

Schadenrecht: Personenschaden 2015

Responsabilité civile: dommages corporels 2015

Alexandre Guyaz*
Patrick Wagner**

Inhaltsverzeichnis / Table des matières

I.	Einleitung – Introduction	449
	1. Bemerkenswertes, rechtlich und praktisch	449
	2. Verhältnis Haftpflicht- und Privatversicherungsrecht - Sozialversicherungsrecht	449
	a) Begriffe	449
	b) Unklare Beschwerdebilder, Adäquanz, Überwindbarkeit	450
II.	Les fondements de la responsabilité – Haftungs begründung	451
	1. Responsabilité pour faute	451
	a) La notion de négligence	451
	b) La négligence par omission – notion de garant	452
	c) La faute en matière de circulation routière	454
	2. Responsabilité fondée sur la confiance	455
	3. Responsabilité du propriétaire de l'ouvrage	456
	4. Responsabilités objectives aggravées	459
	5. Responsabilité médicale	460
	6. Responsabilité de l'État	465
	7. Responsabilité en matière d'activités de loisirs	467
	8. Responsabilité du fait des produits	468
	9. Responsabilité en matière de voyages à forfait	469
	10. Responsabilité de l'administrateur	469

* Dr en droit, avocat spécialiste FSA responsabilité civile et droit des assurances, Lausanne. Cet auteur reprend parfois quelques courts extraits de la Newsletter publiée par l'Université de Neuchâtel et l'Association des avocats spécialistes FSA en responsabilité civile et droit des assurances (détails sous : www.droitpourlepraticien.ch).

** Lic. iur., Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Basel/Zürich.

III. Causalité – Kausalität	471
1. Causalité naturelle	471
2. Causalité adéquate	472
3. Interruption de la causalité adéquate	472
4. Prédisposition constitutionnelle	475
IV. Schadenberechnung – Calcul du dommage	477
1. Erwerbsschaden / Erwerbsausfallschaden, inkl. Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens	477
2. Haushaltsführungsschaden	478
3. Tort moral	478
a) Les principes généraux	478
b) Le tort moral en cas de décès	482
c) Le tort moral en cas de lésions corporelles	483
V. Schadenssubstantiierung und Schadennachweis – Allégation et preuve du dommage	483
1. Im Allgemeinen	483
2. Die vorsorgliche Beweisführung	484
VI. Fixation de l'indemnité – Bestimmung der Entschädigung	486
VII. Kongruenz, Anrechnung und Regress – Concordance, imputation et recours	487
1. Sachliche Kongruenz	487
2. Regress	488
VIII. Verjährung – Prescription	488
IX. Verfahren – Procédure	489
1. Recht auf den Beweis	489
2. Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung	490

I. Einleitung – Introduction

1. Bemerkenswertes, rechtlich und praktisch

In den Jahren 2013 und 2014¹ hat sich das Bundesgericht in wenigen veröffentlichten und viel mehr unveröffentlichten Urteilen mit Fragen aus dem Haftpflicht- und Versicherungsrecht befasst. Nach welchen Regeln in Lausanne entschieden wird, ob ein Urteil der einen oder anderen Gruppe zugeteilt wird, ist nicht immer nachvollziehbar. Mittelfristig sollte sich das Bundesgericht im Zeitalter der täglichen Publikation aller Urteile im Internet vielleicht überlegen, auf diese in der Praxis letztlich bedeutungslose Unterscheidung zu verzichten.

Welche Fragen höchstrichterlich entschieden werden, ist einerseits abhängig von den „Zufällen, die das Leben (wenn es zu Schadenfällen führt) so schreibt“. Andererseits widerspiegelt sich in dieser Rechtsprechung auch die der Berichtsperiode vorangegangene Tätigkeit des Gesetzgebers. Aktuell waren das schwergewichtig Fragen zur neuen ZPO, allen voran zur vorsorglichen Beweisführung nach deren Art. 158.

Was dem täglichen Leser der Rechtsprechung des Bundesgerichtes dabei immer wieder auffällt (und erschreckt!) ist die unglaublich lange Zeit, die zwischen einem Schadenereignis und der definitiven Schadenerledigung in der Form eines Bundesgerichtsurteils verstreicht. Nicht selten sind das 20 Jahre und mehr.

Auffällig ist auch, dass viele (weit über die Hälfte) der das Haftpflicht- und Versicherungsrecht betreffenden Beschwerden in Zivilsachen in Lausanne an rein formellen Hürden, hauptsächlich Rügefehlern und/oder mangelnder Substantiierung, scheitern. Ob dies ein Zeichen mangelhafter Arbeitsqualität der Schweizer Anwaltschaft oder fehlender „Eintretensmotivation“ der Bundesrichterinnen und Bundesrichter ist, ist schwer zu sagen, wohl beides.

2. Verhältnis Haftpflicht- und Privatversicherungsrecht - Sozialversicherungsrecht

a) Begriffe

Der Begriff Personenschadenrecht umfasst letztlich alle juristischen Fragen, die sich in der Folge eines Gesundheitsschadens, bzw. dessen Ausgleich stellen. Schwergewichtig sind dies das Sozialversicherungsrecht, das (private, ausservertragliche und vertragliche) Haftpflichtrecht, das Privatversiche-

¹ Unsere Berichtsperiode umfasst den Zeitraum vom 1. März 2013 bis zum 28. Februar 2015.

rungsrecht sowie das Staatshaftungs-, und als weitere Unterdisziplin das Arzthaftpflichtrecht. Daneben stellen sich aber auch wichtige Fragen aus dem Verfahrensrecht (Sozialversicherungsverfahren, Zivilprozessrecht, öffentliches Verfahrensrecht), dem Opferhilfe-, dem Fürsorge- und dem Steuerrecht.

Vor allem das Haftpflicht- und das Sozialversicherungsrecht sind dabei derart stark miteinander „verzahnt“, dass sich sog. Komplexschäden nie ohne genaue Kenntnis beider Rechtsgebiete lösen lassen.

Gemeinsam haben alle genannten Rechtsgebiete des Personenschadensrechts verschiedene Begriffe, hauptsächlich diejenigen des Schadens, der Kausalität, der Adäquanz, aber auch der Gesundheit, bzw. Krankheit. Namentlich seit der Gesetzgeber und die sozialversicherungsrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichtes in Luzern die Anforderungen an die Gewährung von Leistungen verschärft haben, stellt sich bezüglich dieser gemeinsamen Begriffe die Frage, in wieweit die im Sozialversicherungsrecht entwickelte Praxis auch in den anderen Rechtsgebieten gilt. Die letzten zwei Jahre brachten diesbezüglich eine weitere Klärung.

b) Unklare Beschwerdebilder, Adäquanz, Überwindbarkeit

Auch in der aktuellen Berichtsperiode hat sich das Bundesgericht nicht in grundsätzlicher Weise dazu geäußert, wie mit den im Sozialversicherungsrecht „heiss diskutierten“ unklaren Beschwerdebildern umgegangen werden soll. Bestätigt - und zwar unzweideutig - wurde hingegen die bereits langjährige Rechtsprechung, dass die Zivilgerichte an sozialversicherungsrechtliche Urteile nicht gebunden sind und die Praxis in beiden Rechtsgebieten eine unterschiedliche Beurteilung der Adäquanz entwickelt hat.² Im Zusammenhang mit Leistungen einer Krankentaggeldversicherung, somit im Privatversicherungsrecht, wurde sodann entschieden, dass die sozialversicherungsrechtliche, sog. „Überwindbarkeitspraxis“ *nicht* gilt.³ Wieder in die andere Richtung deutet hingegen ein am Ende der Berichtsperiode gefälltes Urteil, wonach ‘namentlich für Beschwerdebilder, die nicht bildgebend objektiviert werden können, hohe Anforderungen an die Grundlagen zu stellen sind, welche einen Schluss auf das Vorliegen unfallkausaler Verletzungen zulassen, ... die erste zivilrechtliche Abteilung folge insoweit der Praxis der ersten sozialrechtlichen Abteilung (BGE 134 V 109, E. 9.4, S. 124; Urteil 4A_494/2009 vom 17. November 2009 E. 2.2).⁴

² Urteil 4A_115/2014 vom 20. November 2014 E. 6.3.

