux du droit, tel que le principe d'interdiction de mise en danger (*Gefahrensatz*), lequel commande à celui qui crée ou maintient un état de fait dangereux de prendre les mesures nécessaires pour éviter la survenance d'un dommage³⁰.

2. Responsabilité du propriétaire de l'ouvrage

S'il est vrai que l'on peut le cas échéant admettre qu'il y a défaut de l'ouvrage lorsque les mesures désormais techniquement possibles pour limiter le danger lié à l'usage d'un ouvrage déjà ancien ne sont pas prises, cela ne veut pas dire, notamment quand les normes applicables deviennent plus sévères, que tous les anciens ouvrages doivent être immédiatement adaptés ou retirés. Il faut au contraire examiner à la lumière des circonstances concrètes si l'ouvrage qui ne répond plus aux nouvelles normes présente néanmoins une sécurité suffisante. Dans le cas d'un locataire qui était tombé de son balcon, le Tribunal fédéral a rejeté l'action en responsabilité intentée par la caisse de pensions du défunt, malgré le fait que la balustrade du balcon en question

²⁸ Arrêt 6B_313/2011 du 29 août 2011, consid. 2.4.4 (ou dans la même affaire 6B_302/2011, consid. 3.4.4).

²⁹ Arrêt 6B_317/2011 du 16 septembre 2011, consid. 1.5.

³⁰ Arrêt 4A_104/2012 du 3 août 2012, consid. 2.1. Dans cette affaire l'illicéité a été niée, car la victime, selon l'état de faits retenu par la Cour cantonale, avait d'elle-même perdu l'équilibre avant de heurter violemment un bloc de granit avec la tête. A ce moment, la pelle mécanique utilisée pour déplacer ce bloc n'était pas en fonction, si bien que les règles de prudence relatives à l'utilisation d'un tel engin ne pouvaient pas être retenues pour fonder une quelconque illicéité.

n’avait que 86 cm de haut, au lieu des 100 cm exigé par les normes SIA en vigueur depuis plus de 10 ans. En l’espèce, la victime s’était appuyée en arrière, voire assise sur la balustrade. Le Tribunal fédéral a estimé que le locataire connaissait bien les lieux et qu’il n’avait dès lors pas été surpris par la faible hauteur du garde-corps. Au contraire, son comportement constituait un usage inapproprié de l’ouvrage. Comme aucun élément ne permettait de penser avant l’accident qu’une modification du garde-corps s’imposait d’urgence pour des raisons de sécurité, on pouvait en conclure que l’ouvrage litigieux ne présentait pas un danger supérieur au risque reconnaissable par la victime, si bien que l’accident n’apparaissait pas comme la conséquence d’un défaut de l’ouvrage, mais comme celle du comportement adopté par la victime sous sa propre responsabilité³¹.

3. Responsabilité pour les auxiliaires

L’art. 55 al. 1 CO institue une responsabilité causale, qui ne nécessite pas de faute de la part du travailleur ou de l’employeur; il suffit que le travailleur ait causé un dommage par une action ou une omission. L’employeur peut cependant échapper à toute responsabilité s’il prouve qu’il n’a pas commis de faute et qu’il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner un dommage du genre de lui qui s’est produit.

La responsabilité de l’employeur ne s’étend pas cependant aux dommages découlant d’événements extraordinaires ou imprévisibles. Ainsi, dans le cadre d’une affaire où un musicien professionnel avait été victime d’une importante nuisance sonore en circulant à vélo à proximité d’un chantier, le Tribunal fédéral a nié toute responsabilité à la charge des entreprises concernés, précisément parce que le bruit extrême allégué par le demandeur, s’il était avéré, ne pouvait pas être anticipé par les défenderesses. Le fait que les ouvriers portaient des protections auditives découlait uniquement de leur exposition permanente à des bruits divers, d’une intensité et d’une agressivité néanmoins plus faibles que le bruit éventuellement à l’origine des lésions subies par le cycliste. Ces mesures de protection ne signifiaient pas qu’une nuisance sonore soudaine et particulièrement élevée était prévisible³².

4. Responsabilités objectives aggravées

En matière de **circulation routière**, le Tribunal fédéral a eu l’occasion de rappeler dans un arrêt du 9 août 2011 l’articulation entre les art. 58 et 59 LCR

³¹ Arrêt 4A_382/2012 du 3 octobre 2012, consid. 3.2 et 3.5.

³² Arrêt 4A_321/2011 du 3 octobre 2011, consid. 3 et 4.

d'une part et l'art. 61 al. 1 LCR d'autre part dans les cas où un détenteur subit lui-même une lésion corporelle. Cette dernière disposition ne contient aucune règle particulière de responsabilité et laisse subsister le principe de la responsabilité causale selon les art. 58 et 59 LCR; il s'agit d'une norme conçue pour une collision de responsabilités et qui ne s'applique que lorsque les détenteurs (y compris le lésé) sont responsables. Si l'un des détenteurs parvient à s'exonérer selon l'art. 59 al. 1 LCR, l'art. 61 al. 1 LCR ne lui est tout simplement pas applicable. Le message du Conseil fédéral indique clairement que s'il y a des lésions corporelles causées à un détenteur, les autres détenteurs impliqués dans l'accident sont causalement responsables et sont tenus à réparation même sans qu'il y ait faute de leur part. Pour tenir compte du fait que le lésé, en tant que détenteur, est aussi causalement responsable, il faut procéder à une répartition du fardeau du dommage, ce qui constitue l'objet de l'art. 61 al. 1 LCR. Dans ce contexte, dit le Tribunal fédéral, il faut procéder de la manière suivante:

- en cas de fautes des deux détenteurs, la répartition se fait en principe selon l'importance des fautes, mais chacun peut tenter de prouver que le risque inhérent au véhicule de l'autre a concrètement joué un rôle supérieur;
- en cas de faute d'un seul détenteur, celui-ci supporte en principe la totalité du préjudice, mais il peut apporter la preuve que des circonstances spéciales, notamment les risques inhérents à l'emploi de l'autre véhicule, justifient une répartition différente; si la faute commise n'est que légère, une quote-part peut être laissée à la charge de l'autre détenteur pour tenir compte du fait que le risque inhérent à son véhicule a aussi joué un rôle causal;
- s'il n'y a pas de faute (ou si aucune faute ne peut être prouvée en présence de deux versions inconciliables), il faut comparer les risques et, comme ceux-ci sont présumés égaux sauf preuve contraire, on s'achemine normalement vers une répartition à parts égales³³.

Dans le contexte de l'art. 61 al. 1 LCR, le point de savoir si le risque inhérent d'un véhicule dépasse de manière marquante celui d'un autre n'est pas fonction du risque abstrait desdits véhicules selon leur appartenance à des catégories différentes. Est au contraire déterminant le risque concret qui a influé sur le préjudice lors de l'accident. Il faut ainsi tenir compte notamment de la vitesse, du poids et de la stabilité du véhicule. En principe, le risque inhérent d'un motorcycle n'est pas plus élevé que celui d'une voiture, hormis circonstances particulières. Lorsqu'un motocycliste roulant à plus de 80 km/h heurte

³³ Arrêt 4A_270/2011 du 9 août 2011, consid. 3.2.

une voiture qui vient de démarrer et qui se déplace à seulement 9 km/h, le risque concret dans l’apparition du préjudice doit exceptionnellement être imputé au véhicule à deux roues. Si en plus, seule la faute du motocycliste a été prouvée, c’est lui qui doit supporter la totalité du préjudice par application de l’art. 61 al. 1 LCR, et le risque inhérent prépondérant à sa charge ne change rien à sa responsabilité³⁴.

Le détenteur d’un véhicule automobile est en soi également responsable civilement pour le *Schockschaden* subi par un tiers qui n’est en soi pas impliqué dans l’accident. En effet, celui qui reçoit un choc en apprenant la nouvelle de la mort d’un parent est directement lésé par l’événement accidentel et peut réclamer en tant que tel de l’auteur de l’accident une indemnité pour son propre préjudice de santé. Peu importe que la chaîne de causalité ait été plus longue que celle concernant les victimes présentes sur place³⁵.

5. Responsabilité médicale

Le médecin doit accomplir tous les actes qui paraissent appropriés, selon les règles de l’art médical, pour atteindre le but du traitement. Dans l’exécution de sa mission, le médecin doit mettre à disposition ses connaissances et ses capacités; il ne garantit cependant pas d’obtenir un résultat³⁶. En effet tout traitement médical et toute maladie comportent un certain nombre de risques immanents³⁷.

Un comportement illicite ou contraire à son devoir de diligence de la part d’un médecin peut être retenu lorsque le traitement prodigué au sein d’un hôpital est objectivement contraire aux règles de l’art médical. Les exigences qui doivent être posées à cet égard ne peuvent pas être fixées une fois pour toutes; elles dépendent des particularités de chaque cas, tels que la nature de l’intervention ou du traitement et les risques qu’ils comportent, la marge d’appréciation, le temps et les moyens disponibles, la formation et les capacités du médecin. Ce dernier répond en principe de toute violation de son devoir de diligence; sa responsabilité n’est pas limitée à la faute grave. Toute mesure ou omission dont on constate, a posteriori, qu’elle a causé le dommage, respectivement aurait permis de l’éviter, ne constitue pas en soi une violation du devoir de diligence. Une telle violation ne peut être admise que lorsqu’un diagnostic, une thérapie ou toute autre mesure médicale apparaît comme indéfendable (*nicht vertretbar*) au regard de l’état général des connais-

³⁴ Arrêt 4A_405/2011 du 5 janvier 2012, consid. 4.2 et 4.6.

³⁵ ATF 138 III 276, consid. 3.2.

³⁶ Arrêt 4A_266/2011 du 19 août 2011, consid. 2.1.2.

³⁷ Arrêt 4A_521/2011 du 5 mars 2012, consid. 3.1.

ces scientifiques et s'écarte des règles objectives de l'art médical³⁸. En effet, dans le diagnostic comme dans le choix d'une thérapie ou d'autres mesures, le médecin dispose souvent, selon l'état objectif de la science, d'une marge d'appréciation qui autorise un choix entre les différentes possibilités entrant en considération. Aussi n'engage-t-il pas nécessairement sa responsabilité pour ne pas avoir trouvé la solution qui était objectivement la meilleure lorsque l'on en juge ex post. Ces principes valent aussi pour les cas dans lesquels l'acte médical incriminé a eu de graves conséquences. La raison en est que le droit suisse de la responsabilité civile, dans son état actuel, ne permet pas au juge de moduler le degré de la diligence requise en fonction de la gravité de l'atteinte subie par le lésé, pas plus qu'il n'autorise à reconnaître la responsabilité du médecin et de ses auxiliaires au seul motif que cette solution serait équitable, étant donné la gravité des suites que l'acte médical a eues pour le patient ou ses proches³⁹.

En soi, une erreur de diagnostic n'équivaut pas encore à une violation des règles de l'art médical⁴⁰.

La jurisprudence admet cependant une responsabilité accrue de la part de l'établissement à l'égard des patients qui doivent être traités en raison du danger qu'ils représentent pour eux-mêmes et qui doivent être ainsi protégés par la clinique. Comme ainsi une erreur de traitement psychiatrique le médecin qui ne reconnaît pas un danger concret de suicide ou le risque de fuite, les estime mal ou n'en tient pas compte⁴¹.

Il appartient au lésé d'apporter la preuve de la violation de l'art médical, soit de tous les éléments de fait qui permettent d'admettre que le devoir de diligence du médecin n'a pas été respecté. Le défendeur doit pour sa part, le cas échéant, établir les faits susceptibles de nier sa responsabilité. Lorsqu'une violation des règles de l'art est établie, il appartient au médecin de prouver qu'il n'a pas commis de faute⁴².

Dans ce contexte, il peut parfois être difficile de distinguer les faits qui doivent être prouvés par l'une ou l'autre partie. On peut alors s'aider du principe de la règle générale. Ainsi, dans le cas d'une fillette de douze mois qui avait subi de graves lésions cérébrales suite à une sténose intervenue peu après une opération cardiaque, le Tribunal fédéral a considéré que le fait de ne pas avoir détecté à temps la sténose ne constituait une présomption de violation du

³⁸ Arrêt 4A_679/2010 du 11 avril 2011, consid. 6.2.

³⁹ Arrêt 4A_315/2011 du 25 octobre 2011, consid. 3.1.

⁴⁰ Arrêt 4A_760/2011 du 23 mai 2012, consid. 2.1.

⁴¹ Arrêt 4A_668/2010 du 17 février 2011.

⁴² Arrêt 4A_737/2011 du 2 mai 2012, consid. 2.3; arrêt 4A_499/2011 du 20 mars 2012, consid. 3.1.

devoir de diligence que s’il était établi que l’on peut en général détecter un tel problème et que la non-détection n’est que l’exception. En pareil cas, il appartient au médecin de prouver que la sténose n’était en l’espèce exceptionnellement pas détectable⁴³.

Savoir si le médecin a violé son devoir de diligence est une question de droit; dire s’il existe une règle professionnelle communément admise, quel était l’état du patient et comment l’acte médical s’est déroulé relève du fait. Dans une affaire genevoise concernant une mastectomie bilatérale, l’instruction avait démontré que l’ablation du sein droit, qui n’était pas malade et dont on n’avait pas de raison sérieuse de penser qu’il le soit, ne s’imposait pas et ne constituait pas une option médicalement reconnue. Il était donc correct, selon le Tribunal fédéral, de retenir en l’espèce une violation fautive du devoir de diligence du gynécologue, qui avait utilisé une méthode plus mutilante qu’il n’était nécessaire⁴⁴. Par contre, s’il est établi qu’un urologue privé a expliqué à son patient, en présence d’un fort soupçon de cancer de la prostate, qu’il devait prendre rendez-vous avec l’urologue de l’hôpital qui allait s’occuper de son cas, son rôle se termine à ce moment-là, sauf à prouver par le patient ou ses ayants-droits que les règles de l’art imposent à l’urologue privé de suivre encore le cas, en parallèle avec son confrère de l’hôpital, ou de faire pression sur le patient pour qu’il consulte effectivement le confrère en question⁴⁵. Il n’y a pas non plus de violation des règles de l’art s’il résulte de l’instruction que l’inflammation subie par un patient peu après une opération du nez peut s’expliquer par deux hypothèses distinctes, dans la mesure où chacune des deux hypothèses en question n’implique pas nécessairement une erreur de la part du médecin recherché⁴⁶.

Dans le domaine médical, l’existence d’une **faute** devra être admise, en règle générale, lorsqu’une violation du devoir de diligence aura été constatée. Qu’une telle violation soit communément, quoiqu’improprement, appelée «faute professionnelle» est du reste assez symptomatique à cet égard⁴⁷.

Par ailleurs, le mandat confié au médecin implique pour lui un **devoir d’information** à l’égard du patient. Le médecin doit donner à celui-ci, en termes clairs, intelligibles et aussi complets que possible, une information sur le diagnostic, la thérapie, le pronostic, les alternatives au traitement proposé, les risques de l’opération, les chances de succès, éventuellement sur l’évolution spontanée de la maladie et les questions financières, notamment

⁴³ Arrêt 4A_679/2010 du 11 avril 2011, consid. 6.5.3.1.

⁴⁴ Arrêt 4A_266/2011 du 19 août 2011, consid. 2.1.2 et 2.1.5.

⁴⁵ Arrêt 4A_737/2011 du 2 mai 2012, consid. 2.5.

⁴⁶ Arrêt 4A_683/2010 du 22 novembre 2011, consid. B.

⁴⁷ Arrêt 4A_315/2011 du 25 octobre 2011, consid. 3.3.

relatives à l'assurance; des exceptions ne sont admises que dans des cas très précis, par exemple lorsqu'il s'agit d'actes courants sans danger particulier et n'entraînant pas d'atteinte définitive ou durable à l'intégrité corporelle, s'il y a une urgence confinant à l'état de nécessité, si, dans le cas d'une opération en cours, il y a nécessité évidente d'en effectuer une autre ou encore si le patient a déjà subi une ou plusieurs opérations du même genre (pour autant qu'il ne s'agisse pas d'une intervention particulièrement délicate quant à son exécution ou à ses conséquences). C'est au médecin qu'il appartient de prouver qu'il a renseigné correctement le patient. Dans le cas de la mastectomie bilatérale cité plus haut, le Tribunal fédéral a retenu une violation de ce devoir, car la patiente avait compris qu'elle devait accepter la double ablation pour se protéger contre une apparition du cancer dans le sein droit, alors même qu'il existait des alternatives thérapeutiques moins invasives sur lesquelles elle n'avait pas été renseignée⁴⁸.

S'il appartient au médecin de prouver que le consentement du patient à la lésion corporelle qu'implique un traitement a été donné sur la base d'une information suffisante, il en va différemment du devoir d'information général du médecin en dehors de toute atteinte à l'intégrité corporelle. Dans ce dernier cas, le devoir d'information est une obligation contractuelle comme une autre et il incombe au patient de prouver que le contrat a été mal exécuté sur ce point⁴⁹.

Le consentement éclairé du patient constitue un fait justificatif à l'atteinte à l'intégrité corporelle que représente une intervention médicale touchant une partie du corps ou qui lèse ou diminue, de manière non négligeable et au moins temporairement, les aptitudes ou le bien-être physique du patient. L'exigence de ce consentement découle ainsi du droit à la liberté personnelle et à l'intégrité corporelle. Il suppose, d'une part, que le patient ait reçu du médecin l'ensemble de l'information précitée, et d'autre part que la **capacité de discernement** du patient lui permette de se déterminer sur la base des informations reçues. Est capable de discernement au sens de l'art. 16 CC, toute personne qui n'est pas dépourvue de la faculté d'agir raisonnablement à cause de son jeune âge, ou qui n'en est pas privée par suite de maladie mentale, de faiblesse d'esprit, d'ivresse ou d'autres causes semblables. La capacité de discernement est la règle. Elle est présumée. Celui qui en allègue l'absence doit prouver l'incapacité de discernement au degré de la vraisemblance prépondérante. En revanche, lorsque l'expérience de la vie conduit à présumer (par exemple pour les jeunes enfants, en présence de certaines affections psychiques ou pour les personnes affaiblies par l'âge) que la personne en cause,

⁴⁸ Arrêt 4A_266/2011 du 19 août 2011, consid. 2.1.2 et 2.1.5.

⁴⁹ Arrêt 4A_737/2011 du 2 mai 2012, consid. 2.2.

en fonction de sa constitution, ne doit pas être jugée capable de discernement, la preuve est considérée comme suffisamment rapportée et la présomption renversée. L’autre partie peut alors tenter de prouver un intervalle de lucidité. La jurisprudence développée sur la présomption d’incapacité de discernement en matière successorale est également applicable en ce qui concerne le consentement éclairé du patient, tout au moins dans la mesure où rien n’indique que l’information donnée par le médecin aurait été d’un abord intellectuel plus ardu qu’un règlement successoral⁵⁰. A propos d’une opération de chirurgie esthétique dont les enjeux ne présentaient pas une complexité extraordinaire, le Tribunal fédéral a considéré que de simples troubles de la mémoire et du langage ne suffisaient pas à renverser la présomption générale de discernement⁵¹.

En l’absence de consentement éclairé, la jurisprudence reconnaît au médecin la faculté de soulever le moyen du **consentement hypothétique** du patient. Le praticien doit alors établir que le patient aurait accepté l’opération même s’il avait été dûment informé. Le fardeau de la preuve incombe au médecin, le patient devant toutefois collaborer à cette preuve, en rendant vraisemblables ou au moins en alléguant les motifs personnels qui l’auraient incité à refuser l’opération s’il en avait connu les risques. A défaut, le juge pourra déterminer de façon objective s’il aurait été compréhensible qu’un patient raisonnable refuse l’intervention⁵². Dans une affaire concernant l’ablation d’un cholestéatome, soit une sorte d’inflammation de l’oreille interne, le Tribunal fédéral a admis le consentement hypothétique de la patiente, en se fondant tout d’abord sur le fait que le médecin, s’il avait correctement informé la demanderesse des risques inhérents à ce type d’intervention, aurait aussi mentionné les risques largement plus importants que courait la patiente en renonçant à une opération. L’expert avait à cet égard parlé de bombe médicale à retardement, mentionnant comme conséquences possible de la maladie non traitée notamment une perte totale de l’audition et une méningite. Le tribunal a aussi retenu que la patiente avait déjà subi une opération similaire au Portugal, laquelle s’était bien déroulée⁵³.

6. Responsabilité de l’avocat et du mandataire

N’agit pas avec soin et diligence au sens de l’art. 12 lit. a LLCA l’avocat qui remet des documents soumis au secret professionnel à l’employé d’un restau-

⁵⁰ Arrêt 6B_869/2010 du 16 septembre 2011, consid. 4.1 à 4.3.

⁵¹ Arrêt 6B_869/2010 du 16 septembre 2011, consid. 5.

⁵² Arrêt 4A_499/2011 du 20 mars 2012, consid. 5.1.

⁵³ Arrêt 4A_499/2011 du 20 mars 2012, consid. 5.2.

rant à l'attention de son client, qui fréquente comme lui régulièrement l'établissement en question⁵⁴.

Il n'est pas arbitraire de la part d'une instance cantonale de considérer qu'il appartient à un exécuteur testamentaire, qui a soutenu comme avocat dans le cadre d'une procédure de divorce que son client n'avait pas droit à une participation au résultat de son employeur, de vérifier ensuite après le décès de son client que tel était bien le cas, par exemple en interpellant l'employeur en question⁵⁵.

Dans une affaire concernant un contrat prévoyant la dissolution d'une structure off-shore qui visait à soustraire au fisc le bénéfice réalisé par une entreprise suisse, le Tribunal fédéral a admis que le conseil de la partie qui avait accepté de quitter cette structure avait violé son obligation de diligence dans ce sens où il avait omis d'examiner la question des risques fiscaux futurs et d'exiger l'introduction dans le contrat d'une clause de solde de tout compte et de toute prétention entre parties. Ainsi, le cocontractant de la cliente en question avait pu l'actionner ultérieurement et obtenir de sa part dans le cadre d'une procédure arbitrale le remboursement de la moitié de l'impôt anticipé qu'il avait dû payer à la Confédération, soit plus de 5,6 millions de francs⁵⁶.

Lorsque le mandat n'est pas exécuté avec soin, le mandant peut réclamer une réduction des honoraires prévus en application de l'art. 394 al. 3 CO. Si le résultat du mandat défectueux est totalement inutilisable pour le mandant, ce dernier ne doit alors aucune rémunération. Dans la mesure où le client a déjà payé des honoraires, sous forme de provisions, la créance en remboursement de ces provisions est de nature contractuelle. Elle est ainsi soumise à un délai de prescription de 10 ans, et non pas au délai d'une année prévu par l'art. 67 CO en cas d'enrichissement illégitime. En effet, le paiement de provisions et le remboursement de ce qui excède les honoraires finalement dus reposent sur un accord entre les parties. Par ailleurs, lorsque les honoraires sont réduits pour cause d'exécution imparfaite du mandat, voire supprimés lorsque le résultat est inutilisable, il ne s'agit en réalité que de rétablir l'équilibre entre les prestations fournies par chacune des parties; on se trouve ainsi clairement dans un cadre contractuel⁵⁷.

⁵⁴ Arrêt 2C_247/2010 du 16 février 2011, consid. 7.

⁵⁵ Arrêt 5A_111/2011 du 20 avril 2011, consid. 2.1.2.

⁵⁶ Arrêt 4A_588/2011 du 3 mai 2012, consid. 3.

⁵⁷ Arrêt 4A_89/2012 du 17 juillet 2012, consid. 3.1 et 3.2.

7. Responsabilité de l’Etat

Dans le cadre de la loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (LRFC; RS 170.32), la condition de l’illicéité (art. 3 al. 1, «sans droit») suppose que l’Etat, au travers de ses organes ou de ses agents, ait violé des prescriptions destinées à protéger un bien juridique. Selon les circonstances, un excès ou un abus du pouvoir d’appréciation conféré par la loi peut réaliser cette condition. Une omission peut aussi, le cas échéant, constituer un acte illicite, mais il faut alors qu’il ait existé, au moment déterminant, une norme juridique qui sanctionnait explicitement l’omission commise ou qui imposait à l’Etat de prendre en faveur du lésé la mesure omise; un tel chef de responsabilité suppose donc que l’Etat ait eu une position de garant vis-à-vis du lésé et que les prescriptions qui déterminent la nature et l’étendue de ce devoir aient été violées⁵⁸. Lorsque l’illicéité reprochée procède d’un acte juridique (une décision, un jugement, en particulier), seule la violation d’une prescription importante des devoirs de fonction est en principe susceptible d’engager la responsabilité de la Confédération, le fait de rendre une décision qui se révèle par la suite inexacte, contraire au droit ou même arbitraire ne suffisant pas. Il y a abus du pouvoir d’appréciation lorsque l’autorité, tout en restant dans les limites du pouvoir d’appréciation qui est le sien, se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou viole des principes généraux du droit tels que l’interdiction de l’arbitraire et de l’inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité. Commet un excès positif de son pouvoir d’appréciation, l’autorité qui exerce son appréciation alors que la loi l’exclut, ou qui, au lieu de choisir entre les deux solutions possibles, en adopte une troisième⁵⁹. Dans une affaire dans laquelle il a appliqué cette jurisprudence au droit vaudois de la responsabilité de l’Etat⁶⁰, le Tribunal fédéral a considéré que des gendarmes n’avaient pas abusé de leur pouvoir d’appréciation en dénonçant un automobiliste mesuré sur une distance de 686 mètres à une vitesse largement excessive, alors même que la réglementation en la matière exigeait une mesure sur 1000 mètres. Notre Haute Cour a aussi tenu compte du fait que se posait aussi en l’espèce la question de la conformité technique

⁵⁸ Arrêt 2C_397/2012 du 19 novembre 2012, consid. 3.3.

⁵⁹ Arrêt 2C_852/2011 du 10 janvier 2012, consid. 4.3; voir aussi l’arrêt 2C_275/2012 du 11 décembre 2012, consid. 3.2.

⁶⁰ En l’absence de disposition spécifique de droit cantonal, le Tribunal fédéral applique la notion d’acte illicite telle que définie par la jurisprudence fédérale: arrêt 2C_1135/2012 du 23 janvier 2013, consid. 4.3.1.

du véhicule du demandeur, qui avait remplacé le catalyseur par un simple tube métallique⁶¹.

Dans une affaire schwyzoise, le Tribunal fédéral a confirmé qu'il n'était pas arbitraire de considérer, dans certaines circonstances, qu'un juge civil unique n'avait pas manifestement excédé son pouvoir d'appréciation en fixant seulement à 150'000 francs les sûretés à déposer par l'acheteur d'une machine pour en obtenir la livraison immédiate par voie de mesures d'extrême urgence. En l'occurrence, alors que le dommage potentiel était d'environ 400'000 francs, le juge en question avait tenu compte des paiements et livraisons partiels déjà effectués par les parties. La responsabilité de la collectivité publique a donc été niée, alors même que le Tribunal fédéral ait dû admettre que la sûreté exigée était objectivement trop basse. A noter encore que le Tribunal administratif du Canton de Schwyz avait d'ores et déjà admis la responsabilité du district concerné à hauteur de 150'000 francs, en raison du fait que le tribunal avait tardé, au sens du droit français, à encaisser le chèque tiré sur une banque française et déposé en garantie par l'acheteur⁶².

Comme en droit privé, est considérée comme illicite la violation de principes généraux du droit, telle l'obligation, pour celui qui crée une situation dangereuse, de prendre les mesures propres à prévenir un dommage. Une omission peut aussi, le cas échéant, constituer un acte illicite, mais il faut alors qu'il ait existé, au moment déterminant, une norme juridique qui sanctionnait explicitement l'omission commise ou qui imposait à l'Etat de prendre en faveur du lésé la mesure omise; un tel chef de responsabilité suppose donc que l'Etat ait eu une position de garant vis-à-vis du lésé et que les prescriptions qui déterminent la nature et l'étendue de ce devoir aient été violées. Si le fait dommageable consiste dans l'atteinte à un droit absolu (comme la vie ou la santé humaine, ou le droit de propriété), l'illicéité est d'emblée réalisée, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si et de quelle manière l'auteur a violé une norme de comportement spécifique; on parle à ce propos d'illicéité par le résultat (*Erfolgsunrecht*). Si, en revanche, le fait dommageable constitue une atteinte à un autre intérêt (par exemple le patrimoine), l'illicéité suppose qu'il existe un «rapport d'illicéité», soit que l'auteur ait violé une norme de comportement ayant pour but de protéger le bien juridique en cause; c'est ce que l'on appelle l'illicéité par le comportement (*Verhaltensunrecht*). La simple lésion du droit patrimonial d'un tiers n'emporte donc pas, en tant que telle, la réalisation d'un acte illicite; il faut encore qu'une règle de comportement de l'ordre juridique interdise une telle atteinte et que cette règle ait pour but la protection du bien lésé. Lorsque l'illicéité reprochée procède d'un acte juridi-

⁶¹ Arrêt 2C_852/2011 du 10 janvier 2012, consid. 4.4.

⁶² Arrêt 2C_550/2011 du 28 novembre 2011, consid. 2.3.

que (une décision, un jugement, etc.), seule la violation d’une prescription importante des devoirs de fonction est susceptible d’engager la responsabilité de la Confédération. L’illicéité peut être levée en présence de motifs justificatifs, tels que la légitime défense, le consentement du lésé ou l’accomplissement d’un devoir légal⁶³.

Dans une affaire fribourgeoise, se fondant précisément sur la notion d’illicéité par le comportement, le Tribunal fédéral a exclu toute responsabilité en faveur d’un home médicalisé à la charge d’une commune qui avait refusé l’aide sociale à une personne indigente (au motif qu’elle n’avait pas collaboré à l’établissement des faits). En effet, un éventuel acte illicite de la collectivité publique n’aurait pas porté atteinte à un droit absolu, mais au droit de la personne dans le besoin de bénéficier de l’aide sociale. Or, les dispositions en la matière tendent à assurer l’entretien de la personne qui sollicite cette aide; elles n’ont pas pour but de permettre à la société exploitant un home d’obtenir le remboursement des prestations fournies à la personne concernée lors de son séjour dans cet établissement⁶⁴.

En soi, un concours entre une action en responsabilité fondée sur le droit civil et une action de droit public contre un canton ou une commune est parfaitement concevable, aussi longtemps que l’un des deux droit entrant en considération ne prévoit pas une règle d’exclusivité ou de subsidiarité. En pareil cas, si des tribunaux différents sont compétents pour chacune des actions, chaque tribunal examine le bien-fondé de la prétention le concernant, sans préjuger de l’autre action. C’est dire que si un tribunal administratif considère qu’une action de droit public dirigée contre un canton est périmée, cela n’exclut pas encore nécessairement l’existence et la validité d’une créance de droit privé⁶⁵.

En droit fédéral, le respect du délai de péremption prévu par l’art. 20 LRCF est l’une des conditions matérielles à la responsabilité de la Confédération. C’est au demandeur qu’il appartient de prendre les mesures nécessaires pour respecter ce délai, et il n’existe pas, à la charge de l’administration, de devoir d’attirer l’attention des lésés potentiels sur un délai de péremption proche de son échéance⁶⁶.

⁶³ Arrêt 2C_84/2012 (destiné à la publication) du 15 décembre 2012, consid. 4.2; voir aussi l’arrêt 2C_275/2012 du 11 décembre 2012, consid. 3.2.

⁶⁴ Arrêt 2C_275/2012 du 11 décembre 2012, consid. 4.3.

⁶⁵ Arrêt 2C_707/2010 du 15 avril 2011, consid. 3.3.2.

⁶⁶ Arrêt 2C_640/2011 du 1^{er} février 2012, à propos de la responsabilité supposée du consulat suisse de Santiago dans l’organisation des recherches d’un citoyen suisse disparu au Chili.

8. Responsabilité en matière d'activités de loisirs

Dans un arrêt du 9 octobre 2012, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de rappeler en matière d'**accidents de ski** que pour déterminer les devoirs imposés par la prudence sur les pistes, on peut se référer aux règles établies par la Fédération Internationales de Ski (FIS). Il en a profité pour rappeler la portée de quatre règles importantes:

- En vertu de la règle FIS n° 1, tout skieur doit se comporter de telle manière qu'il ne puisse mettre autrui en danger ou lui porter préjudice. Cette disposition énonce une *règle générale de prudence*, applicable à défaut de disposition spéciale, par exemple lorsque les intéressés skient à la même hauteur ou en sens inverse. Le skieur qui termine une descente doit, conformément à la portée de cette règle, observer les précautions commandées par les circonstances et compter avec le risque qu'un skieur inattentif se mette sur son chemin.
- La règle FIS n° 2 exige que le skieur descende «à vue», par quoi on entend qu'il doit *adapter sa vitesse à sa distance de visibilité* et skier de telle manière qu'il puisse s'arrêter ou effectuer une manœuvre d'évitement en présence d'un obstacle prévisible survenant dans son champ de vision. Elle est considérée comme essentielle. Dans l'hypothèse où il ne peut ni éviter l'obstacle ni s'arrêter, le skieur doit prévenir une collision violente en se laissant tomber. Il faut être plus prudent à proximité de la fin de la piste ou de la station inférieure d'un skilift, où l'on doit s'attendre à rencontrer des skieurs qui se trouvent déjà là ou qui s'approchent en venant d'une autre direction.
- La règle FIS n° 3 oblige le *skieur amont*, dont la position dominante permet le choix d'une trajectoire, de prévoir une direction qui assure la sécurité du skieur aval. Le skieur amont est, autrement dit, débiteur de la priorité. Il doit être à même de freiner, de s'arrêter ou encore de dévier sa trajectoire si ce comportement est commandé par la sécurité du skieur aval. L'adoption de cette disposition a pour but de sauvegarder la liberté d'évolution du skieur aval, liberté essentielle pour la pratique du ski alpin. Le skieur aval doit pouvoir descendre, virer et même tomber, sans avoir à craindre le skieur amont. Le non-prioritaire peut cependant invoquer le principe de la confiance lorsque le prioritaire ne se comporte pas de façon réglementaire, par exemple s'arrête sans nécessité sur les pistes ou dans les passages étroits ou sans visibilité.
- En vertu de la règle FIS n° 4, le *dépassement* peut s'effectuer, par amont ou par aval, par la droite ou par la gauche, mais toujours de manière assez large pour prévenir les évolutions du skieur dépassé.