³ Urteil 4A_517/2013 vom 2. April 2014.

⁴ Urteil 4A_607/2014 vom 9. Februar 2015 E. 3.2.

II. Les fondements de la responsabilité – Haftungsbeurteilung

1. Responsabilité pour faute

a) *La notion de négligence*

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la négligence est l'imprévoyance coupable commise par celui qui, ne se rendant pas compte des conséquences de son acte, agit sans user des précautions commandées par les circonstances et sa situation personnelle (art. 12 al. 3 CP). L'infraction suppose que l'auteur ait d'une part violé les règles de prudence que les circonstances lui imposaient pour ne pas excéder les limites du risque admissible et que, d'autre part, il n'ait pas déployé l'attention et les efforts que l'on pouvait attendre de lui pour se conformer à son devoir. Pour déterminer plus précisément quels étaient les devoirs imposés par la prudence, on peut se référer à des normes édictées par l'ordre juridique pour assurer la sécurité et éviter des accidents ; à défaut de dispositions légales ou réglementaires, on peut se référer à des règles analogues qui émanent d'associations privées ou semi-publiques lorsqu'elles sont généralement reconnues. La violation des devoirs de la prudence peut aussi être déduite des principes généraux, si aucune règle spéciale de sécurité n'a été violée. Un comportement viole le devoir de prudence lorsque l'auteur, au moment des faits, aurait pu, compte tenu de ses connaissances et de ses capacités, se rendre compte de la mise en danger d'autrui et qu'il a simultanément dépassé les limites du risque admissible. C'est en fonction de la situation personnelle de l'auteur que l'on doit apprécier son devoir de prudence. S'il y a eu violation des règles de la prudence, encore faut-il que celle-ci puisse être imputée à faute, c'est-à-dire que l'on puisse reprocher à l'auteur, compte tenu de ses circonstances personnelles, d'avoir fait preuve d'un manque d'effort blâmable.⁵

Un comportement viole un devoir de prudence lorsque l'auteur, au moment des faits, aurait pu et dû, compte tenu des circonstances, de ses connaissances et de ses capacités, se rendre compte de la mise en danger des biens juridiquement protégés de la victime et qu'il a simultanément dépassé les limites du risque admissible. Le risque de survenance du résultat est *prévisible* pour l'auteur lorsque son comportement est propre, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit ou, au moins, à le favoriser. La chaîne des événements conduisant au résultat doit être prévisible pour l'auteur à tout le moins dans ses grandes lignes. Il faut d'abord se demander si l'auteur aurait pu et dû prévoir, ou reconnaître, la mise en danger des biens juridiquement protégés de la vic-

⁵ Principes rappelés notamment à l'arrêt 6B_126/2014 du 13 mai 2014 consid. 1.1.

time. La réponse à cette question nécessite de recourir à la notion de causalité adéquate. Pour attribuer la survenance du résultat à un comportement coupable de l'auteur, sa seule prévisibilité ne suffit pas. Il faut encore savoir si le résultat était également *évitable*. Il faut à cet égard analyser et examiner le déroulement causal hypothétique des événements pour déterminer si le résultat ne se serait pas produit si l'auteur avait eu un comportement conforme à ses devoirs. Pour qu'on puisse compter avec le résultat, il suffit que le comportement de l'auteur apparaisse, avec un haut degré de vraisemblance ou avec une vraisemblance confinant à la certitude, comme la cause du résultat.⁶

Lorsqu'un accident agricole est dû au fait que le responsable potentiel a laissé une trappe ouverte alors que des travaux devaient être exécutés à proximité, on peut considérer que l'auteur a agi par commission s'il a lui-même ouvert la trappe quelques temps plus tôt, cette action absorbant l'omission de refermer ensuite la trappe.⁷ En l'espèce, il a été retenu que l'ouverture de la trappe non sécurisée, sans que des mesures nécessaires ne soient prises pour qu'elle ne représente pas un danger pour les tiers, constituait, d'un point de vue objectif la violation d'un devoir de prudence. Et l'auteur, au moment des faits, se rendait compte de la mise en danger d'autrui, dès lors qu'en principe il s'assurait toujours que personne ne soit dans la grange lorsque la trappe était ouverte. En l'ouvrant peu avant l'arrivée prévue d'un autre travailleur, sans prendre de précaution pour éviter le risque de chute, il a fautivement violé ses devoirs de prudence.⁸

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

Selon l'art. 11 CP, un crime ou un délit peut aussi être commis par le fait d'un comportement passif contraire à une obligation d'agir (al. 1). Reste passif en violation d'une obligation d'agir celui qui n'empêche pas la mise en danger ou la lésion d'un bien juridique protégé par la loi pénale bien qu'il y soit tenu à raison de sa situation juridique. La loi 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 (art. 11 al. 2 CP). 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 protéger un bien déterminé contre des dangers indéterminés (devoir de protection) ou à empêcher la réalisation de risques

⁶ Arrêt 6B_1065/2013 du 23 juin 2014 consid. 1.2.

⁷ Arrêt 6B_126/2014 du 13 mai 2014 consid. 1.3.

⁸ Arrêt 6B_126/2014 du 13 mai 2014 consid. 2.2.

connus auxquels des biens indéterminés étaient exposés (devoir de surveillance).⁹

Le chef d'un chantier possède une position de garant dans ce sens où, lorsqu'il crée une situation dangereuse pour la vie et la santé d'autrui, il doit prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter la survenance d'un dommage. Ainsi, le chef de chantier qui a fait démonter un balcon dans le cadre de travaux de rénovation sans ordonner les mesures de sécurité nécessaires viole son devoir de prudence. Il n'est en effet pas rare qu'une femme de ménage possède la clé d'un appartement afin de pouvoir y travailler en l'absence de ses patrons. Dès lors le chef de chantier ne peut pas partir sans autre du principe que seules les trois personnes qu'il connaît et qu'il a informées de la situation peuvent accéder à l'appartement concerné, même si le danger n'est créé que pour une courte durée. Il lui appartient au contraire de bloquer l'ouverture des portes-fenêtres aussi longtemps que le balcon est absent, ce qui constitue par ailleurs une mesure relativement simple.¹⁰