En l’espèce, une distance de 2 à 5 mètres, voire de 6 mètres, n’a pas été considérée comme suffisante⁶⁷.

A propos d’une noyade dont avait été victime un jeune écolier de 7 ans pendant un **cours de natation**, le Tribunal fédéral a confirmé que l’on pouvait admettre une violation du devoir de négligence de l’institutrice en raison du fait qu’elle s’était assise au bout du bassin, à 3,6 mètres de celui-ci, sur une marche haute de 69 centimètre par rapport au sol. En effet, elle aurait eu une meilleure vue d’ensemble sur les 12 enfants de son groupe si elle était restée debout. Le Tribunal fédéral a néanmoins admis le recours de l’accusée sur ce point (notamment), parce que le jugement attaqué ne permettait pas de déterminer si elle aurait effectivement pu mieux observer la victime elle-même en agissant correctement⁶⁸.

9. Responsabilité du fait des produits

Lorsqu’un produit défectueux cause la mort d’une personne ou provoque chez elle des lésions corporelles au sens de l’art. 1 al. 1 lit. a LRFP, il est sans importance de savoir si le produit a été utilisé dans le cadre d’une activité privée ou professionnelle, et le fait par exemple qu’une prothèse de hanche ait été utilisée à l’occasion d’un service de nature professionnelle ne saurait lui enlever la qualité de produit au sens de la LRFP⁶⁹.

Selon l’art. 4 al. 1 LRFP, un produit est défectueux lorsqu’il n’offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s’attendre compte tenu de toutes les circonstances, notamment de sa présentation, de l’usage qui peut en être raisonnablement attendu et du moment de sa mise en circulation. Le défaut au sens de la LRFP se rapporte au niveau de sécurité du produit, et non pas à l’aptitude du produit à l’usage; la notion ne correspond ainsi pas à celle du défaut en matière de responsabilité contractuelle. Cela découle du but de la responsabilité du fait des produits, qui tend à protéger le consommateur contre les dommages causés à sa santé ou à ses biens par un produit défectueux. La sécurité attendue dans un cas donné s’apprécie de manière objective, en fonction des attentes du consommateur moyen. Il appartient au lésé de prouver le défaut. Même si parfois une preuve stricte n’est pas possible ou ne peut être raisonnablement exigée, il n’en découle pas un renversement du fardeau de la preuve au détriment du producteur.

Dans une affaire de prothèse de hanche, le tribunal fédéral a considéré que l’examen de la prothèse litigieuse eût permis d’établir s’il y avait ou non dé-

⁶⁷ Arrêt 6B_345/2012 du 9 octobre 2012, consid. 2.2.1 à 2.2.3.

⁶⁸ Arrêt 6B_941/2010 du 9 juin 2011, consid. 4.4.

⁶⁹ ATF 137 III 226, consid. 2.3.

faut de fabrication, à savoir une erreur intervenue dans le processus de fabrication d'un produit en soi bien conçu; selon toute probabilité, la lésée aurait alors été en mesure d'apporter une preuve stricte. Or, une telle démarche s'était révélée impossible parce que la patiente, respectivement le médecin qui avait pratiqué l'intervention, n'avaient pas conservé la prothèse retirée lors d'une opération postérieure; la prothèse litigieuse n'avait ainsi pas été produite dans la procédure du fait de la lésée. Toute possibilité de contre-preuve était pratiquement exclue pour la société productrice. En conséquence, rien ne pouvait être déduit au détriment de la défenderesse du fait qu'elle n'avait pas apporté cette contre-preuve, ce d'autant moins qu'elle ne supportait pas le fardeau de la preuve et n'avait pas à démontrer l'absence de défaut⁷⁰.

10. La reconnaissance de responsabilité

Dans une affaire genevoise de responsabilité médicale, l'assureur du médecin impliqué avait adressé au conseil des demandeurs un courriel selon lequel le praticien acceptait sur le principe que sa responsabilité soit engagée tout en précisant que cette reconnaissance de responsabilité ne signifiait pas ipso facto que l'assureur ne tiendrait pas compte d'éventuels facteurs de réduction. Dans une lettre du même jour, l'assureur avait écrit au même conseil que son assuré reconnaissait avoir commis une erreur de diagnostic lors du traitement de son patient, qui avait conduit au décès de ce dernier, mais qu'il restait à déterminer dans quelle mesure cette erreur était en relation de causalité avec le décès du patient.

Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a tout d'abord rappelé que la portée de la reconnaissance de responsabilité est discutée en doctrine. Pour certains, il s'agit le plus souvent de déclarations portant sur des faits, qui ne fondent aucun engagement juridique; en cas de procès, elles peuvent uniquement valoir comme indice lors de l'appréciation des preuves. Pour d'autres, la reconnaissance de responsabilité constitue une reconnaissance de dette au sens de l'art. 17 CO, car une dette peut être reconnue quant à son principe seulement. Dans un arrêt de 1970 publié au recueil officiel, le Tribunal fédéral n'avait pas exclu qu'une reconnaissance de responsabilité puisse comprendre une reconnaissance de dette; la question n'ayant toutefois pas besoin d'être tranchée, dès lors que la déclaration en cause, entachée d'une erreur essentielle, ne liait pas son émetteur. Dans un arrêt 23 mai 2012, notre Haute Cour a tout d'abord examiné le sens qui pouvait être raisonnablement prêté aux deux déclarations précitées, et en a déduit qu'elles ne pouvaient pas être comprises

⁷⁰ ATF 137 III 226, consid. 3.2.

comme une reconnaissance de responsabilité pure et simple, soit une reconnaissance de dette portant l’engagement de réparer le préjudice consécutif au décès du patient, seuls les montants à verser étant encore en jeu. Sans le dire expressément, le Tribunal fédéral admet donc en soi qu’un tel engagement est possible, toute en précisant que cela n’aurait pas empêché le débiteur d’invoquer la non-validité de la dette reconnue et de se prévaloir de toutes les objections et exceptions affectant le rapport de base, sauf si les parties avaient conclu une convention d’exclusion des exceptions ou une novation, laquelle ne se présume pas (art. 116 al. 1 CO)⁷¹.

III. Causalité – Kausalität

1. Causalité naturelle

Il y a causalité naturelle entre deux événements lorsque, sans le premier, le second ne se serait pas produit; il n’est pas nécessaire que l’événement considéré soit la cause unique ou immédiate du résultat. L’existence d’un lien de causalité naturelle entre le fait générateur de responsabilité et le dommage est une question de fait que le juge doit trancher selon la règle de la vraisemblance prépondérante. En pareil cas, l’allègement de la preuve se justifie par le fait que, en raison de la nature même de l’affaire, une preuve stricte n’est pas possible ou ne peut être raisonnablement exigée de celui qui en supporte le fardeau⁷². La vraisemblance prépondérante suppose que, d’un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l’exactitude d’une allégation, sans que d’autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n’entrent raisonnablement en considération. Il y a violation du droit fédéral si le juge impose à la partie chargée de la preuve d’établir les faits avec certitude alors que le degré de preuve requis est la vraisemblance prépondérante. La «haute vraisemblance» correspond à la vraisemblance prépondérante⁷³.

Il n’est en soi pas exclu de retenir un lien de causalité naturelle même lorsque la fréquence avec laquelle une cause particulière débouche sur une conséquence dommageable est relativement faible. Dans un arrêt de décembre 2012, le Tribunal fédéral a ainsi considéré qu’il n’était pas arbitraire d’admettre que les complications présentées par un patient de l’Hôpital cantonal de Genève constituaient une conséquence de l’intervention chirurgicale qu’il avait subi dans cet établissement quand bien même les complications présentées en l’espèce ne sont déclenchées que dans 13% des cas par une

⁷¹ Arrêt 4A_760/2011 du 23 mai 2012, consid. 2.1.

⁷² Arrêt 4A_315/2011 du 25 octobre 2011, consid. 3.2. Voir aussi l’arrêt 4A_540/2010 du 8 février 2011, consid. 1.1.

⁷³ Arrêt 4A_760/2011 du 23 mai 2012, consid. 3.2 et 3.2.1.

opération chirurgicale, soit un pourcentage qui ne permet pas à lui seul d'établir un rapport de causalité naturelle. La conséquence de dates, liée au fait qu'une opération chirurgicale est une cause connue pour de telles complications, avait permis à la cour cantonale de se convaincre que la biopsie était bien la cause de ces complications, ce qui ne constitue pas un raisonnement arbitraire⁷⁴.

Il y a également causalité naturelle en cas de **cause partielle**. Ainsi, la causalité entre le décès accidentel d'un jeune homme et la dépression des ses parents doit être admise même si d'autres événements, dont le détenteur du véhicule impliqué ne doit pas répondre, ont contribué à porter atteinte à leur santé, tels que les circonstances dans lesquelles la tragique nouvelle leur a été apportée⁷⁵. Il n'est pas nécessaire que l'acte dommageable constitue la cause principale du dommage; le juge n'a pas à comparer le poids respectif des diverses causes ayant joué un rôle, car doit être considéré comme causal sur le plan naturel tout événement qui s'est avéré indispensable pour atteindre le résultat. La causalité ne doit être niée que s'il apparaît que le même dommage serait survenu sans l'accident. Ainsi, la causalité naturelle doit être admise lorsque le dommage est une conséquence indirecte d'un événement déterminé, par exemple quand des troubles de l'adaptation sont une conséquence des douleurs et des difficultés neuropsychologiques engendrées par un accident⁷⁶.

En cas d'omission, la question de la causalité ne se présente pas de la même manière qu'en cas de commission. Il faut procéder par hypothèses et se demander si l'accomplissement de l'acte omis aurait, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, évité la survenance du résultat qui s'est produit. Pour l'analyse des conséquences de l'acte supposé, il faut appliquer les concepts généraux de la causalité naturelle et de la causalité adéquate⁷⁷. C'est dire que les concepts propres à la causalité adéquate, le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, jouent en cas d'omission déjà un rôle au stade de la causalité naturelle, si bien qu'il n'est souvent pas utile, d'examiner encore si la causalité adéquate est bien réalisée. Si la causalité hypothétique est exclusivement admise par le juge sur la base de l'expérience générale de la vie, elle relève alors du droit et sera soumise au libre examen du Tribunal fédéral⁷⁸.

⁷⁴ Arrêt 4A_329/2012 du 4 décembre 2012, consid. 2.3.

⁷⁵ ATF 138 III 276, consid. 3.3.

⁷⁶ Arrêt 4A_444/2010 du 22 mars 2011, consid. 4.4, au sujet de l'interaction probable entre une chute dans les escaliers et un accident de bateau, lequel n'avait pas causé de blessures visibles.

⁷⁷ Arrêt 6B_419/2012 du 16 octobre 2012, consid. 2.6; arrêt 6B_468/2012 du 24 octobre 2012, consid. 2.6.

⁷⁸ Arrêt 4A_588/2011 du 3 mai 2012, consid. 2.2.2.

Ainsi, la causalité hypothétique a été admise à la charge d’un chef de chantier qui n’avait pas suffisamment instruit et surveillé ses subordonnés s’agissant du respect des normes de sécurité en matière de travail sur une échelle et de leur caractère impératif. S’il l’avait fait, dit le Tribunal fédéral, il est hautement vraisemblable le chef d’équipe n’aurait pas ordonné à la victime de monter à l’échelle sans protection et celle-ci n’aurait pas fait de chute mortelle. Le responsable ne saurait se prévaloir du fait que le chef d’équipe et le contremaître connaissaient les règles de sécurité et qu’ils ne les ont pas appliquées. En effet, si le chef de chantier avait rappelé que les normes de sécurité étaient impératives et qu’il en avait contrôlé le respect, l’accident ne se serait pas produit. En d’autres termes, son intervention et sa surveillance auraient permis, selon le cours ordinaire des choses et l’expérience de la vie, d’éviter l’accident⁷⁹.

Dans le même ordre d’idée, le Tribunal fédéral a considéré que la causalité naturelle devrait être admise entre l’autorisation donnée à une patiente par le médecin d’une clinique psychiatrique de partir se promener seule à l’extérieur et le suicide de la patiente survenu quelques jours après sa disparition lors de la promenade en question. Le fait que l’on ignore ce qu’a fait la victime entre sa fugue et son suicide ne permet pas de nier la causalité, précisément parce qu’on ne dispose ainsi d’aucun élément de fait susceptible d’interrompre le lien de causalité. Peu importe encore le fait que la patiente aurait pu tôt ou tard de toute façon s’ôter la vie, car tenir compte de cet élément reviendrait à nier systématiquement toute responsabilité médicale en cas de décès, chaque patient étant amené à décéder un jour⁸⁰.

En ce qui concerne les accidents de type «**coup du lapin**», le Tribunal fédéral a précisé dans un arrêt de février 2011 qu’il n’existe pas en droit de la responsabilité civile une limitation des moyens de preuve. Le fait qu’en droit des assurances sociales, les expertises biomécaniques et les analyses d’accident soient prises en compte dans le cadre de l’examen de la causalité adéquate, une fois que la causalité naturelle est admise, ne signifie pas encore que ce type de preuves ne peut être utilisé que pour établir les faits propres à juger de la causalité adéquate. Ainsi, la prise en compte, parmi d’autres moyens de preuves, d’expertises biomécaniques et d’analyses d’accident déjà au stade de la causalité naturelle ne viole pas le droit fédéral. Dans le cas présent, le Tribunal cantonal ne s’était pas fondé uniquement sur une expertise biomécanique, mais avait procédé à une appréciation globale de toutes les preuves disponibles. Or le lien de causalité naturelle ne résultait pas de l’expertise médicale. Ainsi, comme l’expert biomécanique ne pouvait pas expliquer la persis-

⁷⁹ Arrêt 6B_468/2012 du 24 octobre 2012, consid. 2.7.

⁸⁰ Arrêt 4A_668/2010 du 17 février 2011, consid. 2.8.

tance des troubles médicaux, il n'était pas arbitraire, en fin de compte, de considérer que le lien de causalité naturelle n'avait pas été prouvé⁸¹.

2. Causalité adéquate

Lorsque la causalité naturelle est établie, il faut encore rechercher si le comportement incriminé est la cause adéquate du résultat. Tel est le cas lorsque, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le comportement était propre à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit; il s'agit là d'une question de droit que le Tribunal fédéral revoit librement. La causalité adéquate sera admise même si le comportement de l'auteur n'est pas la cause directe ou unique du résultat. Peu importe que le résultat soit dû à d'autres causes, notamment à l'état de la victime, à son comportement ou à celui de tiers. La causalité adéquate suppose une prévisibilité objective. Il faut se demander si un tiers observateur neutre, voyant l'auteur agir dans les circonstances où il agit, pourrait prédire que le comportement considéré aura très vraisemblablement les conséquences qu'il a effectivement eues, quand bien même il ne pourrait prévoir le déroulement de la chaîne causale dans ses moindres détails. L'acte doit être propre, selon une appréciation objective, à entraîner un tel résultat ou à en favoriser l'avènement, de telle sorte que la raison conduit naturellement à imputer le résultat à la commission de l'acte. Ainsi par exemple, la violation de la règle imposant aux conducteurs de ne pas dépasser la vitesse qui leur permet de s'arrêter sur la distance visible est propre à entraîner le décès du piéton qui n'a pas pu être vu à temps⁸².

Les critères développés pour déterminer l'existence d'un lien de causalité adéquate pourraient bien être également applicables pour limiter l'indemnisation du *Schockschaden*, même si le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte dans un arrêt publié aux ATF 138 III 276. En effet, même si celui qui reçoit un choc en apprenant la nouvelle de la mort par accident d'un parent est directement lésé par l'événement accidentel et peut réclamer en tant que tel de l'auteur de l'accident une pleine indemnisation, se pose la question des conditions dans lesquelles un tel dommage peut encore être considéré comme la conséquence adéquate de l'accident en question. La doctrine propose à cet égard d'examiner l'intensité des liens qui unissaient la victime directe au demandeur, la gravité des lésions subies par la victime directe ainsi que l'immédiateté du choc nerveux par rapport à l'accident⁸³. Nous sommes pour notre part de l'avis que la causalité adéquate doit en pareil cas être admise au moins chaque fois que les proches peuvent prétendre à une indemnité pour

⁸¹ Arrêt 4A_540/2010 du 8 février 2011, consid. 1.3.2 et 2.2.

⁸² Arrêt 6B_1023/2010 du 3 mars 2011, consid. 2.1.

⁸³ ATF 138 III 276, consid. 4.

tort moral en application de l’art. 47 CO (décès de la victime) ou de l’art. 49 CO (lésions corporelles graves de la victime). Par ailleurs, nul doute que la causalité adéquate ne requiert pas les mêmes conditions selon que le demandeur réclame le remboursement d’une brève psychothérapie ou une perte de gain définitive.

Le Tribunal fédéral a eu l’occasion de confirmer une nouvelle fois, dans un arrêt de juin 2012, qu’une reprise schématique en responsabilité civile des critères développés en droit des assurances sociales à propos de la causalité adéquate sans tenir compte des différents buts poursuivis par ces deux types de normes irait à l’encontre du but recherché, qui est de pendre une décision d’imputation équitable, c’est-à-dire «adéquate». La limite entre les effets adéquats et inadéquats d’un accident peut ainsi être tracée différemment en droit de la responsabilité civile et en droit des assurances sociales⁸⁴.

3. Interruption de la causalité adéquate

La causalité adéquate peut toutefois être exclue si une autre cause concomitante, par exemple une force naturelle, le comportement de la victime ou d’un tiers constitue une circonstance tout à fait exceptionnelle ou apparaît si extraordinaire que l’on ne pouvait s’y attendre. L’imprévisibilité d’un acte concurrent ne suffit pas en soi à interrompre le rapport de causalité adéquate. Il faut encore que cet acte ait une importance telle qu’il s’impose comme la cause la plus probable et la plus immédiate de l’événement considéré, reléguant à l’arrière-plan tous les autres facteurs qui ont contribué à l’amener et notamment le comportement de l’auteur⁸⁵. Il s’agit d’une question de droit que le Tribunal fédéral revoit librement⁸⁶.

En matière de circulation routière, lorsqu’un automobiliste roule trop vite de nuit pour être en mesure de s’arrêter sur la distance visible, il importe peu que le piéton renversé alors qu’il cheminait au milieu de la chaussée ne se soit pas conformé à l’art. 49 al. 1 LCR, selon lequel les piétons doivent se tenir sur le bord gauche de la chaussée, notamment de nuit à l’extérieur des localités, ou qu’il ait traversé sans accorder la priorité à l’automobiliste pourtant visible grâce à ses feux de croisement. En effet, la règle de prudence dont la violation est reprochée au conducteur en pareil cas doit précisément permettre de réagir à la présence inattendue d’une personne ou d’un objet sur la chaussée. Le comportement du piéton ne pourrait donc apparaître comme interruptif du rapport de causalité que s’il était établi que celui-ci est apparu dans le champ

⁸⁴ Arrêt 4A_171/2012 du 25 juin 2012, consid. 2.3.

⁸⁵ Arrêt 6B_715/2011 du 12 juillet 2012, consid. 5.2.1.

⁸⁶ Arrêt 6B_25/2012 du 17 août 2012, consid. 3.

de vision de l'automobiliste à un moment où il n'était plus en mesure de réagir efficacement, même en roulant à la vitesse adaptée aux circonstances. Dans une affaire valaisanne, l'inculpé circulait sur une route cantonale où la limitation de vitesse avait été réduite à 60 km/h, signe notamment qu'un danger pouvait survenir, et à proximité de lieux publics. La présence, à cet endroit, d'un piéton au milieu de la route n'apparaissait donc pas exceptionnelle au point de reléguer à l'arrière-plan le rôle causal joué par la faute de l'automobiliste⁸⁷.

L'arrêt intempestif d'un véhicule sur une portion d'autoroute limitée à 80 km/h est propre, selon le cours ordinaire des choses, à entraîner un accident avec le véhicule qui suit. Peu importe que ce dernier ait disposé d'une distance suffisante pour s'arrêter avant l'impact. En effet, il n'est pas nécessaire que le comportement du véhicule fautif soit la cause directe ou unique de l'accident. En outre, même si le conducteur qui suit le responsable a commis un excès de vitesse et une brève inattention, ce comportement n'apparaît pas comme si exceptionnel ou si extraordinaire au point de reléguer à l'arrière-plan le comportement du conducteur qui s'est arrêté par erreur, confondant la pédale d'embrayage avec celle du frein⁸⁸.

Dans le même ordre d'idée, il n'est pas exceptionnel que le clignotant soit méconnu ou remarqué trop tard par les autres usagers de la route, ce avec quoi l'automobiliste qui entend changer de direction doit compter. On ne peut dès lors admettre en pareil cas une interruption de la causalité adéquate, même si le scootériste qui dépasse par la gauche une voiture s'appêtant à tourner à gauche dispose matériellement de 1,4 seconde pour remarquer le clignotant et effectuer un freinage d'urgence⁸⁹.

Dans l'hypothèse où un architecte ne prévoit pas, en violation des normes en vigueur, l'aération permanente du local destiné à recevoir un chauffage à gaz ainsi que l'étanchéité dudit local par la pose d'un seuil étanche, on doit admettre un lien de causalité naturelle et adéquate entre cette négligence et le décès de l'un des occupants de l'immeuble par intoxication au monoxyde de carbone. Le fait que la personne qui a procédé à la mise en service de la chaudière n'ait pas signalé le défaut présenté par la fenêtre, par hypothèse alors déjà posée, n'apparaît pas suffisamment extraordinaire pour interrompre ce lien de causalité⁹⁰.

De même, sur un chantier, le comportement imprévisible d'un ouvrier n'interrompt pas le lien de causalité entre la violation du devoir de prudence par le

⁸⁷ Arrêt 6B_1023/2010 du 3 mars 2011, consid. 3.2.

⁸⁸ Arrêt 6B_139/2012 du 22 juin 2012, consid. 3.3.

⁸⁹ Arrêt 6B_253/2012 du 7 septembre 2012, consid. 3.3.5.

⁹⁰ Arrêt 6B_25/2012 du 17 août 2012, consid. 3.

chef de chantier et un accident découlant du non-respect des procédures de sécurité. Tel est à tout le moins le cas lorsque la règle de sécurité violée a précisément pour but de prévenir un accident du type de celui qui s’est produit⁹¹.

En septembre 2012, le Tribunal fédéral a également nié l’interruption de la causalité adéquate dans le cadre d’une affaire impliquant la responsabilité pénale d’un responsable communal des travaux, qui avait fait mettre en place une signalisation non conforme autour d’une fouille située sur le côté droit de la chaussée. En effet seule une balise verticale avait été installée au coin gauche du chantier. Un cycliste avait alors passé à droite de la balise, arrivant ainsi sur un revêtement sableux qui avait immédiatement bloqué sa roue avant; s’en était suivi une chute mortelle. Selon note Haute Cour, même si la victime avait probablement commis une faute, son comportement n’apparaissait pas comme la cause la plus vraisemblable et la plus directe de l’accident, et ne reléguait pas à l’arrière-plan le comportement fautif de l’accusé. Il n’est en effet pas à ce point imprévisible qu’un cycliste contourne par la droite un obstacle insuffisamment signalé⁹².

En matière d’accident de ski, il est conforme au cours ordinaire des choses et à l’expérience générale de la vie que le choix inapproprié d’une trajectoire du skieur amont et/ou une distance insuffisante avec le skieur dépassé sont susceptibles de favoriser un accident et, partant, d’entraîner des lésions corporelles simples et/ou graves. Pour se disculper, le skieur débiteur de la priorité ne saurait faire valoir qu’il a modifié sa trajectoire pour éviter deux enfants qui s’apprêtaient à lui couper la piste. Même s’il constitue une faute, leur comportement, en particulier à un endroit où différents tracés peuvent être suivis, n’est pas d’une imprévisibilité telle qu’il suffit à interrompre le rapport de causalité adéquate⁹³.

En matière de responsabilité de l’Etat, il n’est pas arbitraire de retenir que le comportement fautif d’un photographe de presse qui reste sur les lieux d’une manifestation violente jusqu’à l’extrême limite et s’expose ainsi à un danger concret sans prendre les mesures de protection propres à y parer, n’est pas tel

⁹¹ Arrêt 6B_419/2012 du 16 octobre 2012, consid. 2.8. Voir aussi l’arrêt 6B_748/2010 du 23 décembre 2010, consid. 4.5.3, au sujet d’un chef d’équipe qui faisait valoir que le lien de causalité entre ses instructions lacunaires et l’électrocution d’un ouvrier travaillant sur une ligne à haute tension avait été interrompu par le comportement du grutier, lui aussi condamné dans cette affaire.

⁹² Arrêt 6B_83/2012 du 17 septembre 2012, consid. 3.4.

⁹³ Arrêt 6B_345/2012 du 9 octobre 2012, consid. 2.3.2.

qu'il ferait apparaître comme mineure la violation des prescriptions de sécurité commise par la police dans le lancement d'une grenade détonante⁹⁴.

4. Prédileposition constitutionnelle

Selon la jurisprudence, un état maladif antérieur peut, selon les circonstances, être pris en considération dans le cadre de l'application des art. 42 à 44 CO. Parmi les cas de prédileposition constitutionnelle, la jurisprudence distingue d'une part ceux où, du fait de l'état maladif antérieur, le dommage se serait certainement ou très vraisemblablement réalisé même sans l'accident et, d'autre part, ceux où le dommage ne serait selon toute probabilité pas survenu sans l'accident. Dans la première hypothèse (prédileposition constitutionnelle indépendante), il faut tenir compte dans le calcul du dommage selon l'art. 42 CO des conséquences patrimoniales d'une atteinte à la santé préexistante qui se seraient également produites sans l'événement dommageable (et les écarter du calcul); en effet, seul le dommage qui résulte directement de cet événement peut être imputé au responsable, tandis que la part du préjudice liée à l'état préexistant doit être exclue du calcul du dommage réparable. Dans la seconde hypothèse (prédileposition constitutionnelle liée), le responsable sur le plan civil doit se voir imputer l'entier du préjudice même si la prédileposition malade en a favorisé la survenance ou augmenté l'ampleur; toutefois, une réduction de l'indemnité sur la base de l'art. 44 CO pourra alors entrer en considération. Savoir si une prédileposition constitutionnelle est indépendante ou liée est une question de fait.

La distinction présente une importance pratique en matière de droit préférentiel du lésé, qui tend à prémunir celui-ci contre les suites défavorables d'un dommage non couvert. En effet, le droit préférentiel de la personne lésée ne trouve application que dans l'hypothèse où la réparation due par le tiers responsable, ou son assurance responsabilité civile, ne suffit pas à satisfaire entièrement les créances directe (du lésé) et subrogatoire (de l'assureur social), soit lorsque la réparation est, notamment pour des motifs juridiques (cf. art. 44 CO), partielle et non lorsque la réparation est totale, mais limitée en application de l'art. 42 CO⁹⁵.

En cas de prédileposition constitutionnelle liée, l'état antérieur ne suffit pas pour justifier une réduction de l'indemnisation; il faut que d'autres éléments s'y ajoutent, par exemple une disproportion manifeste entre la cause fondant le dommage et l'importance du préjudice.

⁹⁴ Arrêt 2C_111/2011 du 7 juillet 2011, consid. 6.3.

⁹⁵ Arrêt 4A_77/2011 du 20 décembre 2011, consid. 3.3.1.

Dans une affaire genevoise soumise en décembre 2012 au Tribunal fédéral, il avait été constaté que l’état maladif antérieur du demandeur avait joué un grand rôle dans l’apparition de complications relativement graves, qui ne lui laissaient que 5% de l’usage de son bras gauche. Les complications en questions ne seraient pas apparues sans une biopsie pratiquée par erreur sur la neuvième côte gauche plutôt que sur la dixième, biopsie qui avait été l’élément déclenchant de ces complications. En l’espèce, la faute reprochée au médecin de l’hôpital était donc d’être intervenu sur la mauvaise côte. Il n’empêchait, selon le Tribunal fédéral, que la biopsie était nécessaire en raison des circonstances et qu’elle avait été pratiquée conformément aux règles de l’art. L’erreur sur la côte devant faire l’objet du prélèvement devait normalement avoir pour seule conséquence de rendre nécessaire une deuxième intervention, qui avait d’ailleurs été pratiquée quelques jours plus tard. En revanche, que cette erreur ait entraîné la perte de l’usage d’un bras revêtait un caractère plutôt extraordinaire et s’expliquait par un ensemble de circonstances défavorables. Il y avait donc une certaine disproportion entre la gravité de la faute et ses conséquences pour le patient, ce qui justifiait une réduction de l’indemnité en application de l’art. 44 al. 1 CO, en l’occurrence à titre de droit cantonal supplétif. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a considéré qu’une réduction de 50% pouvait se discuter, mais qu’elle n’était pas arbitraire⁹⁶. Manifestement, la cour cantonale avait voulu compenser par une importante réduction de l’indemnité le fait que la causalité naturelle avait été admise alors même que le type de complications subies par le demandeur n’était déclenché que dans 13% des cas par une intervention chirurgicale.

IV. Schadenberechnung – Calcul du dommage

1. Fehlende grundsätzliche Entwicklungen

Das Haftpflichtrecht im Sinne des Schadensberechnungsrechts unterliegt derzeit keinen grundsätzlichen Entwicklungen; es steht still. Das Bundesgericht entscheidet immer Einzelfragen; grundsätzliche Urteile fehlen. Das Bundesgericht hält namentlich daran fest, dass ein Kapitalisierungszinsfuss von 3.5% weiterhin beizubehalten sei, weil die Rechtssicherheit dies gebiete (und der Einzelfallgerechtigkeit vorgeht). Zu den seit Jahren offenen Fragen, wie mit generellen, statistisch nachgewiesenen Lohnerhöhungen im Laufe einer Erwerbskarriere umgegangen werden soll, fehlen grundsätzliche Aussagen ebenso wie ein grundlegendes Urteil zur Berechnung des Hauspflege- und -betreuungsschadens, welches hinsichtlich der Ersatzfähigkeit der Angehörigenpflege als auch namentlich deren Berechnung auf der Basis angemess-

⁹⁶ Arrêt 4A_329/2012 du 4 décembre 2012, consid. 2.4.5.

sener Ersatzlöhne Klarheit schaffen würde. Schliesslich fehlt auch ein mutiger Schritt im Bereiche der Genugtuung, wo eine Anpassung der Schmerzensgeldleistungen in der Schweiz an ein europäisches Umfeld dringend nötig erscheint.

2. Erwerbsschaden

Nicht ersatzfähig ist ein Gewinn, der nur **rechtswidrig erlangt** werden kann. Ein Hanfbauer, dessen Ware während der Lagerung durch die Untersuchungsbehörden verdorben ist, kann darum nicht geltend machen, er hätte den Hanf mit grossem Gewinn verkaufen können, wenn der geltend gemachte Preis nur erzielt werden kann, wenn der Hanf in rechtswidriger Weise verwendet wird.⁹⁷ Hingegen hat auch der haftpflichtige **Kriminelle Anspruch auf eine willkürfreie Schadensberechnung**. Die Strafe wird durch den Strafrichter verhängt. Der Zivilrichter hat seinerseits den Pflichtigen nur zu demjenigen Schaden zu verpflichten, der objektiv nachgewiesen ist.⁹⁸

Im Bereich des Erwerbsschadens beschäftigt sich das Bundesgericht weniger damit, *wie* der Schaden zu berechnen ist, als vielmehr, welcher Voraussetzungen es bedarf, damit das Gericht überhaupt zu einer Schadensberechnung schreitet. Dabei zeigt sich kein einheitliches Bild, was der Kläger alles vorbringen muss, damit eine (willkürfreie) Schadensberechnung überhaupt möglich ist.

Das Bundesgericht hat es als willkürlich angesehen, für die Schadensberechnung als Invalideneinkommen das (geringe) Einkommen aus einer selbstständigen Erwerbstätigkeit als Gastwirt anzunehmen, wenn gemäss gerichtlicher Expertise das Geschäft des Geschädigten auch ohne Unfall hätte aufgegeben werden müssen, weil kein gewinnbringendes Führen des Restaurants mehr möglich war. Das kantonale Gericht hat **ex aequo et bono den Moment der mutmasslichen Geschäftsaufgabe** festzulegen und danach auf das Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit abzustellen, wie sie nach dem Unfall tatsächlich im Rahmen der Restarbeitsfähigkeit ausgeübt wurde.⁹⁹

Weniger freundlich gegenüber den Betroffenen urteilt das Bundesgericht in Fällen, die nicht den Personenschaden betreffen: Nicht willkürlich ist, keinen Schadenersatz zuzusprechen, wenn ein Kleidergeschäft keine ordnungsgemässe Buchhaltung führt, namentlich kein ordnungsgemässes Inventar erstellt hat und keine Verkaufslisten führt. Der Anspruchsteller verursacht hierdurch **selbstverschuldet Beweisschwierigkeiten** für die Höhe eines Schadens in-

⁹⁷ Urteil des BGer 2C_934/2010 vom 10.03.2011.

⁹⁸ Urteil des BGer 4A_573/2010 vom 28.03.2011.