Il est admis que le médecin et le personnel soignant assument une obligation contractuelle de protection vis-à-vis de leurs patients. Pour délimiter les responsabilités en cas de travail médical en équipe, la doctrine pénale recourt au principe de la confiance, développé en matière de circulation routière, selon lequel tout conducteur peut compter, en l'absence d'indice contraire, avec une certaine prudence des autres personnes. De la même manière, en cas de division horizontale du travail, chaque travailleur doit pouvoir légitimement s'attendre que son collègue respecte ses devoirs, tant qu'aucune circonstance ne laisse présumer le contraire. Ainsi dans une affaire bernoise, le Tribunal fédéral a confirmé la culpabilité d'une infirmière en relation avec le décès d'un patient qui aurait pu être sauvé si le médecin de garde avait été une nouvelle fois appelé après que son état de santé psychiatrique se fût aggravé. En l'espèce, l'infirmière et un collègue assumaient en commun la responsabilité en ce qui concernait la surveillance du patient, même si le collègue en question avait peut-être joué un rôle plus actif. Celui-ci n'était cependant pas son supérieur hiérarchique, si bien que l'infirmière ne pouvait rester inactive. Si elle avait estimé que son collègue manquait à ses obligations, elle aurait dû intervenir et téléphoner au médecin de garde. En n'ayant pas averti le médecin de garde de la nouvelle péjoration de l'état de santé du patient elle avait ainsi violé son devoir de diligence.¹¹

En tant qu'organisateur d'une activité présentant des risques, celui qui met sur pied une manifestation lors de laquelle les participants peuvent s'initier au quad, soit qui met disposition le matériel et l'équipement nécessaires quads

⁹ Voir notamment l'arrêt 6B_614/2014 du 1^{er} décembre 2014 consid. 1.

¹⁰ Arrêt 6B_885/2013 du 24 mars 2014 consid. 2.6.

¹¹ Arrêt 6B_1065/2013 du 23 juin 2014 consid. 1.1 et 1.3.1.

et casques), qui trouve un lieu adapté, délimite le parcours et s'engage à donner des instructions, a une position de garant vis-à-vis des participants. Il doit donc s'assurer que la manifestation se déroule en toute sécurité pour les participants. La clause contractuelle qui mentionne qu'en cas d'accident, toute responsabilité est exclue est sans portée sur le plan pénal.¹²

c) *La faute en matière de circulation routière*

Un chauffeur de camion doit toujours compter avec le fait qu'un motocycliste ou un cycliste peut se placer immédiatement à la droite de son véhicule arrêté à un stop ou à un feu rouge, ou qu'un deux-roues se place devant lui en passant par le trottoir ou en provenance d'une rue secondaire. On peut donc exiger d'un tel chauffeur qu'il jette toujours un œil dans les rétroviseurs qui couvrent ses angles morts avant de redémarrer. Cela est d'autant plus nécessaire si le camion se trouve dans une zone habitée, à l'intérieur d'une localité, où il faut compter sur une présence accrue de piétons et de cyclistes. Le Tribunal fédéral a donc confirmé, dans un arrêt du 18 décembre 2013, la condamnation pour homicide par négligence d'un chauffeur qui n'avait pas vu qu'un cycliste l'avait dépassé par le trottoir, alors qu'il attendait à un feu rouge, pour se placer ensuite immédiatement devant lui, de travers dans l'espace réduit disponible entre le poids-lourd et la voiture qui le précédait.¹³

Viola l'art. 35 al. 2 LCR, celui qui dépasse un véhicule agricole alors qu'il ne dispose pas objectivement de la place nécessaire pour sa manœuvre, alors même qu'il manque seulement moins de 2 mètres sur 165. Pour apprécier la gravité de la faute, on tiendra compte à sa décharge du fait que l'accusé a interrompu le dépassement et s'est rabattu derrière la moissonneuse lorsqu'il a vu arriver un autre véhicule en face de lui.¹⁴

Constitue un comportement imprudent, et partant une violation de l'art. 35 al. 5 LCR, le fait pour un motard qui dépasse une file de voitures avançant très lentement de poursuivre sa manœuvre alors qu'il constate que l'automobiliste qui se trouve devant la prochaine voiture a enclenché son clignotant gauche. Une telle faute ne peut cependant pas être qualifiée de grave si elle a lieu sur un tronçon parfaitement rectiligne et dans des bonnes conditions de visibilité.¹⁵

Commet par contre une faute grave l'automobiliste qui, à une vitesse qualifiée d'inadaptée, dépasse par la gauche un véhicule placé en ordre de présélection, indicateur de direction gauche enclenché. Ainsi, si la faute de

¹² Arrêt 6B_614/2014 du 1^{er} décembre 2014 consid. 2.2.

¹³ Arrêt 6B_443/2013 du 18 décembre 2013 consid. 3.4.

¹⁴ Arrêt 6B_1209/2013 du 26 juin 2014 consid. 1.3.

¹⁵ Arrêt 4A_699/2012 du 27 mai 2013 consid. 3.3.

l'automobiliste dépassé n'est pas établie, comme c'était le cas dans une affaire soumise au Tribunal fédéral en décembre 2014, ce dernier peut s'exonérer de toute responsabilité, conformément à l'art. 59 al. 1 LCR.¹⁶

Selon une jurisprudence constante, le conducteur qui oblique à gauche gêne par sa manœuvre la fluidité du trafic et crée une situation de nature à accroître le risque d'accidents, singulièrement pour les usagers arrivant de l'arrière. Ladite manœuvre doit être effectuée avec les plus grandes précautions, parce que les intentions de celui qui oblique, même dûment signalées, peuvent aisément échapper aux autres usagers ou être mal comprises. Les précautions à prendre pour obliquer se déterminent d'après les circonstances de l'espèce. Obliquer à gauche en dehors d'une intersection réclame la plus grande prudence. Ainsi, l'automobiliste qui oblique à gauche à la hauteur d'une entrée de propriété privée afin de faire demi-tour, soit en-dehors d'un carrefour dûment signalé, doit procéder à des mesures de contrôle strictes, afin de vérifier en particulier qu'aucun véhicule ne se trouve dans l'angle mort. Il doit ainsi regarder par-dessus son épaule et, à la rigueur, ouvrir la fenêtre latérale pour procéder à une observation complète.¹⁷

2. Responsabilité fondée sur la confiance

La responsabilité fondée sur la confiance se situe à mi-chemin entre le contrat et le délit. Ce chef de responsabilité à la charge d'un tiers au contrat entre ainsi en ligne de compte lorsque le tiers en question éveille une confiance digne de protection et déçoit ensuite cette confiance de façon contraire au principe de la bonne foi. Il est pour cela nécessaire que les parties aient noué une relation juridique spéciale, qui seule justifie certains devoirs de protection et de clarification. Les conditions de cette responsabilité sont relativement sévères. Ne mérite ainsi pas une telle protection celui qui est simplement victime de sa propre imprudence, d'une trop grande crédulité ou de la réalisation des risques généraux propres aux affaires, mais seulement celui dont on abuse de la confiance légitime.

C'est ainsi que le Tribunal fédéral a nié toute responsabilité fondée sur la confiance à la charge d'une banque qui avait mis ses locaux à disposition d'une bande d'escrocs, qui ont réussi à soutirer un million d'euros à un couple d'hôteliers italiens, lesquels avaient pris à tort l'un des malfrats pour le directeur de la banque, en présence néanmoins d'une véritable employée de cet établissement. Il a été retenu en substance que la banque n'avait aucune raison de se méfier, et qu'il apparaissait naturel qu'elle mette à disposition ses

¹⁶ Arrêt 4A_581/2014 du 12 décembre 2014 consid. 3.