⁹⁹ Urteil des BGer 4A_79/2011 vom 01.06.2011 (frz.).

folge Einbruchs, indem nicht zuverlässig festgestellt werden kann, welche Kleidungsstücke am Tag des Einbruchs im Bestand des Geschäftes standen. Anders als bei einer eigentlichen Beweisnot können solche Beweisschwierigkeiten im konkreten Einzelfall nicht zu einer Beweiserleichterung führen, so dass es nicht bundesrechtswidrig ist, wenn der Anspruch auf Versicherungsleistungen aus der Einbruchversicherung mangels Beweises abgewiesen wird.¹⁰⁰

In die gleiche Richtung zielt, dass es nicht willkürlich ist, für den Beweis eines **entgangenen Gewinnes infolge eines fünftägigen Ausfalles** eines mangelhaften Kranes nicht genügen zu lassen, dass der Geschädigte aus den Einnahmen des Vormonates die durchschnittlichen Tageseinnahmen berechnet; der Beweis hätte durch den Nachweis von Transportaufträgen für den fraglichen Zeitraum selber oder durch Heranziehung der beiden Vorwochen (anstatt des Vormonats) als Referenzgrösse erbracht werden können.¹⁰¹

Ebenfalls nicht auf eine richterliche Schadensschätzung darf die geschädigte Person hoffen, die im Zeitpunkt des Unfalles unselbständig erwerbstätig ist, aber eine spätere **Karriere als Selbständigerwerbende behauptet** hat. Sie kann sich für die Schadensberechnung nicht darauf berufen, es bestehe eine (im Rahmen von Art. 42 Abs. 2 OR beachtliche) Normhypothese, die bisherige (unselbständige) Tätigkeit wäre ohne Unfall weitergeführt worden. In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht auch festgehalten, die wirtschaftliche Entwicklung seit den letzten Bestätigungen des **Kapitalisierungszinsfusses** von 3,5% würde nicht erheischen, dass der Kapitalisierungszinsfuss zulasten der Rechtssicherheit auf 2% gesenkt werden müsste. Schliesslich hat sich das Bundesgericht auch zur **Entschädigung des Anwaltes** geäussert: Auch wenn es einer geschädigten Person unbenommen ist, mit ihrem Rechtsvertreter ein Pauschalhonorar nach Prozenten des tatsächlich erstrittenen Erfolges zu vereinbaren, sind solche Anwaltskosten nur dann haftpflichtrechtlicher Bestandteil des Schadens, wenn sie gerechtfertigt, notwendig und angemessen waren, der Durchsetzung der Schadenersatzforderung zu dienen und nicht bereits durch die nach kantonalem Recht zuzusprechende Parteientschädigung gedeckt sind. Entsprechend darf das kantonale Gericht von der geschädigten Person verlangen, dass sie ihre Ersatzforderung für vorprozessuale Anwaltskosten hinreichend substantiiert, namentlich die tatsächlichen Aufwendungen ihres Rechtsvertreters darlegt und konkretisiert, damit deren Notwendigkeit und Angemessenheit geprüft werden kann.¹⁰²

¹⁰⁰ Urteil des BGer 4A_357/2011 vom 18.10.2011.

¹⁰¹ Urteil des BGer 4A_401/2011 vom 18.01.2012.

¹⁰² Urteil des BGer 4A_127/2011 vom 12.07.2011.

Das Bundesgericht hat es auch nicht als stossend angesehen, dass **kein Schaden trotz Arbeitsunfähigkeit von 70%** besteht: Obwohl eine Leistungseinschränkung von 70% anerkannt ist, erleidet eine geschädigte Person keinen haftpflichtrechtlichen Erwerbsschaden, wenn sie dieselbe Karriere eingeschlagen hat, wie sie sie auch ohne Unfallereignis eingeschlagen hätte. Die geschädigte Person ist ausgebildete Übersetzerin und Dolmetscherin. In einer selbständigen Tätigkeit, die sie vor der Geburt des ersten Kindes ausgeübt hat, hat sie ein Einkommen von CHF 44'000.– erzielt. Anerkannt ist, dass sie mit Volljährigkeit des Kindes wieder eine volle Erwerbstätigkeit ausgeübt hätte. Obwohl sie anerkanntermassen 70% arbeitsunfähig ist, leistet sie ein volles Pensum als angestellte Übersetzerin bei einer Stiftung und verdient dort CHF 91'000.–. Ihre Leistungseinbussen macht sie dadurch wett, dass sie in ihrer Freizeit diejenige Arbeit nachholt, die sie in der ordentlichen Arbeitszeit nicht zu erbringen vermag. Nachdem die geschädigte Person heute ein höheres Einkommen erzielt, als sie es vor dem Unfall erzielt hat, entsteht kein entschädigungspflichtiger Verdienstaufschlag. Die geschädigte Person kann auch nicht geltend machen, ihre berufliche Aktivität als Selbständigerwerbende hätte über das ordentliche AHV-Alter hinaus bestanden, bis zu welchem Alter die Vorinstanz den Schadenersatz bestimmt hat. Angesichts ihres bescheidenen Einkommens als Selbständige muss daran gedacht werden, dass sie auch ohne den Unfall und die daraus folgende Arbeitsunfähigkeit die selbständige Tätigkeit aufgegeben hätte und sich in die Dienste der Stiftung gestellt hätte. Es ist zwar nicht zu übersehen, dass die geschädigte Person, sollte sie ihre Stelle bei der Stiftung aufgrund der Unfallfolgen oder aber konjunkturbedingt verlieren, erhebliche Mühe hätte, eine gleichwertige Anstellung zu finden. Selbst wenn sie jedoch nur noch eine Anstellung zu 50% fände, würde sie immer noch mehr verdienen als vor dem Unfall, weswegen so oder so im Lichte von Art. 46 OR kein ersatzfähiger Erwerbsschaden entsteht.¹⁰³

Dieser Sachverhalt wirft aber doch einige Fragen auf. Anerkanntermassen ist die geschädigte Person wegen der Folgen eines durchgemachten craniocervikalen Beschleunigungstraumas zu 70% arbeitsunfähig. Da auch die beklagte Versicherungsgesellschaft hiervon ausgegangen ist, hat das Bundesgericht es offen gelassen, ob sich die Beklagte erfolgreich hätte auf die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung berufen können, wonach die Folgen eines Schleudertraumas nach den Kriterien der somatoformen Schmerzstörung zu beurteilen seien. Obwohl sie weitgehend eingeschränkt ist, hat die geschädigte Person ein volles Arbeitspensum geleistet, wobei ihr der Arbeitgeber zugestanden hat, 30% der Arbeitszeit zu Hause zu leisten und im Übrigen, zur Erfüllung eines vollen Pensums, unbezahlte Mehrarbeit zu erbringen.

¹⁰³ Urteile des BGer 4A_106/2011 und 4A_108/2011 vom 30.08.2011 (frz.).

Die geschädigte Person hat mithin ihren Ausfall durch einen **überobligatorischen Arbeitseinsatz** ausgeglichen; sie hat sich vor Gericht jedoch offenbar nicht auf eine überobligatorische Schadenminderung berufen, welche nicht zugunsten des haftpflichtigen Dritten berücksichtigt werden dürfte. Es erscheint freilich offensichtlich, dass von der geschädigten Person nicht verlangt werden darf, dass sie über die ordentliche Arbeitszeit hinaus Gratisarbeit leistet, um den Erwerbsausfall möglichst gering zu halten. Das Bundesgericht hat der geschädigten Person unter keinem Titel Schadenersatz zugesprochen. Zum einen verwehrt das Bundesgericht der Geschädigten eine über das AHV-Alter hinausgehende Erwerbstätigkeit, da aufgrund des schlechten Geschäftsganges als Selbständigerwerbende der Wechsel in eine unselbständige Tätigkeit erfolgt wäre. Auch für den Fall eines Stellenverlustes soll gemäss Bundesgericht kein Erwerbsausfall entstehen, da ja mehr verdient worden ist als vor dem Unfall. Dies muss dann wohl auch für den absehbaren Fall eintreten, dass die Kräfte der geschädigten Person es nicht mehr erlauben, die Arbeitsunfähigkeit von 70% durch Gratis-Mehrarbeit zu kompensieren. Wenn nun aber das Bundesgericht davon ausgeht, dass die geschädigte Person auch ohne den Unfall die deutlich besser bezahlte unselbständige Erwerbstätigkeit aufgenommen hätte, und wenn klarerweise davon auszugehen ist, dass sie nicht mehr dasselbe Einkommen erzielen wird, wenn sie die jetzige Anstellung (welche offensichtlich beste Bedingungen bietet) nicht mehr inne hat, entsteht **zumindest unter dem Titel «Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens»** ein ersatzfähiger Schaden, da ja davon auszugehen ist, dass auch im Validenverlauf ein Einkommen für die vollzeitliche Erwerbstätigkeit als Unselbständige erzielt worden wäre.

Schon länger gilt, dass auch der **selbstständig Erwerbstätige** seiner Erwerbstätigkeit nicht **über das ordentliche AHV-Rentenalter** hinaus ausübt und die Schadensberechnung mittels temporären Renten zu geschehen hat. Eine längere Schadenersatzperiode wird nur dann zugestanden, wenn konkrete Indizien gegeben sind, dass die Erwerbstätigkeit weitergeführt worden wäre. Dies ist nicht gegeben, wenn ein selbständig Erwerbender ein hohes Einkommen erzielt (hat), das es ihm erlaubt, im ordentlichen Rücktrittsalter von 65 die Erwerbstätigkeit einzustellen, und er nicht geltend macht, nach Alter 65 besondere finanzielle Verpflichtungen tragen zu müssen. Ebenso impliziert der Umstand, dass die im Rahmen der gebundenen Vorsorge abgeschlossenen Lebensversicherungen Risikoleistungen nur bis zum 64. Altersjahr vorsehen, dass der Versicherte nicht die Absicht hatte, danach seine Berufstätigkeit fortzusetzen. Mithin sind keine genügenden Indizien gegeben,

dass ohne haftpflichtrechtlich relevantes Ereignis die Erwerbstätigkeit über das 65. Altersjahr hinaus fortgesetzt worden wäre.¹⁰⁴

3. Haushaltsführungsschaden

Im Bereich des Haushaltsführungsschadens steht im wesentlichen fest, dass zur Bemessung des massgeblichen Stundenaufwandes auf die Tabellen der schweizerischen Arbeitskräfteerhebung (SAKE) abgestellt werden kann, und dass der Ersatzlohn sich im Bereich von CHF 30.– pro Stunde bewegt, welcher bis zum AHV-Alter der geschädigten Person um ein Prozent jährlich zu erhöhen ist.

Die zentrale Diskussion ist, wie die Beeinträchtigung in der Haushaltsführung festgestellt werden kann. Angesichts dessen, dass aus der Sicht der Assekuranz als Vertreter der haftpflichtigen Dritten der Haushaltsführungsschaden in der Schweiz als zu hoch angesehen wird, gehen die Bemühungen dahin, die Beeinträchtigung nicht alleine aufgrund einer Schätzung eines medizinischen Experten festzulegen, sondern die besonderen Assessment zu nutzen, welche verschiedenen Orts angeboten werden. Diese ergeben regelmässig tiefere Werte, als es die ärztlichen Schätzungen tun und in der Regel auch die Betroffenen selber angeben. Das Bundesgericht hat diese Abklärungsmethode weder als zutreffend noch als unzutreffend erklärt. Es hat immerhin jedoch festgehalten, dass es nicht willkürlich ist, wenn ein kantonales Gericht für die Bemessung der Einschränkung in der Haushaltsführung auf die Ergebnisse einer solchen **Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit (EFL)** abstellt. Es kann nicht gesagt werden, bei Schmerzsyndromen sei die EFL grundsätzlich ungeeignet, die Leistungseinschränkung zu beurteilen. Auch ist es nicht willkürlich, davon auszugehen, die Anforderungen an die Erwerbsarbeit als Zimmerin seien von denjenigen an die Haushaltsarbeit so unterschiedlich, dass trotz einer erwerblichen Invalidität von 65 % im Haushalt keine relevante Arbeitsunfähigkeit bestehe.¹⁰⁵

4. Tort moral

a) *Les principes généraux*

Par tort moral, on entend des souffrances physiques ou psychiques. Il incombe à la partie demanderesse d'en prouver l'existence (art. 8 CC). L'existence d'un tort moral relève des constatations de fait. L'indemnité pour tort moral a pour but exclusif de compenser le préjudice que représente une atteinte au

¹⁰⁴ Urteil des BGer 4A_665/2011 vom 02.02.2011 (frz.).

¹⁰⁵ Urteil des BGer 4A_264/2011 vom 14.11.2011.

bien-être moral; 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. La fixation de l’indemnité satisfactoire relève de l’appréciation du juge; il s’agit d’une question que le Tribunal fédéral ne revoit qu’avec retenue; il n’intervient que lorsque l’autorité cantonale s’écarte sans motif des critères fixés par la doctrine et la jurisprudence, prend en considération des faits sans pertinence ou, au contraire, ignore ceux qu’elle aurait dû prendre en compte ou encore lorsque, dans son résultat, le montant fixé apparaît manifestement inéquitable ou choquant.¹⁰⁶

Le seul fait que l’état de santé du lésé puisse encore s’améliorer après le jugement (notamment pénal) n’exclut pas une prétention en tort moral compte tenu des souffrances encourues.¹⁰⁷

b) *Le tort moral en cas de décès*

Dans l’arrêt publié aux ATF 138 III 157, le Tribunal fédéral a eu l’occasion de lever définitivement le dernier doute qui pouvait subsister quant au droit propre du concubin à pouvoir être considéré comme un «proche» (*Angehörige*) au sens de l’art. 47 CO, ce terme devant être préféré à celui de «famille» contenu dans le texte français de cette disposition. Une indemnité pour tort moral peut donc être allouée au concubin, même dans les cas où la victime était encore formellement mariée à une personne qui a elle aussi obtenu une indemnité pour tort moral.

Pendant, la notion de proches doit s’entendre dans une acception restrictive, 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 n’est pas définie par le droit suisse. Elle 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. Constatant que la durée du concubinage n’est pas appréhendée toujours exactement de la même façon dans les divers domaines du droit (droit du divorce, aide sociale, droit des étrangers, prévoyance professionnelle), le Tribunal fédéral considère

¹⁰⁶ Arrêt 4A_266/2011 du 19 août 2011, consid. 2.1.4.

¹⁰⁷ Arrêt 6B_546/2011 du 12 décembre 2011, consid. 2.2.

qu'on ne saurait retenir une durée prédéfinie, en deçà de laquelle un concubin se verrait automatiquement nier le droit à une indemnité pour tort moral. 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 si celle-ci peut être qualifiée de relation de concubinage stable, constituant une relation suffisamment étroite pour légitimer une indemnité pour tort moral. Dans le cas d'espèce, la demanderesse et le défunt vivaient ensemble depuis plus de 4 ans, ils avaient un projet de mariage mais devaient chacun préalablement divorcer de leur conjoint respectif, leur relation était dense et harmonieuse et il ne faisait pas de doute qu'elle constituait une communauté de toit, de table et de lit. Au vu de l'ensemble de ces éléments, le refus de principe prononcé par le Tribunal cantonal fribourgeois quant à une indemnité pour tort moral violait le droit fédéral¹⁰⁸.

c) Le tort moral en cas de lésions corporelles

Dans un cas où un médecin avait sans raison procédé à l'ablation des deux seins, alors que seul le gauche était malade, la Cour de justice du Canton de Genève a alloué à la patiente une indemnité pour tort moral de 15'000 francs avec intérêts à 5 % depuis la date de la seconde opération, lors de laquelle les prothèses avaient été changées. La Cour s'est fondée sur un arrêt de 1982, où le Tribunal fédéral, dans un cas d'ablation des deux seins, avait admis une indemnité pour tort moral de 25'000 francs, tout en réduisant le montant de moitié puisque seule l'ablation du sein droit était contraire aux règles de l'art médical. Elle a aussi tenu compte de la hausse du coût de la vie depuis 1982 pour revaloriser le montant alloué à cette époque. Le Tribunal fédéral a considéré pour sa part que cette indemnité ne procédait pas d'un abus du large pouvoir d'appréciation accordé au juge en cette matière.

Dans une affaire d'accident de ski, le Tribunal fédéral a confirmé une indemnité de 15'000 francs en faveur d'une lésée qui avait été grièvement blessée. Malgré une intervention chirurgicale quelques jours plus tard, les suites de l'accident avaient été marquées par l'apparition d'une algo-neuro-dystrophie du membre supérieur droit. Cette complication s'était révélée lourde de conséquences sur l'organisation de la vie de la victime. Elle suivait, depuis lors, des séances de thérapie hebdomadaires. Elle n'avait pas récupéré la fonction complète de son poignet, de sa main, de ses doigts, ainsi que la force, l'agilité et l'ampleur de la mobilité au niveau de l'épaule droite. Quelque trois ans

¹⁰⁸ ATF 138 III 157, consid. 2.3.3.

après les faits, les douleurs étaient encore présentes. Sur le plan psychique, elle était toujours sous antidépresseurs, et confrontée à des difficultés de concentration. Après quelque deux ans, elle avait pu reprendre la pratique du piano, mais avec une fatigabilité accrue. Compte tenu de l’ensemble des circonstances (notamment de la faute légère du responsable), de l’intensité des souffrances physiques et psychiques de l’intimée et de leur durée, l’indemnité de 15’000 francs a été jugée par le Tribunal fédéral comme correspondant à la pratique judiciaire relative à des événements dont on peut se remettre en dépit de certaines séquelles¹⁰⁹.