¹⁷ Arrêt 4A_699/2012 du 27 mai 2013 consid. 3.4.2.

locaux dans le but d'acquérir un nouveau client, sachant que la victime avait bel et bien dans cette opération ouvert un compte chez elle.¹⁸

3. Responsabilité du propriétaire de l'ouvrage

D'après la jurisprudence constante, savoir si un ouvrage est défectueux dépend essentiellement du but qui lui est assigné. Il y a défaut de l'ouvrage lorsque celui-ci n'offre pas la sécurité suffisante au regard de l'usage auquel il est destiné, étant précisé qu'il y a lieu d'être plus exigeant s'agissant de la sécurité d'installations destinées au public que de celles qui sont réservées à l'usage privé d'un cercle limité de personnes. Pour fixer la limite du devoir de sécurité, on se réfère notamment à ce qui est raisonnablement exigible de la part du propriétaire (*Zumutbarkeit*). On tiendra compte des intérêts concrets présents en l'espèce, soit d'une part de l'importance du risque et de la gravité du dommage susceptible d'être causé et d'autre part du degré d'efficacité des mesures à prendre, de leur coût et de leurs éventuels inconvénients.¹⁹

Si en principe, en cas de défauts et de dangers mineurs, le propriétaire peut partir du principe que les utilisateurs de l'ouvrage vont se comporter avec une prudence correspondant à la moyenne, une telle présomption n'est plus possible si, en raison de la nature de l'ouvrage, il est clair qu'un comportement déraisonnable ou imprudent de la part des utilisateurs peut causer de graves lésions. En pareil cas, il convient de prévenir le danger créé par l'ouvrage au moyen de toutes les mesures de protection raisonnablement exigibles. On sera à cet égard d'autant plus exigeant en ce qui concerne les ouvrages accessibles au public, ou qui apparaissent accessibles à tous alors que tel n'est pas le cas en réalité.²⁰

Dans le cas d'une passante qui avait glissé sur un **chemin privé verglacé** un 31 décembre, le Tribunal fédéral a considéré que l'instance cantonale avait procédé à un examen non arbitraire du devoir du propriétaire d'assurer le déneigement régulier du chemin litigieux. Il avait notamment été admis que l'on ne pouvait exiger du défendeur qu'il aille jusqu'à engager un deuxième concierge pour assurer l'entretien du chemin en cas de mauvais temps. Les juges cantonaux s'étaient également penchés sur la question de savoir si d'autres moyens que le salage et le sablage auraient dû être engagés (fraiseuse, pic à glace, tapis, etc.), question à laquelle il avait été répondu par la négative.²¹

¹⁸ Arrêt 4A_565/2012 du 21 mars 2013 consid. 2.3 et 2.4.

¹⁹ Arrêt 4A_114/2014 du 18 août 2014 consid. 2.

²⁰ Arrêt 4A_385/2013 du 20 février 2014 consid. 6.1.

²¹ Arrêt 4A_114/2014 du 18 août 2014 consid. 2.1.

On notera encore que notre aute Cour tient compte dans l'examen du devoir de sécurité du propriétaire de l'ouvrage du fait qu'il soit ou non dans l'intérêt de ce dernier que le public fasse usage de l'ouvrage en question. En d'autres termes, il existe une obligation accrue d'assurer le déneigement d'un trottoir lorsqu'il s'agit d'assurer la sécurité des clients qui se rendent dans le commerce du propriétaire.²²

Le fait que l'ouvrage soit conforme aux **normes en vigueur** au moment de son édification n'exclut pas nécessairement la survenance ultérieure d'un défaut, suivant l'évolution de ces normes. Inversement, le seul fait qu'un bâtiment ne présente pas tous les avantages de la technique moderne ne permet pas en soi de retenir un défaut. Le point de savoir si l'ouvrage doit ou non être adapté aux nouvelles normes sera ainsi apprécié de cas en cas.²³ Dans le cas de barrières de 91 centimètres de haut, édifiées, en conformité du standard en vigueur depuis 1977 devant les portes-fenêtres de chambres d'hôtel surplombant un vide de 5 mètres 50 environ, l'autorité cantonale peut, sans tomber dans l'arbitraire, renoncer à exiger une adaptation, en 2005, à une norme édictée en 1996 et prescrivant désormais une hauteur de 1 mètre, sachant que cette dernière hauteur aurait de toute façon été inférieure au centre de gravité de la victime de l'accident visé, d'une part, et que cette adaptation aurait suscité un coût de l'ordre de CHF 45'000, d'autre part.²⁴

Pour déterminer les exigences en matière de sécurité d'une **piscine**, on peut se référer aussi bien aux recommandations du Bureau fédéral de prévention des accidents (bpa) en la matière qu'au règlement de l'Association suisse de natation quant aux installations de compétition (règlement SSCHV) qui correspond à cet égard aux prescriptions de la Fédération internationale de natation (FINA). Dans un arrêt du 13 janvier 2014, le Tribunal fédéral a constaté que les recommandations du bpa ne contenaient aucune règle concernant la présence de plots de départ en cas de profondeur située entre 1,4 mètre et 1,8 mètre. Comme le règlement SSCHV ne contenait aucune règle selon laquelle des plots fixes ne sont autorisés qu'à partir d'une profondeur minimale de 1,8 mètre, le Tribunal fédéral s'en est tenu à sa jurisprudence et en a conclu que les règles de sécurité applicables n'exigeaient pas pour l'utilisation de plots de départ fixes une profondeur d'eau supérieur à 1,4 mètre, et cela même dans le cadre d'un usage public, en l'espèce une piscine d'hôtel, soit en dehors des compétitions officielles.²⁵

²² Arrêt 4A_114/2014 du 18 août 2014 consid. 5.2.

²³ Arrêt 4A_521/2013 du 9 avril 2013 consid. 3.4. Voir aussi à propos des routes publiques l'arrêt 4A_286/2014 du 15 janvier 2015 consid. 5.3.

²⁴ Arrêt 4A_521/2013 du 9 avril 2013 consid. 4.2 et 4.3.

²⁵ Arrêt 4A_359/2013 du 13 janvier 2014 consid. 3.4.

Une des limites de la responsabilité du maître de l'ouvrage est posée par la **responsabilité propre de l'utilisateur**. Le propriétaire est ainsi en droit d'ignorer les risques potentiels qui peuvent être écartés avec un minimum de prudence de la part des personnes qui utilisent ou sont en contact avec l'ouvrage. Le juge doit néanmoins examiner si, de façon objective, l'ouvrage présente une sécurité suffisante pour une utilisation conforme aux instructions donnée ou pour une utilisation certes abusive, mais prévisible. Si tel n'est pas le cas, il convient d'admettre l'existence d'un défaut indépendamment du fait de savoir si le lésé s'est en l'espèce conduit de façon déraisonnable.²⁶ Dans une affaire concernant un sas cylindrique situé à l'entrée d'une entreprise, le Tribunal fédéral a considéré que l'installation n'avait aucun défaut, en ce sens où elle présentait une sécurité suffisante pour tout utilisateur raisonnable, et qu'il n'était donc pas nécessaire d'exiger de la part du propriétaire des mesures de sécurité supplémentaires, même si celles-ci étaient parfaitement envisageables. En l'espèce, une visiteuse occasionnelle de l'entreprise s'était mal positionnée dans le sas circulaire, si bien que le cylindre extérieur s'était arrêté après quelques secondes, la lésée avait alors sorti son bras, par une ouverture relativement étroite, pour atteindre le bouton situé devant le sas, dans le but de remettre celui-ci en mouvement. La victime n'avait ensuite pas eu le temps de retirer sa main, qui avait été coincée entre la partie fixe et la partie mobile de l'installation.²⁷

Les principes généraux de la responsabilité du propriétaire de l'ouvrage s'appliquent également aux **routes ouvertes à la circulation publique**, mais pas avec la même sévérité, sachant que le réseau routier ne peut pas être entretenu de la même façon qu'un immeuble individuel. On ne peut ainsi pas exiger du propriétaire de la route, la plupart du temps une collectivité publique, qu'il aménage chaque tronçon de façon à ce qu'il présente le niveau de sécurité le plus élevé possible. Il suffit que la route puisse être empruntée sans risque moyennant une prudence habituelle.²⁸ C'est ainsi que, dans une récente affaire concernant une route de col très fréquentée et présentant une insuffisance avérée quant à son adhérence, le défaut de l'ouvrage a été finalement nié par le Tribunal fédéral, en raison du fait que la Confédération, propriétaire de l'ouvrage, avait identifié le problème déjà avant l'accident, placé sur le tronçon litigieux un signal « chaussée glissante », et d'ores et déjà planifié des travaux d'assainissement qui devaient avoir lieu deux mois plus tard. Dans ce contexte, et compte tenu aussi du fait qu'aucun autre accident n'avait été annoncé sur ce tronçon, il a été retenu que le propriétaire avait bel

²⁶ Arrêt 4A_265/2012 du 22 janvier 2013 consid. 4.1.2.

²⁷ Arrêt 4A_265/2012 du 22 janvier 2013 consid. 4.4.2.

²⁸ Arrêt 4A_286/2014 du 15 janvier 2015 consid. 5.3.

et bien pris les mesures de sécurité raisonnablement exigibles de sa part en relation avec l'ouvrage.²⁹

4. Responsabilités objectives aggravées

Lorsqu'un accident est causé par plusieurs véhicules automobiles, le dommage corporel subi par l'un des détenteurs doit être supporté par les détenteurs de tous les véhicules automobiles impliqués, en proportion de leur faute, à moins que des circonstances spéciales, notamment les risques inhérents à l'emploi du véhicule, ne justifient un autre mode de répartition (art. 61 al. 1 LCR). Ainsi, le détenteur qui a seul commis une faute importante doit en principe assumer l'entière responsabilité du dommage. Il en va autrement seulement si les risques inhérents à l'emploi des véhicules impliqués justifient une autre répartition de la responsabilité. Le détenteur à qui aucune faute n'est imputable doit ainsi supporter une partie du dommage si le risque inhérent de son véhicule a joué un rôle important dans le déroulement de l'accident ou si le détenteur fautif ne peut se voir reprocher qu'une faute légère.³⁰

Le Tribunal fédéral examine donc très concrètement le rôle joué par le risque inhérent d'un véhicule.³¹ Dans une affaire concernant une collision entre un car postal et une moto, il a admis que l'encombrement et la taille du car n'avaient en l'espèce pas joué un rôle important et a laissé l'entière responsabilité de l'accident au motard. En effet, dans un virage serré où le car empiétait nécessairement sur la voie de circulation opposée, la moto s'était à la dernière minute placée tout à gauche de sa propre voie, alors même qu'il restait sur sa droite un espace largement suffisant pour croiser, même avec une voiture. On pouvait donc admettre qu'en l'espèce, l'accident ne découlait pas du danger spécifique présenté par le car, mais bien de la faute du motard.³²

En d'autres termes, le détenteur qui aurait par hypothèse échoué dans la preuve de la faute grave exclusive du lésé, peut encore s'exonérer de toute responsabilité dans le cadre de l'art. 61 al. 1 LCR, si la victime est détentriche de son propre véhicule et que seule sa faute a joué un rôle réel dans le déroulement de l'accident. On rappellera ici encore que si le détenteur recherché parvient à s'exonérer selon l'art. 59 al. 1 LCR, l'art. 61 al. 1 LCR, lequel

²⁹ Arrêt 4A_286/2014 du 15 janvier 2015 consid. 6.3 et 6.4.

³⁰ Arrêt 4A_5/2014 du 2 juin 2014 consid. 2 et 2.1.

³¹ Arrêt 4A_699/2012 du 27 mai 2013 consid. 4.1.

³² Arrêt 4A_5/2014 du 2 juin 2014 consid. 5.1.3.

répartit le fardeau du dommage entre les détenteurs impliqués dans le sinistre, ne lui est alors pas applicable.³³

En principe, le risque inhérent d'un motorcycle est présumé égal à celui d'une voiture, hormis circonstances particulières. Ainsi, si l'on arrive à la conclusion que tant le motocycliste qui dépasse imprudemment une file de voiture que l'automobiliste qui oblique à gauche de manière inopinée ont commis une faute moyenne, il est conforme au droit fédéral de répartir la réparation du dommage par moitié entre les deux détenteurs concernés. On ne pourrait admettre une responsabilité accrue du motocycliste qu'en cas de circonstances particulières, comme une vitesse largement supérieure de la moto par rapport à l'automobile.³⁴

Conformément à l'art. 34 al. 4 LCR, le conducteur doit observer une distance suffisante envers tous les usagers de la route, notamment lorsque des véhicules se suivent. En pareil cas, l'art. 12 al. 1 OCR requiert du conducteur qu'il respecte une distance suffisante avec le véhicule qui le précède, afin de pouvoir s'arrêter à temps en cas de freinage inopiné. Ce qu'il faut entendre par distance suffisante dépend des circonstances concrètes du cas d'espèce. La jurisprudence mentionne néanmoins régulièrement comme règles générales les principes du « demi-compteur » ou des « deux secondes ». Selon cette première règle, doit être respectée une distance correspondant à la moitié de la vitesse, soit par exemple 50 mètres lorsque l'on roule à 100 km/h. S'agissant de savoir si une distance insuffisante est constitutive d'une violation grave des règles de la circulation, on se réfère à la règle du 1/6^e de compteur, respectivement à une distance de 0,6 seconde. Eu égard au principe de la légalité, les règles en question ne s'appliquent pas de façon absolue.³⁵

5. Responsabilité médicale

De façon générale, il est admis que 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, ce praticien doit mettre à disposition ses connaissances et ses capacités ; il ne garantit cependant pas d'obtenir un résultat. L'étendue de son devoir doit être déterminée selon des critères objectifs. Les exigences qui doivent être posées à cet égard ne peuvent pas être fixées une fois pour toutes ; elles dépendent au contraire des particularités de chaque cas, telles 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. Les règles

³³ Arrêt 4A_699/2012 du 27 mai 2013 consid. 3.1.

³⁴ Arrêt 4A_699/2012 du 27 mai 2013 consid. 4.2.