Dans une affaire vaudoise, la Cour civile de ce canton a alloué un montant de 20’000 francs à une victime qui subissait une incapacité de travail définitive de 25 %, et qui avait ainsi dû modifier son orientation professionnelle. Il faut noter que dans cette affaire, le lésé avait obtenu de l’assureur LAA une indemnité pour atteinte à l’intégrité de 9’720 francs, qui tenait compte par moitié d’un état antérieur. Le Tribunal fédéral n’a ainsi déduit que 4’860 francs de l’indemnité pour tort moral, et alloué au lésé une indemnité résiduelle de 15’140 francs, avec intérêt compensatoire depuis la date de l’accident¹¹⁰. En résumé, la victime a perçu dans cette affaire une indemnité pour tort moral équivalente à plus de 4 fois l’indemnité pour atteinte à l’intégrité liée à l’événement dommageable, ce qui peut paraître particulièrement généreux au regard de certains autres arrêts.

On ne peut s’empêcher à ce stade de mentionner la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de détention injustifiée, qui a récemment alloué une indemnité pour tort moral de 250 francs par jour de détention injustifiée. L’intéressée, qui avait été écrouée dans le cadre d’une demande d’extradition déposée par les Etats-Unis, s’est ainsi vue allouer 4’250 pour une détention de 17 jours¹¹¹. A nos yeux, un tel tarif devrait en matière de lésions corporelles être également applicable aux jours d’hospitalisation, qui entravent finalement la liberté personnelle de la victime au moins aussi intensément qu’un séjour en prison. A cette restriction de la liberté s’ajoutent encore la plupart du temps d’importantes douleurs physiques et une angoisse parfois non négligeable quant à l’issue du traitement.

Dans une affaire de circulation routière genevoise, le lésé, âgé de 29 ans au moment de l’accident, avait subi notamment une fracture du bassin et du fémur droit, une fracture ouverte du tibia gauche et une avulsion partielle du sphincter anal. Il avait passé 3 semaines dans un coma artificiel, près de 4 mois d’hospitalisation et avait subi 19 interventions chirurgicales. Son inca-

¹⁰⁹ Arrêt 6B_345/2012 du 9 octobre 2012, consid. 3.3.

¹¹⁰ Arrêt 4A_77/2011 du 20 décembre 2011, consid. 4.7.

¹¹¹ Arrêt 2C_397/2012 du 19 novembre 2012, consid. 5.3.

pacité de travail avait été totale durant 17 mois et partielle ensuite. Il n'était plus envisageable qu'il puisse occuper un emploi nécessitant une constante position debout. Il souffrait de troubles de l'érection et de la miction consécutifs à l'accident ainsi que d'un état dépressif. Il apparaissait ainsi que le lésé avait subi une atteinte particulièrement sévère à son intégrité physique et psychique. Il avait encouru une longue période de souffrance et d'incapacité de travail, et aucun facteur de réduction ne lui était imputable. Dans de telles circonstances, le Tribunal fédéral a considéré que l'allocation d'un montant de 60'000 francs ne représentait pas un résultat manifestement injuste ou une iniquité choquante qu'il conviendrait de rectifier, car ce montant reste proportionné en comparaison avec les indemnités octroyées pour des atteintes plus graves impliquant une invalidité permanente.¹¹²

On mentionnera enfin une affaire vaudoise, concernant un accident de travail subi par un manutentionnaire de 34 ans, dont la main droite avait été sectionnée par une presse hydraulique. La Cour civile vaudoise lui a alloué une indemnité pour tort moral de 50'000 francs, dont à déduire l'indemnité pour atteinte à l'intégrité versée par la Suva à hauteur de 36'450 francs. Des intérêts compensatoires de 5 % l'an dès le lendemain de l'accident ont été accordés. Cette indemnité n'a pas été contestée par l'employeur, qui attaquait le jugement cantonal sur d'autres points.¹¹³

V. Schadenssubstantiierung und Schadennachweis – Allégation et preuve du dommage

1. Substantiierung

Es stellt eine erschreckende Entwicklung dar, dass sich die Entscheide des Bundesgerichtes im Bereich des Personenschadens und seiner Berechnung weit häufiger nicht damit beschäftigen, wie der Schaden zu berechnen ist, sondern damit, ob dem Gericht überhaupt ausreichende Behauptungen vorliegen, damit es eine Schadensberechnung anstellen muss. In der Regel kommt das Gericht zum Schluss, dass eine der Parteien ihren Pflichten nicht ausreichend nachgekommen ist. Problematisch daran ist, dass damit die Angelegenheit nicht erledigt ist und kein Rechtsfrieden gestiftet wird, sondern dass die betroffene Person sich danach mit der Frage beschäftigen muss, gegen ihren Rechtsvertreter vorzugehen und in einem allfälligen Prozess gegen diesen wiederum die selben Substantiierungsanforderungen vorzufinden,

¹¹² Arrêt 6B_546/2011 du 12 décembre 2011, consid. 2.4.

¹¹³ Arrêt 4A_132/2010 du 5 mai 2011, consid. B.

wobei die Partei nur hoffen kann, ihr neuer Rechtsvertreter werde die Aufgabe besser bewältigen.

Es wird an dieser Stelle darauf verzichtet, diejenigen Urteile aufzulisten, wo die Klägerschaft mit ihren Ansprüchen gescheitert ist. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass die **mangelnde Substanziierung** auch den **Beklagten** treffen kann. Wenn der Haftpflichtige hinsichtlich des Ersatzlohnes für die durch Angehörige erbrachte Pflege den Grundstundenansatz der Höhe nach bestreitet und zu den Zuschlägen für die Sozialversicherungsbeiträge, die Ferien und Sonntagsarbeit (lediglich) ausführt, diese seien generell nicht geschuldet, so kann nach Treu und Glauben davon ausgegangen werden, dass die Zuschläge masslich nicht bestritten worden sind. Entsprechend hat eine geschädigte Person das Ausmass dieser Zuschläge nicht weiter zu substantiieren oder zu beweisen. Da die Zuschläge nicht bestritten sind, hat das Gericht davon auszugehen und handelt es sich nicht um eine Schätzung im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR, wenn das Gericht diese der Schadensberechnung zugrunde legt. Falls das Ergebnis nicht den Tatsachen entsprechen sollte, ist dies eine Folge der Verhandlungsmaxime und nicht einer fehlerhaften Schadensberechnung, die vor Bundesgericht gerügt werden könnte.¹¹⁴

Auch steht der Hinweis alleine auf die Subrogation eines Unfallversicherers in die Rechte der geschädigten Person im Umfang der gesetzlichen Integritätsentschädigung der Zusprache einer uneingeschränkten Genugtuung nicht entgegen; eine **Anrechnung einer Integritätsentschädigung** kommt nur insoweit in Betracht, als der haftpflichtige Dritte ausreichend behauptet und beweist, dass ein Sozialversicherer zu anrechenbaren Leistungen verpflichtet ist.¹¹⁵

Bedeutsam ist, dass die Anwaltskosten ausreichend behauptet und belegt sind. Reicht der Kläger für den geltend gemachten **Schadensposten «vorprozessuale Anwaltskosten»** lediglich eine Honorarnote seines Rechtsvertreters ein, ohne zu belegen, welche anwaltlichen Bemühungen angefallen sind, kann das Gericht nicht ex aequo et bono eine Pauschalentschädigung zusprechen, zumal für Verfahren, für die eine (allenfalls auch ungenügende) Parteientschädigung ausgerichtet wird, der haftpflichtige Dritte keine zusätzliche Entschädigung schuldet.¹¹⁶

¹¹⁴ Urteil des BGer 4A_225/2011 vom 15.07.2011.

¹¹⁵ Urteil des BGer 6B_546/2011 vom 12.12.2011 (frz.).

¹¹⁶ Urteil des BGer 4A_77/2011 vom 20.12.2011 (frz.).

2. Schadensnachweis

Aus dem Bereich des Vermögensschadens ist auf ein Urteil hinzuweisen, wo der Schaden zu berechnen war, der durch eine fehlerhafte Vermögensverwaltung verursacht wurde: der Schaden bemisst sich durch den Vergleich des tatsächlichen Wertes des Portfolios im Vergleich zu dem Wert, zu dem er sich entwickelt hätte, wenn die Vermögensverwaltung fehlerfrei gewesen wäre; die geschädigte Person muss allerdings die Entwicklung bei sorgfältiger Vermögensverwaltung im Detail behaupten.¹¹⁷

VI. Fixation de l'indemnité – Bestimmung der Entschädigung

1. Réduction du dommage par le lésé

Aux termes de l'art. 44 CO, les dommages-intérêts peuvent être réduits ou refusés lorsque des faits dont le lésé est responsable ont contribué à créer ou à aggraver le dommage. Tel est notamment le cas lorsque le lésé n'a pas pris toutes les mesures commandées par les circonstances pour réduire son dommage. Il s'agit là selon le Tribunal fédéral d'une incombance qui concerne en réalité l'évaluation du dommage, car on ne saurait considérer comme un dommage causé par le responsable ce qui pourrait être évité par des mesures raisonnablement exigibles. Ce principe, ancré à l'art. 44 al. 1 CO, concrétise le devoir général d'exercer son droit selon les règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC). Selon l'idée de base de cette disposition, le lésé doit supporter lui-même le dommage qu'il a lui-même causé. Il s'agit là d'un principe général du droit de la responsabilité civile. La violation de cette règle a pour conséquence que le dommage doit être indemnisé seulement dans la mesure où il serait également survenu si le lésé avait respecté son incombance. Celui qui, après avoir été atteint dans sa capacité de gain, ne met pas au mieux à contribution sa capacité de travail résiduelle ne peut pas faire supporter par le responsable la perte de revenus qui en découle. Cette incombance ne porte que sur les mesures que l'on peut raisonnablement exiger en équité du lésé. On se réfère à cet égard au comportement qu'une personne raisonnable adopterait dans la même situation si elle ne pouvait compter sur une quelconque indemnisation. Ainsi, si un lésé qui est en soi capable de travailler à 100% dans une activité adaptée lui procurant un revenu comparable à celui de son ancienne profession décide de consacrer une partie de son temps à du travail bénévole, la perte de gain qui en découle ne fait pas partie du dommage indemnisable.¹¹⁸

¹¹⁷ Urteil des BGER 4A_481/2012 vom 14.12.2012 (frz.).

¹¹⁸ Arrêt 4A_37/2011 du 27 avril 2011, consid. 4.

VII. Kongruenz, Anrechnung und Regress – Concordance, imputation et recours

1. Sachliche Kongruenz

Auch wenn die Invalidität gemeinhin so bestimmt wird, dass ausgehend von der medizinisch-theoretischen Invalidität die wirtschaftlichen Auswirkungen geprüft werden, ist es nicht willkürlich, wenn das kantonale Gericht zwar die Begriffe nicht in diesem Sinne verwendet, im Ergebnis aber zu den zutreffenden Erwägungen kommt. Beruht eine Invalidität von 50% **zur Hälfte auf einem Unfall und zur Hälfte auf einem krankhaften Vorzustand**, der sich auch ohne Unfall ausgewirkt hätte, so hat der haftpflichtige Dritte die Hälfte des Schadens zu ersetzen. Davon abzuziehen ist die Hälfte der Sozialversicherungsleistungen von IV und Suva; von der IV-Rente ist auch dann (nur) die Hälfte abzuziehen, wenn der krankhafte Vorzustand für sich alleine noch keine Ansprüche auf eine IV-Rente ergeben würde.¹¹⁹

2. Regress im internationalen Verhältnis

Bei Strassenverkehrsunfällen im grenzüberschreitenden Verkehr ist ein Regress des Unfallversicherers gegen den Haftpflichtversicherer nur zulässig, wenn dieser sowohl nach dem Kausal- als auch nach dem Forderungsstatut möglich ist. Massgebend ist Art. 144 IPRG und nicht das Haager Übereinkommen. Die Durchführung des Regresses erfolgt nach dem Forderungsstatut.¹²⁰

3. Verhältnis Versicherter-Sozialversicherer

In zwei Urteilen nimmt das Bundesgericht Stellung zum Verhältnis zwischen Versichertem und Sozialversicherer im Zusammenhang mit den Regressansprüchen.

Der Versicherte hat sich gegenüber dem Versicherer nach **Treu und Glauben** zu verhalten, auch im **Hinblick auf dessen Rückgriffsansprüche**. Auch wenn Leistungen nach UVG neun Jahre nach ihrer Anmeldung nicht weiter verfolgt worden sind, bedeutet dies keinen konkludenten Verzicht auf diese Leistungen, da ein Verzicht auf jeden Fall in Verfügungsform festgehalten werden muss. Es ist hingegen rechtsmissbräuchlich, im Haftpflichtprozess den gesamten Haftpflichtschaden geltend zu machen und nach einem Vergleich mit dem haftpflichtigen Dritten noch UVG-Leistungen geltend zu ma-

¹¹⁹ Urteil des BGer 4A_77/2011 vom 20.12.2011 (frz.).

¹²⁰ BGE 138 III 587; Bemerkungen von STEPHAN FUHRER, in: HAVE 2012, S. 430 ff.

chen, die während neun Jahren nach der Anmeldung nicht weiter verfolgt worden waren. Dies ist insbesondere auch deswegen rechtsmissbräuchlich, weil die Auseinandersetzung mit dem UVG-Versicherer erst wieder aufgenommen wurde, nachdem dessen Regressanspruch bereits verjährt war, obwohl der Vergleich mit dem haftpflichtigen Dritten schon Jahre vorher geschlossen worden war.¹²¹

Auch ist der Versicherte gegenüber dem Sozialversicherungsträger für die **Zwecke des Regresses auskunftspflichtig**. Deswegen stellt es keine Interessenkollision dar, wenn ein Rechtsanwalt nach der Direktschadenerledigung auch den Regressprozess führt.¹²²

4. Regress des Privatversicherers

Seit langer Zeit wird die Rechtsprechung des Bundesgerichtes kritisiert, welche dem Schadensversicherer gegenüber dem kausal Haftpflichtigen kein Regressrecht zugesteht. In einem publizierten Entscheid erachtet das Bundesgericht eine Praxisänderung unter den heutigen Umständen als nicht gerechtfertigt, nachdem über Jahrzehnte dem (wenn auch diskutablen) Willen des historischen Gesetzgebers nachgelebt worden ist, sich die Versicherungspraxis darauf eingestellt hat und die Frage heute Gegenstand einer umfassenden Gesetzesrevision ist. Auch aus dem Umstand, dass dem Arbeitgeber für seine Lohnfortzahlung ein Regressrecht eingeräumt worden ist (BGE 126 III 521 E. 2b.), lässt sich für den Schadensversicherer nichts ableiten.¹²³ Ob das Bundesgericht, nachdem nun die VVG-Revision abgeblasen worden ist, in einem nächsten Urteil das Heft in die Hand nimmt, wird abzuwarten sein.

VIII. Verjährung – Prescription

Während über lange Zeit davon ausgegangen wurde, die Rentenverfügung des Sozialversicherers löse den **Lauf der relativen Verjährungsfrist** aus, hat das Bundesgericht mehrfach entschieden, dass dieser Zeitpunkt auch früher angenommen werden kann.

Eine verjährungsauslösende Kenntnis des Schadens liegt vor, wenn gemäss den ärztlichen Einschätzungen die orthopädischen Folgen eines Unfallereignisses ausgeheilt und die Schmerzsituation seit mehr als einem Jahr stabil ist,

¹²¹ BGE 137 V 394; Bemerkungen von GHISLAINE FRÉSARD-FELLAY, in: HAVE 2012, S. 423 ff.

¹²² Urteil des BGer 2C_900/2010 vom 17.06.2011; Bemerkungen von MARC HÜRZELER, in: HAVE 2012, S. 175 ff.