³⁵ Arrêt 6B_749/2012 du 15 mai 2013 consid. 2.3.2.

de l'art médical, que le médecin doit suivre, constituent des principes établis par la science médicale, généralement reconnus et admis, communément suivis et appliqués par les praticiens. 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 relèvent du fait. Il appartient au lésé d'établir la violation des règles de l'art médical.³⁶

Dans un arrêt de juin 2013, le Tribunal fédéral devait connaître de l'éventuelle culpabilité d'une médecin-assistante qui n'avait pas procédé à la comparaison du groupe sanguin figurant sur la poche de sang utilisée et sur la carte de la patiente. Celle-ci était décédée quelques heures plus tard en raison de la transfusion avec du sang d'un groupe incompatible avec le sien. Alors même que l'accusée n'avait pas eu connaissance des directives internes de l'hôpital en matière de transfusion, aussi bien l'expert judiciaire que le médecin-chef en anesthésie avaient indiqué qu'elle aurait dû savoir, compte tenu de sa fonction, que le contrôle de la carte indiquant le groupe sanguin du patient était impératif. S'agissant du devoir de diligence du médecin-assistant, le Tribunal fédéral s'est tout d'abord fondé sur l'art. 8 lit. b et c de la Loi sur les professions médicales (LPMéd), qui prévoit que cette catégorie de soignants, bien que travaillant sous la responsabilité des médecins cadres, doit disposer des connaissances suffisantes à la fin de ses études, pour diagnostiquer et traiter les maladies courantes ou intervenir en cas d'urgence, et être capable de prescrire les médicaments de façon professionnelle. Notre Haute Cour s'est référée également à l'art. 3 de la Loi sur les produits thérapeutiques (LPTh), dont fait partie le sang, article qui commande à celui qui effectue l'acte thérapeutique de prendre toutes les mesures requises par l'état de la science et de la technique pour ne pas mettre en danger la santé des individus. Dans ce contexte, et comme elle n'avait pas procédé au contrôle que sa situation et sa formation impliquaient, l'assistante ne pouvait pas se prévaloir de l'erreur du laboratoire ayant livré le sang. Elle ne pouvait pas davantage, au vu de sa formation et de son expérience de 21 mois en milieu hospitalier, rejeter la responsabilité du décès de la patiente sur son supérieur hiérarchique.³⁷

Même si en l'espèce le Tribunal fédéral a considéré que la médecin-assistante avait commis une négligence active, en transfusant à la patiente du sang incompatible avec son groupe sanguin, il a néanmoins approuvé l'appréciation

³⁶ Arrêt 4A_267/2014 du 8 octobre 2014 consid. 3. Voir aussi notamment l'arrêt 4A_696/2012 du 19 février 2013 consid. 2.

³⁷ Arrêt 6B_174/2013 du 20 juin 2013 consid. 3.2, 3.3.1 et 3.3.4.

du Tribunal cantonal, qui avait estimé que l'accusé avait une position de garant vis-à-vis de la victime, sur la base du contrat le liant à l'hôpital.³⁸

Lorsque les clichés du fœtus peuvent faire penser à une grave malformation de la moelle épinière, et que les autres tests ne permettent pas d'évacuer ce soupçon, le gynécologue qui s'abstient de procéder à d'autres investigations viole les règles de l'art en matière de suivi d'une grossesse. Dans une affaire vaudoise soumise au Tribunal fédéral en octobre 2014, la gynécologue mise en cause eût pu notamment procéder à des mesures de la morphologie du fœtus sur clichés, ce qu'elle avait omis de faire. Pour cette raison, sa responsabilité de principe a été admise.³⁹

Le médecin d'un hôpital somatique qui ordonne le transfert dans une clinique psychiatrique d'une victime d'une intoxication multiple moins de deux heures et demie après lui avoir administré les antidotes nécessaires doit donner au médecin de la clinique d'accueil des informations claires sur les soins à prodiguer au patient. En conséquence, le médecin en question, fût-il médecin-assistant, viole son devoir de diligence s'il sait que compte tenu des circonstances, le patient doit être surveillé. Dans une affaire bernoise, la médecin-assistante n'avait pas informé la clinique dans laquelle le patient était transféré des médicaments qui lui avaient été donnés, ni de leurs dosages respectifs, ni ne lui avait indiqué la durée de son séjour à l'hôpital. Elle avait informé le médecin de la clinique sur les risques de suicide, mais n'avait pas attiré son attention sur la suite du traitement et la surveillance des fonctions vitales. Le Tribunal fédéral a donc reconnu que l'information avait été clairement insuffisante.⁴⁰

Comme le médecin privé, mandataire au sens des art. 394 et suivants CO, n'a pas d'obligation de résultat, il n'est civilement responsable du dommage causé par son intervention que s'il a violé son devoir de diligence. Ainsi, une échappée instrumentale, soit en l'espèce la déviation d'un instrument de perçage due au fait que la broche de guidage avait quitté sa position, n'engage pas la responsabilité du chirurgien s'il apparaît que ce dernier a pris toutes les précautions que l'on pouvait attendre de lui au regard des règles de l'art médical. Il n'est donc pas responsable a contrario du déplacement incontrôlé et dommageable de la broche ; il ne répond donc pas du cas fortuit.⁴¹

Selon la jurisprudence, les soins dispensés aux malades dans les **hôpitaux publics** ne se rattachent pas à l'exercice d'une industrie au sens de l'art. 61 al. 2 CO, mais relèvent de l'exécution d'une tâche publique, en vertu de la réserve facultative prévue à l'art. 61 al. 1 CO. Les cantons sont donc libres de

³⁸ Arrêt 6B_174/2013 du 20 juin 2013 consid. 3.3.3.

³⁹ Arrêt 4A_267/2014 du 8 octobre 2014 consid. 3.5.2.

⁴⁰ Arrêt 6B_1068/2013 du 23 juin 2014 consid. 1.2 et 2.3.1.

⁴¹ Arrêt 4A_696/2012 du 19 février 2013 consid. 3.

soumettre au droit public cantonal la responsabilité des médecins engagés dans un hôpital public pour le dommage ou le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur charge. Lorsqu'un canton fait usage de cette faculté, la prétention éventuelle du patient relève exclusivement du droit public cantonal, avec les limitations que cela implique quant aux motifs de recours susceptibles d'être invoqué devant le Tribunal fédéral. Néanmoins, comme ces causes se rapportent à une matière qui doit être considérée comme connexe au droit civil au sens de l'art. 72 al. 2 lit. b LTF, une décision rendue dans ce domaine, même fondée sur le droit public cantonal, ne peut être attaquée devant le Tribunal fédéral que par la voie du recours en matière civile ou, si la valeur litigieuse est insuffisante, du recours constitutionnel, adressé à la première Cour de droit civil de cette juridiction. Par ailleurs, pour les décisions jugées après le 1er janvier 2011, le droit cantonal doit permettre un recours auprès d'un tribunal cantonal supérieur double instance cantonale au sens de l'art. 75 al. 2 LTF). Toutefois, les cantons demeurent libres de désigner l'autorité de première instance ; il peut s'agir par exemple d'un juge unique, d'un tribunal ou d'une autorité administrative, laquelle devra alors rendre une décision formelle susceptible de recours.⁴²

Toute intervention chirurgicale n'est licite que si elle bénéficie du **consentement éclairé** du patient, exprès ou que l'on peut présumer. 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, 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 guérison, éventuellement sur l'évolution spontanée de la maladie et les questions financières, notamment relatives à l'assurance. Il faut, d'autre part, que la capacité de discernement du patient lui permette de se déterminer sur la base des informations reçues.