¹²³ BGE 137 III 352; Bemerkungen von STEPHAN FUHRER, in: HAVE 2011, S. 408 ff.

auch wenn noch verschiedene Schmerztherapien denkbar sind, die allerdings auf die Arbeitsfähigkeit keinen wesentlichen Einfluss mehr haben werden. Auch wenn angesichts der Kürze der ausservertraglichen Verjährungsfrist der Beginn der Verjährung nicht leichthin angenommen werden kann, bedarf es **nicht der Ausschöpfung sämtlicher denkbarer medizinischer Therapien**, um Kenntnis des Schadens erlangen zu können.¹²⁴

Weil die relative Verjährungsfrist die tatsächliche Kenntnis des Schadens voraussetzt und nicht ab dem Moment läuft, in dem die geschädigte Person den Schaden kennen könnte, kann eine «Kenntnis des Schadens» nicht in dem Moment angenommen werden, in dem ein medizinisches Gutachten eine bleibende Arbeitsunfähigkeit beschreibt, wenn das Gutachten der geschädigten Person nicht zur Kenntnis gebracht wurde; erst die **tatsächliche Kenntnisnahme des Gutachtens** löst die Verjährungsfrist aus. Ebenfalls nicht ausgelöst wird die Verjährungsfrist durch einen Bericht des behandelnden Arztes an den Rechtsanwalt der geschädigten Person, in welchem zwar eine Arbeitsunfähigkeit von 100% in der angestammten Tätigkeit beschrieben wird, jedoch vorbehalten wird, dass sich der Patient in einer angepassten Tätigkeit wieder in die Arbeitswelt eingliedert.¹²⁵

Wenn der Rechtsvertreter der geschädigten Person der Suva mitteilt, sein Mandant leide unter einer anhaltenden und bleibenden Invalidität von 20%, gibt er zu erkennen, dass ihm der Invaliditätsgrad bekannt ist, der die Berechnung eines Schadens erlaubt. Das **Wissen des Rechtsvertreters** muss der geschädigten Person zugerechnet werden, so dass ab dem Moment dieses Schreibens die relative Verjährungsfrist läuft.¹²⁶

Dieser letzte Entscheid ist der dritte französischsprachige in Folge (nach 4A_647/2010 vom 04.04.2011 und 4A_329/2009 und 4A_349/2009 vom 01.12.2010), bei welchem der Verjährungsbeginn vor der Zustellung der Leistungsverfügung des Sozialversicherers festgelegt wurde. Das Urteil erscheint **sehr streng**. Zum Zeitpunkt, als der Rechtsvertreter das genannte Schreiben verfasste, war der Gesundheitszustand noch im Flusse und hatte der behandelnde Arzt geschrieben, die geschädigte Person habe ihr Pensum auf 80% reduziert, doch sei ungewiss, ob sie dies langfristig durchhalten könne. Erst zu einem späteren Zeitpunkt hielt die Suva fest, der Endzustand sei erreicht, und sprach der Geschädigten eine Rente zu. Der Rechtsvertreter hatte nicht erst die Verfügung der Suva als verjährungsauslösend betrachtet, sondern bereits die Mitteilung des Arztberichtes, welcher den Endzustand feststellte. Dies erscheint richtig; dass ein Schreiben eines Rechtsvertreters,

¹²⁴ Urteil des BGer 4A_454/2010 vom 06.01.2011 (frz.).

¹²⁵ Urteil des BGer 4A_647/2010 vom 04.04.2011 (frz.).

¹²⁶ Urteil des BGer 4A_136/2012 vom 18.07.2012 (frz.).

der über bleibende Invaliditäten keine fachlichen Aussagen zu tun vermag, den Verjährungsbeginn auslösen soll, erscheint demgegenüber nicht praktikabel; dies muss ja dazu führen, dass sich Rechtsvertreter im Verkehr mit Sozialversicherern und haftpflichtigen Dritten künftighin davor hüten müssen, substantiierte Ausführungen zu den Grundlagen einer Schadenersatzforderung zu machen.

Für die **Verjährung in der Rechtsschutzversicherung** gilt weiterhin, dass die Verjährung mit dem Auftreten des Rechtsschutzbedürfnisses zu laufen beginnt. Da hiergegen in der Lehre keine Kritik erhoben wird, stellt sich für den Beginn der Verjährung in der Rechtsschutzversicherung keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, die unabhängig von der Streitwertgrenze mit Beschwerde in Zivilsachen dem Bundesgericht vorgetragen werden kann. Wann das Rechtsschutzbedürfnis entsteht, ist eine im Einzelfall zu klärende Anwendungsfrage und stellt keine Rechtsfrage dar, die grundsätzlich zu klären wäre. Wenn eine Privatschule den Eltern schriftlich mitteilt, gestützt auf den Inhalt eines Blogs würden gegen einen Schüler Sanktionen ergriffen, und wenn diese Sanktionen nicht bis zu einem bestimmten Datum akzeptiert würden, werde der Schüler von der Schule verwiesen, entsteht mit Erhalt dieses Schreibens das verjährungsauslösende Bedürfnis nach Rechtsschutz in der Auseinandersetzung mit der Schule.¹²⁷

Amtlich publiziert hat das Bundesgericht ein Urteil zu den **strafrechtlichen Übergangsbestimmungen** für die Anwendung der **strafrechtlichen Verjährung**. Ändern die strafrechtlichen Verjährungsfristen, welche nach Art. 60 Abs. 2 OR bzw. Art. 83 Abs. 2 SVG für die zivilrechtliche Verjährung massgeblich sind, bestimmt sich die Frage, welche strafrechtliche Frist massgeblich ist, nach dem Strafrecht und demgemäss nach der *lex mitior* für den Täter. Im gleichen Urteil äussert sich das Bundesgericht in einem obiter dictum dahingehend, dass die Formulierung in einer Verjährungsverzichtserklärung, diese gelte nur, «**soweit die Verjährung bis zum heutigen Tage noch nicht eingetreten ist**», nicht bloss eine Floskel ist, die keine rechtlichen Auswirkungen entfalten könnte; vielmehr stellt es **keinen Rechtsmissbrauch** dar, sich auf diese Klausel zu berufen, da sowohl Akontozahlungen wie Verjährungsverzichtserklärungen den Versicherer nicht daran hindern, sich auf den zwischenzeitlichen Eintritt der Verjährung zu berufen.¹²⁸

Schliesslich hält das Bundesgericht fest, dass eine **verjährungsunterbrechende Schuldanerkennung** nicht durch ein **Schreiben an einen Dritten** geschieht. Ein Schreiben einer Krankentaggeldversicherung an die Suva, wonach die Krankentaggeldversicherung der Suva bei paralleler Leistungs-

¹²⁷ Urteil des BGer 4A_609/2010 vom 07.02.2011 (frz.).

¹²⁸ BGE 137 III 481.

pflicht Taggeldleistungen in einem bestimmten Umfang überweisen werde, stellt gegenüber der versicherten Person keine verjährungsunterbrechende Leistungsanerkennung dar, auch wenn dem Rechtsvertreter der versicherten Person eine Kopie dieses Schreibens durch die Krankentaggeldversicherung zugestellt wird.¹²⁹

IX. Verfahren – Procédure

1. Vor Bundesgericht anfechtbare Zwischenentscheide

Zwischenentscheide können vor Bundesgericht unter anderem nur dann angefochten werden, wenn die Fortführung des kantonalen Verfahrens ein **langes und aufwändiges Beweisverfahren** mit sich bringen würde. Das Bundesgericht hat hierzu entschieden, dass ein solches bevorsteht, wenn zur Bestimmung des ersatzfähigen Schadens eine medizinische Expertise erstellt werden muss oder der Sachverhalt teilweise im Ausland liegt.¹³⁰ Dies gilt auch, wenn für einen Tetraplegiker unter verschiedenen Titeln Schadenersatz sowie eine Genugtuung eingeklagt wird; dann erscheint es naheliegend, dass die Verneinung der Haftung einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde. Wenn jedoch ein kantonaler Zwischenentscheid, der die Haftung bejaht, nicht alle Sachverhaltselemente abklärt, welche für die Haftungsbe freiung nach Art. 59 Abs. 1 SVG von Bedeutung sind, kann kein Endentscheid herbeigeführt werden und steht gegen den Zwischenentscheid keine Beschwerde an das Bundesgericht offen.¹³¹

2. Auslegung von Erklärungen des Haftpflichtigen

Das Bundesgericht hat innert weniger Monate zweimal darüber befunden, welche (eingeschränkte) Bedeutung Erklärungen eines haftpflichtigen für die spätere gerichtliche Auseinandersetzung haben.

Wenn ein Haftpflichtversicherer im Namen seines Versicherten erklärt, eine Sorgfaltspflichtverletzung («Diagnosefehler») anzuerkennen, sich aber Schadenersatz-Reduktionsgründe und auch Kausalitätseinwendungen vorbehält, stellt dies weder einen Vergleich über die Haftung noch eine Offerte zum Vergleichsschluss dar; es handelt sich bloss um eine **einseitige Erklärung des Haftpflichtigen**. Der Sinn dieser Erklärung ist durch Auslegung zu ermitteln. In der Regel werden tatsächliche Umstände anerkannt, und die Erklä-

¹²⁹ Urteil des BGer 4A_153/2011 vom 24.11.2011.

¹³⁰ Urteil des BGer 2C_111/2011 vom 07.07.2011 (frz.).

¹³¹ Urteil des BGer 4A_247/2012 vom 18.09.2012.

rung hat keine rechtsverbindliche Wirkung, sondern dient im späteren Zivilprozess im Rahmen der Beweiswürdigung als Indiz für die Verwirklichung der anerkannten Tatsachen; eine solche Erklärung kann aber auch eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 17 OR darstellen. Ob es möglich ist, im Sinne von Art. 17 OR eine Schuldpflicht nicht in einem bestimmten Umfange, sondern lediglich dem Grundsatz nach anzuerkennen, muss nicht entschieden werden, da die konkrete Erklärung lediglich den tatsächlichen Umstand eines Diagnosefehlers und keine Schuldverpflichtung anerkennt.¹³²

Wenn ein haftpflichtiger Dritter sich «aufgrund des Gesagten und in Würdigung aller Umstände» bereit erklärt, «Unfallfolgen und damit verbundene Erwerbsunfähigkeit bis Ende März 1991 anzuerkennen» und ausführt, er erwarte eine Stellungnahme und sehe einem Erledigungsvorschlag unter Berücksichtigung der eigenen Einwände mit Interesse entgegen, kann schon aufgrund des Wortlautes nicht darauf geschlossen werden, der haftpflichtige Dritte anerkenne vorbehaltlos die Haftungsvoraussetzungen, namentlich das Vorliegen eines Kausalzusammenhanges. Auch wenn die Stellungnahme «endgültig» und «nach eingehender Prüfung» sowie «in Würdigung aller Umstände» erfolgte, kann der Passus **nach Treu und Glauben nicht so verstanden werden**, dass der haftpflichtige Dritte zu mehr bereit war, als bis März 1991 Unfallfolgen anzunehmen und eine Entschädigung zu leisten. Dass unabhängig von einer vergleichweisen Erledigung der natürliche Kausalzusammenhang auch über März 1991 hinaus anerkannt werde, kann und darf der Geschädigte aus diesem Schreiben nicht schliessen.¹³³

3. Unzulässige Beweisausforschung

Da mit Kreditkartenabrechnungen lediglich bestimmte Waren- oder Dienstleistungsbezüge belegt werden können, ist es nicht willkürlich, wenn ein kantonales Gericht das Begehren, es seien Kreditkartenabrechnungen zu edieren, mit der Begründung ablehnt, es seien keine Tätigkeiten konkret behauptet worden, welche mit einer Kreditkartenbuchung allenfalls belegt werden könnten, weswegen es sich beim Beweisantrag um einen unzulässigen Ausforschungsbeweis handle. Dass eine Prozesspartei grundsätzlich die Schwierigkeit hat, von solchen Tätigkeiten der Gegenpartei über Jahre zurück überhaupt Kenntnis zu erlangen und sie konkret zu behaupten und damit den Gegenbeweis führen zu können, ist im Rahmen der Beweiswürdigung zu be-

¹³² Urteil des BGer 4A_760/2011 vom 23.05.2012 (frz.).

¹³³ Urteil des BGer 4A_744/2011 vom 12.07.2012.

rücksichtigen, ändert aber nichts an der Unzulässigkeit einer Beweisausforschung.¹³⁴

4. Wohnsitz-Gerichtsstand für die geschädigte Person im internationalen Verhältnis

Nachdem auf dem Gebiete der EU aufgrund der einschlägigen Verordnungen durch die Gerichtspraxis seit längerem der geschädigten Person ein Gerichtsstand gegen den ausländischen Versicherer am eigenen Wohnsitz eingeräumt wird, hat das Bundesgericht dies nun auch für das Lugano Übereinkommen festgehalten. Der Verweis in Art. 10 Abs. 2 aLugÜ auf Art. 7 bis 9 aLugÜ betreffend die Direktklagen ist dahingehend auszulegen, dass dem Geschädigten damit auch hinsichtlich des Gerichtsstandes die gleiche Stellung eingeräumt wird wie dem Versicherungsnehmer, dem Art. 8 Abs. 1 Nr. 2 aLugÜ eine Klage am Gerichtsstand an seinem Wohnort zur Verfügung stellt.¹³⁵

X. OHG – LAVI

1. Wohnsitz

Der Wohnsitzbegriff in der Opferhilfe bemisst sich nach den Regeln des Zivilgesetzbuches (Art. 23 bis 26 ZGB); dies gilt auch bei Straftaten im Ausland, wo nicht der Wohnsitzbegriff des IRPG anwendbar ist. Der Umstand, dass das Opfer im Zeitpunkt des Unfalles zum Zweck des Studiums im Ausland weilte und darum kaum Gelegenheit hatte, die Schweiz zu besuchen (hier: Studium an der Islamischen Universität Mekka), führt für sich alleine noch nicht dazu, eine Wohnsitzverlegung ins Ausland anzunehmen. Die Vorinstanz hat die näheren Umstände abzuklären.¹³⁶

2. Aufklärungspflichten und Verwirkung

Die Verwirkungsfrist vom Art. 16 Abs. 3 aOHG kann einem Opfer nicht entgegengehalten werden, wenn das Opfer über seine Rechte nicht zumindest minimal aufgeklärt worden ist. Dies gilt jedoch nur dann, wenn die Straftat tatsächlich einer Behörde bekannt geworden ist, welche das Opfer über die OHG-Ansprüche aufzuklären hat oder hätte. Wenn eine **Straftat im Ausland** begangen wird und diese der schweizerischen Botschaft nicht zur Kenntnis gebracht hat, und wenn sich auch die schweizerische Polizei mangels Zustän-

¹³⁴ Urteil des BGer 4A_269/2011 vom 10.11.2011.

¹³⁵ BGE 138 III 386; Bemerkungen von STEPHAN FUHRER, in: HAVE 2012, S. 303 ff.

¹³⁶ BGE 137 II 122.

digkeit mit der Straftat nicht zu befassen hat, ist keine informationspflichtige Behörde gegeben und kann sich das Opfer, welches die Verwirkungsfrist versäumt, nicht auf eine fehlende Information berufen.¹³⁷

Es besteht keine Verpflichtung von Amtsstellen, einen Anspruchsteller auf einen allenfalls drohenden Ablauf einer Verwirkungsfrist hinzuweisen.¹³⁸

Besteht jedoch aufgrund von Weisungen eine Informationspflicht von Vertretungen im Ausland gegenüber Schweizer Staatsangehörigen über die Ansprüche nach Opferhilfegesetz, muss dies im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens aufgrund des Diskriminierungsverbots auch gegenüber **Angehörigen der EU/EFTA-Vertragsstaaten** gelten.¹³⁹

3. Entschädigungsanspruch im Strafbefehlsverfahren

Ergeht gegen einen Beschuldigten ein Strafbefehl und werden die Zivilansprüche entsprechend der gesetzlichen Bestimmungen auf den Zivilweg verwiesen, so ist der Privatkläger als Strafk Kläger als obsiegend zu betrachten und hat er darum Anspruch auf eine Entschädigung für die Bemühungen, die mit dem Begehren um Verurteilung in Verbindung stehen. Keine Entschädigung hingegen wird ausgerichtet für die Bemühungen im Zusammenhang mit der Zivilforderung; eine Entschädigung hierfür muss zusammen mit den übrigen Zivilforderungen auf dem Zivilweg geltend gemacht werden. Eine exakte Abgrenzung zwischen dem Aufwand im Straf- und im Zivilpunkt kann sich als schwierig erweisen, jedoch wird die Entschädigung ohnehin nach Ermessen festgesetzt.¹⁴⁰

XI. VVG – LCA

1. Geltung und Auslegung des Vertrages

Grundsätzlich hält die Police in nicht widerlegbare Vermutung fest, was die Parteien als Versicherungsvertrag vereinbart haben. Das Bundesgericht hat diesen Grundsatz, der oft als stossend empfunden wird, gemildert. Besteht zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer ein übereinstimmender Willen, wird dieser jedoch in der Police falsch wiedergegeben, so kommt die **Fiktion von Art. 12 VVG nicht zur Anwendung**. Stellt der Versicherer einseitig eine neue Police mit verändertem Deckungsumfang aus,

¹³⁷ Urteil des BGer 1C_456/2010 vom 11.02.2011.

¹³⁸ Urteil des BGer 2C_640/2011 vom 01.02.2012.

¹³⁹ BGE 137 II 242.