À teneur de la jurisprudence fédérale, pour être valable, le consentement ne doit être entaché ni de tromperies (mensonges du médecin), ni de pressions, et encore moins de menaces. Hormis les cas d'urgence, relevant de l'état de nécessité, le patient doit pouvoir fournir son consentement au plus tard un jour avant une opération sans gravité particulière. En revanche, si l'intervention est lourde ou présente des risques importants, le temps nécessaire pour forger la détermination du malade doit être de trois jours au moins. Un consentement écrit n'est par contre pas nécessaire. En conséquence, le moment où l'information est donnée doit être choisi suffisamment tôt pour que le malade puisse se décider sans être soumis à la pression du temps. Pendant cette période de réflexion, qui doit en particulier permettre au patient de requérir le conseil de proches ou d'amis, l'intéressé ne doit en principe pas

⁴² ATF 139 III 25 (arrêt 4A_655/2012 du 25 février 2013).

être déjà hospitalisé, car l'influence, même positive, du milieu médical et hospitalier est impropre à favoriser la formation de la volonté objective du patient. A défaut de telles précautions, le consentement donné doit être considéré comme inefficace pour justifier l'opération, du moment qu'il y a alors lieu d'admettre que des facteurs extérieurs (manque de temps, circonstances ressenties subjectivement comme des pressions) ont altéré la volonté effective du malade.⁴³

Dans une affaire vaudoise, le Tribunal fédéral a néanmoins admis qu'en l'espèce, l'hospitalisation de la patiente ne remettait pas en cause la formation objective de sa volonté, dès lorsqu'elle avait pu recueillir l'avis de ses proches dans le cadre de congés et, pour la troisième opération, lors d'un entretien avec un ami à la cafétéria de l'hôpital. La possibilité concrète de requérir l'avis d'un autre médecin n'est par ailleurs pas une condition d'un consentement libre.⁴⁴

En examinant les chances de succès d'un patient à qui la Cour d'appel civile vaudoise avait refusé l'assistance judiciaire, le Tribunal fédéral a rappelé à fin 2013 sa jurisprudence selon laquelle que dans le cas d'une infection consécutive à une injection intra- ou périarticulaire, le patient qui recherche le médecin ou l'établissement hospitalier bénéficie en principe d'une **présomption de fait** au stade de l'appréciation des preuves, en ce sens que le juge doit constater la faute d'asepsie, faute qui est une violation des règles de l'art, si la partie défenderesse n'a pas prouvé les précautions concrètement appliquées lors de l'intervention et médicalement recommandées pour prévenir l'irruption de germes pathogènes. A défaut de cette preuve, la partie défenderesse ne peut pas utilement opposer au patient le risque résiduel inhérent à tout acte invasif.⁴⁵

Selon une jurisprudence constante, il appartient au médecin d'établir qu'il a suffisamment renseigné le patient et obtenu son consentement éclairé préalablement à l'intervention. En l'absence d'un tel consentement, 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 là aussi au médecin. Le patient doit toutefois collaborer à cette preuve en rendant vraisemblables, ou du moins en alléguant les motifs personnels qui l'auraient incité à refuser l'opération s'il en avait connu les risques. Il ne faut pas se baser sur le modèle abstrait d'un « patient raisonnable », mais sur la situation personnelle et concrète du patient concerné. En principe, le consentement hypothétique ne doit pas être admis lorsque le genre et la gravité du

⁴³ Arrêt 6B_910/2013 du 20 janvier 2014 consid. 3.3, 3.4.4 et 3.6.1.

⁴⁴ Arrêt 6B_910/2013 du 20 janvier 2014 consid. 3.6.3.

⁴⁵ Arrêt 4A_366/2013 du 20 décembre 2013 consid. 9.

risque encouru auraient nécessité un besoin accru d'information, auquel le médecin n'a pas satisfait. Dans un tel cas, il est en effet plausible que le patient, s'il avait reçu une information complète, se serait trouvé dans un réel conflit quant à la décision à prendre et qu'il aurait sollicité un temps de réflexion.⁴⁶

Dans le cadre de l'examen d'une demande d'assistance judiciaire, le Tribunal fédéral a considéré qu'était dépourvu de toute chance de succès l'appel dirigé contre un jugement du Tribunal de première instance de Genève, qui avait admis le consentement hypothétique des parents à propos d'une transplantation de foie sur un enfant de 6 mois, lequel avait à cette occasion subi de graves et irréversibles lésions neurologiques. En effet, cette opération était la seule alternative à une mort rapide de l'enfant et présentait environ 90 % de chances de succès. Le risque d'une atteinte neurologique grave était de l'ordre de 1 pour 100'000 et le risque d'une telle atteinte par déplacement d'une canule de perfusion, qui s'était réalisé en l'espèce, était de 1 pour 100'000, voire de 1 pour 1'000'000.⁴⁷

De même, le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'était pas arbitraire d'admettre le consentement hypothétique de la patiente à propos d'une ablation de la vésicule biliaire par laparoscopie, soit une opération qui présente un taux de complication de 0,4 à 0,6 %, même si une intervention chirurgicale présentait encore moins de risques. En effet, une telle opération aurait alors causé une importante cicatrice, sans compter les risques inhérents à toute opération et au fait que celle-ci n'aurait pas pu être exécutée aussi vite que la laparoscopie.⁴⁸

6. Responsabilité de l'État

Selon l'art. 12 LRCF, qui consacre la primauté de la protection juridictionnelle par rapport à une procédure en responsabilité de l'État ou principe de la protection juridique unique, en allemand „*Einmaligkeit des Rechtsschutzes*“), la légalité des décisions, d'arrêtés et de jugements ayant force de chose jugée ne peut pas être revue dans une procédure en responsabilité. Le législateur a voulu, à travers cette disposition, consacrer la fiction juridique selon laquelle les décisions passées en force de chose jugée doivent être considérées comme conformes au droit. Ce principe connaît cependant certaines exceptions, en particulier lorsque la décision prétendument illicite n'était pas susceptible de recours devant un tribunal indépendant et impartial disposant d'une pleine cognition au sens de l'art. 6 par. 1 CED , ou lorsqu'aucun recours effectif

⁴⁶ Voir notamment l'arrêt 4A_153/2014 du 28 août 2014 consid. 2.2.2.

⁴⁷ Arrêt 4A_153/2014 du 28 août 2014 consid. 2.4.

⁴⁸ Arrêt 4A_100/2014 du 24 juillet 2014 consid. 2.4.

n'était disponible, selon l'art. 29a Cst. Ainsi, par exemple, une décision incidente d'un juge du Tribunal administratif fédéral rejetant une requête d'attribution d'un avocat d'office ne tombe vraisemblablement pas sous le coup de la restriction de l'art. 12 LRFC. En effet, en pareil cas, ce refus peut potentiellement déboucher sur un déni de justice formel ou sur la violation du droit à un recours effectif, pour autant que le justiciable tarde à recourir contre cette décision devant le Tribunal fédéral précisément en raison de son état de santé mental, soit l'élément en vertu duquel il s'agissait par hypothèse de lui attribuer un avocat d'office.⁴⁹

Si l'examen d'une décision de justice quant à sa conformité au droit n'est pas exclu d'emblée en vertu de l'art. 12 LRFC, cela ne signifie pas encore qu'une éventuelle méconnaissance d'une règle de droit matériel par les juges concernés suffit pour qualifier cette décision d'illicite au sens de l'art. 3 al. 1 LRFC. De jurisprudence constante en effet, 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* par l'autorité est 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. L'exigence que, quand est en cause un acte juridique, le magistrat concerné ait commis une violation caractérisée de ses devoirs de fonction s'applique indépendamment de la nature de l'atteinte, sous réserve des dispositions particulières qui prévalent en matière de détention administrative.⁵⁰