¹⁴⁰ Urteil des BGer 6B_310/2012 vom 11.12.2012 (zur Publikation vorgesehen).

ohne dass vorgängig Verhandlungen über den Vertragsinhalt geführt worden sind, und weist der Versicherer den Versicherungsnehmer auf die Änderung des Deckungsumfanges nicht hin, bleibt die bisherige Versicherungsdeckung in Kraft, jedenfalls dann, wenn der Versicherungsnehmer die veränderte Deckung nicht anhand einer wesentlichen Prämien Veränderung hätte bemerken können und müssen.¹⁴¹

Ein **Mahnschreiben nach Art. 21 Abs. 1 VVG** muss ausdrücklich auch darauf hinweisen, dass nach Ablauf einer Frist von zwei Monaten vermutet wird, dass der Versicherer unter Verzicht auf die ausstehende Prämie vom Vertrag zurücktritt. Erwähnt das Mahnschreiben diese Frist nicht, liegt keine gültige Mahnung vor.¹⁴²

Allgemeine Versicherungsbedingungen unterliegen der Geltungskontrolle im Sinne der Ungewöhnlichkeitsregel. Eine Bestimmung in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen, wonach bei einer Arbeitsunfähigkeit aufgrund psychischer Beeinträchtigungen das Taggeld nicht nach 720 Tagen, sondern bereits nach 180 Tagen endet, ist **objektiv ungewöhnlich**. Auch ein Arzt oder Zahnarzt ist bezüglich einer kollektiven Krankentaggeldversicherung nicht geschäftserfahren, weswegen die AVB-Bestimmung auch subjektiv ungewöhnlich ist.¹⁴³

Auszulegen war vom Bundesgericht eine Bestimmung zur Frage, welche Leistungspflicht besteht, wenn **Folgen eines Unfalles und einer Krankheit zusammen spielen**. Wenn die Allgemeinen Versicherungsbedingungen formulieren: «Krankheit ist jede medizinisch feststellbare Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, die nicht zurückzuführen ist auf einen Unfall im Sinne der Unfallversicherung gemäss UVG, eine dem Unfall gleichgestellte Verletzung im Sinne der Unfallversicherung gemäss UVG, eine von der Unfallversicherung gemäss UVG gedeckte Berufskrankheit, und die eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.», darf der Versicherte darauf vertrauen, dass entweder ein Unfall oder aber eine Krankheit gegeben ist, und dass ein je entsprechender Versicherungsschutz besteht. In den Allgemeinen Versicherungsbedingungen werden nur die Fälle, bei denen die gesundheitliche Beeinträchtigung ausschliesslich auf einen Unfall zurückzuführen ist oder Leistungen durch die Unfallversicherung erbracht werden, unzweideutig von der Versicherung ausgeschlossen. Wenn die Versicherungsgesellschaft ihre Leistungspflicht auch für den Fall ausschliessen wollte, dass ein Zusammenspiel von Unfall und Krankheit eine Arbeitsunfähigkeit verursacht, müsste sie

¹⁴¹ Urteil des BGer 4A_219/2011 vom 16.12.2011 (frz.); Bemerkungen von STEPHAN FUHRER, in: HAVE 2012, S. 178 ff.

¹⁴² BGE 138 III 2; Bemerkungen von STEPHAN FUHRER, in: HAVE 2012, S. 179

¹⁴³ BGE 138 III 411; Bemerkungen von STEPHAN FUHRER, in: HAVE 2012, S. 429 ff.

dies gemäss Art. 33 VVG klar zum Ausdruck bringen; der angeführten Bestimmung kann nach Treu und Glauben ein derart weitreichender Ausschluss nicht entnommen werden, und der Versicherte muss nicht annehmen, dass bei einer zum Teil krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit, für die ein Unfall (mit)kausal war, die Leistungspflicht auch dann entfällt, wenn die Unfallversicherung keine Leistungen erbringt.¹⁴⁴

2. Anzeigepflichtverletzung

Wenn eine versicherte Person, die jahrelang wegen eines Rückenleidens eine ganze Rente der Eidgenössischen Invalidenversicherung bezogen hat, wieder eine Erwerbstätigkeit zu 100% aufnimmt, die Rückenbeschwerden aber weiterhin ärztliche Behandlung erforderlich machen und mehrmals jährlich zu erheblichen Schmerzen führen, dann stellt es eine Anzeigepflichtverletzung dar, wenn die versicherte Person auf die Frage, ob sie «bei guter Gesundheit» sei, mit «Ja» antwortet. Auch wenn die Frage relativ offen gestellt ist und darum ein grösserer Spielraum besteht, wie sie zu verstehen ist, muss der versicherten Person bei ernsthaftem Nachdenken klar werden, dass sie die Frage verneinen muss.¹⁴⁵

3. Schadenminderungspflicht

Der Versicherer kann vom Versicherten verlangen, dass er seiner **Rettungspflicht** (Art. 61 VVG) nachkommt. Diese muss hierfür nicht ausdrücklich festgeschrieben sein.

Auch wenn ein **Gesamtarbeitsvertrag** nicht ausdrücklich vorsieht, dass dem Versicherten einer obligatorisch vorgeschriebenen Kollektivkrankentaggeldversicherung eine Schadenminderungspflicht obliege, kann das Krankentaggeld vor Ablauf der vertraglich vorgesehenen 720 Tage eingestellt werden, wenn zwar die bisherige Tätigkeit nicht mehr möglich ist, aber in einer angepassten Verweisungstätigkeit eine Arbeitsfähigkeit von 100% besteht.¹⁴⁶

Jedoch obliegt es dem Versicherer, den Versicherten **abzumahn**en. Die Regel von Art. 21 Abs. 4 ATSG, wonach einem Versicherten, dessen Leistungen wegen Verletzung der Schadenminderungspflicht gekürzt werden sollen, vorgängig eine angemessene Bedenkzeit einzuräumen ist, ist als Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben auch auf Privatversicherungen

¹⁴⁴ Urteil des BGer 4A_84/2012 vom 29.06.2012; Bemerkungen von STEPHAN FUHRER, in: HAVE 2012, S. 431 ff.

¹⁴⁵ Urteil des BGer 9C_443/2012 vom 22.01.2013 (frz.).

¹⁴⁶ Urteil des BGer 9C_551/2011 vom 10.02.2012 (frz.).

anwendbar. Von einem Versicherer, der einem Versicherten zunächst Taggelder ausrichtet, dann jedoch davon ausgeht, dessen Arbeitsunfähigkeit sei beendet, ist daher zu erwarten, dass er den Versicherten darüber informiert und er die Leistungen während derjenigen Frist weiterzahlt, welche zur tatsächlichen Wiederaufnahme der Berufstätigkeit erforderlich ist. Dieser Pflicht wird nicht Rechnung getragen, wenn der Taggeldversicherer unter Hinweis auf ein von ihm erstelltes Gutachten erklärt, nach drei Wochen sei eine volle Arbeitsfähigkeit zumutbar, und per dann die Leistungen einstellt. Wenn im Gutachten Angaben zur Dauer der vorgeschlagenen Behandlung fehlen und lediglich Empfehlungen abgegeben werden, ist für den Versicherten selbst unter Beizug des Gutachtens nicht erkennbar, welche konkreten Behandlungsschritte von ihm zwingend verlangt werden, zumal keine Bedenk- und Umsetzungsfrist genannt wird. Unter diesen Umständen liegt keine genügende Abmahnung vor und kann keine Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit geltend gemacht werden.¹⁴⁷

Auch muss die Möglichkeit zur Schadenminderung nicht bloss theoretisch gegeben sein; der Versicherer hat dem Versicherten aufzuzeigen, in welcher Weise er die tatsächliche Möglichkeit besitzt, den Schaden geringer zu halten. Art. 61 Abs. 2 VVG erlaubt es dem Versicherer nicht, seine Leistungen gestützt auf **bloss theoretische mögliche Berufswechsel** zu reduzieren. Ein Berufswechsel muss dem Versicherten angesichts seines Alters, dem ihm offen stehenden Arbeitsmarkt und den tatsächlich bestehenden Aussichten, angesichts der gegebenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen eine Arbeit zu finden, zumutbar sein. Bestehen keine reellen Aussichten, durch einen Berufswechsel den Schaden tatsächlich zu reduzieren, kann ein solcher Wechsel dem Versicherten nicht zugemutet werden.¹⁴⁸

Wenn die Allgemeinen Versicherungsbedingungen eines Krankentaggeldversicherers vorsehen, die Taggelder würden gekürzt, soweit ein «Recht auf Leistungen der Sozialversicherungen» bestehe, so setzt eine Anrechnung zwar nicht voraus, dass tatsächlich diese Leistungen ausgerichtet werden. Die Leistungen müssen aber wenigstens von der zuständigen Behörde anerkannt worden sein. Eine **hypothetische Anrechnung** kommt nicht in Frage, wenn die versicherte Person ihre **Leistungsansprüche bei der Sozialversicherung** gar nicht angemeldet hat. Steht nicht fest, dass die versicherte Person aufgefordert worden wäre, sich bei der Invalidenversicherung anzumelden, und ist ausserdem keineswegs sicher, dass ihr auch Leistungen zugesprochen worden

¹⁴⁷ Urteil des BGer 4A_79/2012 vom 27.08.2012; Bemerkungen von STEPHAN FUHRER, in: HAVE 2012, S. 434 ff.

¹⁴⁸ Urteil des BGer 4A_304/2012 vom 14.11.2012 (frz.) (zur Publikation vorgesehen); ebenso 4A_529/2012 vom 31.01.2013 (frz.).

wären, handelt sie auch nicht rechtsmissbräuchlich und sind auch darum nicht fiktive Leistungen anzurechnen; hierin unterscheidet sich der Sachverhalt von BGE 133 III 527, der im Übrigen vom Versicherer nicht in Frage gestellt worden ist, weswegen auf diese Rechtsprechung nicht zurück zu kommen ist.¹⁴⁹

4. Schaden-/Summenversicherung

Der Umstand, dass der Versicherer dem Versicherten über Jahre eine Erwerbsunfähigkeitsrente erbracht hat, besagt nichts darüber, ob der Versicherungsvertrag über eine Schadensversicherung oder eine Summenversicherung abgeschlossen worden ist. Das Parteiverhalten nach Vertragsabschluss kann nur für die subjektive Vertragsauslegung, d.h. die Bestimmung des tatsächlichen Konsens bei Vertragsschluss, von Belang sein; fehlt ein solcher Konsens und muss der Vertragsinhalt nach dem Vertrauensprinzip ermittelt werden, kann aus dem Verhalten nach Vertragsschluss nichts abgeleitet werden. Die Formulierung: «Bei Personen, die eine Erwerbstätigkeit ausüben, wird der Grad der Erwerbsunfähigkeit aufgrund des Erwerbsausfalles ermittelt. Dabei wird das Einkommen, das die versicherte Person vor Eintritt der Erwerbsunfähigkeit aus ihrer Erwerbstätigkeit erzielt hat, mit demjenigen verglichen, das sie nach Eintritt der Erwerbsunfähigkeit noch erzielt oder erzielen könnte. Die Differenz, ausgedrückt in Prozenten des bisherigen Einkommens, ergibt den Grad der Erwerbsunfähigkeit» führt dazu, dass eine **Schadensversicherung** vereinbart worden ist, zumal die in Aussicht gestellte Versicherungsleistung in der Police explizit als «Erwerbsausfallrente» bezeichnet ist.¹⁵⁰

Eine Bestimmung in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen, wonach eine «Erwerbsunfähigkeit» vorliegt, wenn «der Versicherte infolge einer von einem Arzt festgestellten Krankheit oder eines Unfalles teilweise oder vollständig ausser Stande ist, seinen Beruf oder eine andere Erwerbstätigkeit auszuüben, die seiner Position, seinen Kenntnissen und seinen Fähigkeiten entspricht», begründet klarerweise eine **Summenversicherung**. Alleine die Verwendung des Begriffes «Erwerbsunfähigkeit» genügt nicht, um die Versicherung als Schadensversicherung zu qualifizieren, auch wenn in der Alltagssprache der Ausdruck «Erwerbsunfähigkeit» bedeutet, dass jemand nicht in der Lage ist, durch seine Arbeit ein Einkommen zu erzielen.¹⁵¹

¹⁴⁹ Urteil des BGer 4A_561/2012 vom 23.01.2013 (frz.).

¹⁵⁰ Urteil des BGer 4A_41/2012 vom 31.05.2012.

¹⁵¹ Urteil des BGer 4A_332/2010 vom 22.02.2011 (frz.); Bemerkungen von STEPHAN FUHRER, in: HAVE 2011, S. 262 ff.

5. Somatoforme Schmerzstörung und ähnliche Beschwerden

Im Frühjahr 2011 hatte das Bundesgericht ohne grosse Begründung die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung zur **Überwindbarkeit** somatoformer Schmerzstörungen für das Privatversicherungsrecht als ebenfalls anwendbar erklärt: Angesichts des Prinzips der freien Beweiswürdigung sei nicht zu rechtfertigen, nicht auch im Bereich der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung zur somatoformen Schmerzstörung anzuwenden. So sei die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum Einfluss einer somatoformen Schmerzstörung auf die Arbeitsfähigkeit auch beizuziehen, wenn Krankentaggelder im Rahmen einer Versicherung nach VVG zu beurteilen sind.¹⁵²

Dieser wenig reflektierten Übernahme ist Kritik erwachsen. Im April 2012 hat das Bundesgericht zur Arbeitsunfähigkeit in der privaten Krankentaggeldversicherung entschieden, wenn ein psychisches Beschwerdebild massgeblich vom **belastenden sozialen Faktor des Stellenverlustes** geprägt ist und sich die vom Versicherten wahrgenommenen Miss- oder Schmerzempfindungen nicht zu einem selbständigen Leiden verdichten, ist keine Arbeitsunfähigkeit gegeben, unabhängig davon, ob sich diese nach Art. 6 ATSG oder den anwendbaren Allgemeinen Versicherungsbedingungen definiert. Es konnte damit die Frage offen gelassen werden, ob die Überwindbarkeitspraxis im Sinne von BGE 136 V 279 und BGE 130 V 252 im VVG-Taggeldbereich überhaupt anwendbar wäre.¹⁵³

Gleichermassen ist die Frage auch weiter offen gelassen worden. Ob die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung zur Überwindbarkeit einer somatoformen Schmerzstörung auch für Krankentaggeldansprüche nach VVG anwendbar ist, ist umstritten, kann aber **offen bleiben**, wenn sich dies auf die Dauer der Übergangsfrist und die Höhe der in dieser Zeit geschuldeten Taggelder nicht auswirkt. Selbst wenn jedoch eine Überwindbarkeit anzunehmen wäre und dies bei der Festsetzung der für die Leistungen massgebenden Arbeits- bzw. Erwerbsfähigkeit zu berücksichtigen wäre, vermöchte dies die Anpassungsfrist zur Stellensuche und Neuorientierung nicht zu verkürzen, zumal die versicherte Person diesfalls nicht nur eine angepasste Stelle suchen, sondern zusätzlich noch die Schmerzproblematik überwinden müsste.¹⁵⁴

¹⁵² Urteil des BGer 4A_5/2011 vom 24.03.2011 (frz.); Bemerkungen von STEPHAN FUHRER, in: HAVE 2011, S. 166 ff.; Bemerkungen von MARKUS ZIMMERMANN, in: HAVE 2011, S. 259 ff.

¹⁵³ Urteil des BGer 4A_618/2011 vom 10.04.2012.

¹⁵⁴ Urteil des BGer 4A_223/2012 vom 20.08.2012.

6. Verfahren

Das Bundesgericht subsumiert **kollektive Krankentaggeldversicherungen** wie alle weiteren Taggeldversicherungen in ständiger Praxis unter dem Begriff der **Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung**. Ein Anlass für eine Änderung dieser Rechtsprechung ist nicht ersichtlich.¹⁵⁵

Für diese Streitigkeiten **entfällt das Sühnverfahren**: Auch wenn eine Streitigkeit über eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung vor einem kantonalen Versicherungsgericht ausgetragen wird, handelt es sich um eine zivilrechtliche Streitigkeit und ist die Zivilprozessordnung die massgebliche Verfahrensordnung. Dass Art. 7 ZPO nicht im Ausnahmekatalog von Art. 198 lit. f ZPO enthalten ist, ist ein Versehen; auch in diesem Verfahren entfällt das vorgängige Sühnverfahren.¹⁵⁶

Wenn im Kanton ein Sozialversicherungsgericht zulässigerweise als einzige kantonale Instanz über Ansprüche aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung entscheidet, ist die **Berufung an das Bundesgericht** zulässig, auch wenn der **Streitwert** CHF 30'000.– nicht erreicht.¹⁵⁷

XII. Revisionen – Modifications législatives

Das Versicherungsvertragsgesetz ist über hundert Jahre alt und nach Ansicht des Bundesrats nicht mehr zeitgemäss. Mit einer Totalrevision wollte er unter anderem die Rechte der Versicherten stärken. Nach umfangreichen Vorarbeiten einer Expertenkommission und einem ausgedehnten Vernehmlassungsverfahren hat der Bundesrat am 7. September 2011 die Botschaft unterbreiten.

Inzwischen hat die VVG-Revision das gleiche Schicksal ereilt wie zuvor die ebenfalls gross angelegte Revision des Haftpflichtrechts. Der Nationalrat hat die Vorlage am 13. Dezember 2012 mit 124 zu 58 Stimmen bei 9 Enthaltungen an den Bundesrat zurückgewiesen. Die Rückweisung hatte die bürgerliche Mehrheit der Wirtschaftskommission beantragt. Sie anerkannte zwar den Reformbedarf – aber nur als Teilreform und angesichts der erwarteten hohen Kosten für die Versicherungen «nur soweit nötig», wie es in der Rückweisung heisst.

Somit werden weder das Haftpflichtrecht noch das Versicherungsvertragsrecht, beide mehr als 100 Jahre alt, den modernen Bedürfnissen angepasst.

¹⁵⁵ Urteil des BGer 4A_47/2012 vom 12.03.2012.

¹⁵⁶ BGE 138 III 558; Bemerkungen von STEPHAN FUHRER, in: HAVE 2012, S. 436 ff.

¹⁵⁷ BGE 138 III 2; Bemerkungen von STEPHAN FUHRER, in: HAVE 2012, S. 179 ff.