Dans les considérants d'un jugement, le juge peut parfois être amené à utiliser des formulations pouvant affecter le droit de la personnalité d'une partie ou de son représentant. Mais lorsque cela se fait en lien avec une règle de procédure, on se trouve en présence d'un fait justificatif excluant une éventuelle violation du droit de la personnalité. Ainsi, l'utilisation des termes « chicanier », « abusif » et « téméraire » peuvent parfaitement se justifier dans un certain contexte procédural, par exemple en application de l'art. 108 al. 1 lit. c LTF.⁵¹

L'activité ministérielle du notaire n'est pas une industrie au sens de l'art. 61 al. 2 CO, mais une tâche officielle qui relève du droit public. Lorsque le notaire accomplit une telle activité, ses relations avec ses clients échappent donc au champ d'application des dispositions contractuelles sur le mandat ; la responsabilité du notaire pour la mauvaise exécution de sa tâche officielle ne relève ainsi pas du droit des contrats. En principe, la responsabilité des fonc-

⁴⁹ Arrêt 2E_2/2013 du 30 octobre 2014 consid. 5.3.2 et 5.3.4.

⁵⁰ Arrêt 2E_2/2013 du 30 octobre 2014 consid. 5.4.1. Voir aussi dans le même sens l'arrêt 2E_1/2013 du 4 septembre 2013 consid. 4.1.

⁵¹ Arrêt 2E_1/2013 du 4 septembre 2013 consid. 4.2.1.

tionnaires et employés publics est régie par les art. 41 et suivants CO, mais les cantons sont libres de la soumettre au droit public cantonal en vertu de l'art. 61 al. 1 CO. Les notaires sont visés par cette disposition en leur qualité d'officiers publics ; celle-ci s'applique en effet aux fonctionnaires et employés publics, ainsi qu'à toute personne qui, même sans être au service de l'État, est investie d'attributions de droit public. Par ailleurs, le Tribunal fédéral reconnaît aux cantons la compétence de régler la responsabilité de leurs notaires pour l'ensemble de leurs activités (y compris donc les tâches purement privées), à condition de ne pas alléger celle-ci par rapport à ce que prévoit le droit privé fédéral.⁵²

Sous l'ancien droit, la responsabilité du tuteur fondée sur les art. 426 et suivants aCC présumait – tout comme celle fondée sur les art. 41 et suivant CO – un dommage, l'illicéité, un lien de causalité adéquate entre le comportement incriminé et le dommage ainsi qu'une faute de l'organe de la tutelle. En application de l'ancien art. 413 al. 1^{er} aCC, le tuteur avait l'obligation de gérer les biens du pupille avec diligence. Il lui incombait en premier lieu d'en préserver la substance, éventuellement de l'accroître. Bien entendu, le maintien de la fortune, voire son augmentation, n'étaient pas un but en soi; il fallait bien plus préserver le mieux possible les intérêts généraux du pupille, et la fortune devait être administrée en tenant compte des circonstances concrètes. Cela signifiait que le tuteur devait planifier les dépenses du pupille de telle sorte qu'après une évaluation prudente, son train de vie ne fût pas restreint à la fin de sa vie. Dans cette optique, la fortune qui n'était pas utilisée pour les dépenses nécessaires ou pour d'autres dépenses adaptées à l'état du patrimoine devait être investie dans un placement sûr pour le pupille ; ce faisant, le tuteur devait s'abstenir de tous placements ou affaires spéculatifs.⁵³

7. Responsabilité en matière d'activités de loisirs

Viola son devoir de diligence l'organisateur d'une initiation au quad qui ne donne pas aux participants les instructions nécessaires. En effet, la conduite d'un quad diffère sensiblement de celle d'une voiture ou d'une moto. Elle est délicate, voire difficile, et il est établi qu'un quad peut se renverser facilement. Pour permettre un pilotage de quad en toute sécurité, une initiation est donc indispensable. Lors de cette initiation, les organisateurs doivent informer les participants sur le fonctionnement de la machine (notamment le maniement des gaz et des freins), mais aussi sur les risques que représente la pratique du quad (notamment sur le fait que le quad peut facilement se renverser) et sur les différentes positions de conduite à adopter en fonction de la

⁵² Arrêt 4A_34/2014 du 19 mai 2014 consid. 4.1 et 4.2.

⁵³ Arrêt 5A_687/2014 du 16 décembre 2014 consid. 3.2.1.

configuration du terrain (pentes, buttes, ornières, aspérités, virages). Il convient aussi de baliser le terrain (afin de délimiter le parcours et d'en indiquer les difficultés), voire de faire une brève reconnaissance du parcours pour en indiquer ses particularités et ses difficultés.

Dans une affaire vaudoise jugée en décembre 2014 par le Tribunal fédéral, l'organisateur mis en cause s'était borné à mettre cinq quads à la disposition des collaborateurs d'une entreprise, avec des instructions sommaires sur les commandes de gaz et des freins. Il n'avait par ailleurs fait un tour de reconnaissance qu'avec le premier groupe, dont la victime ne faisait pas partie. Une violation de son devoir de prudence a donc été retenue à sa charge. Il a par ailleurs été jugé que l'accusé n'avait pas surveillé la manifestation de manière suffisante, dans ce sens où il n'avait pas réagi en voyant certains participants (dont notamment la victime) mal à l'aise sur leur engin ou sortir de la piste.⁵⁴

8. Responsabilité du fait des produits

Un produit reste un produit au sens de l'art. 3 LRFP même s'il est utilisé ou transmis dans le cadre d'une prestation professionnelle, comme par exemple une consultation médicale. Par ailleurs, s'agissant des médicaments délivrés uniquement sur ordonnance, l'existence ou non d'un défaut au sens de l'art. 4 LRFP ne peut pas s'apprécier seulement au regard des attentes individuelles du patient en matière de sécurité, puisque celui-ci ne dispose généralement pas des connaissances scientifiques nécessaires pour évaluer les dangers liés à la prise du médicament en question. Pour décider si un médicament remis uniquement sous ordonnance répond aux attentes de sécurité du patient, il faut ainsi se référer aux *connaissances du médecin* qui prescrit le médicament en question. En pareil cas, c'est au médecin qu'il appartient de mettre en balance les chances de succès et les risques que présentent les différents produits disponibles sur le marché et d'en discuter avec son patient. C'est ainsi que l'Ordonnance sur les exigences relatives aux médicaments (OEMéd, RS 812.212.22) prévoit à son art. 13 et à son annexe 4 que des informations particulières doivent être mises à disposition des personnes habilitées à prescrire, à remettre ou à utiliser des médicaments.

Dans la tristement célèbre affaire de la pilule contraceptive de marque *Yasmin*, seule l'information destinée aux professionnels au sujet de ce médicament faisait état d'un risque jusqu'à deux fois plus élevé de thromboembolie par rapport aux pilules contraceptives utilisées jusqu'alors et dites de la deuxième génération. Par contre, une telle information faisait défaut dans la notice destinée aux patientes elles-mêmes. En raison du principe rappelé ci-dessus, et comme le médecin de la lésée disposait de toutes les informations

⁵⁴ Arrêt 6B_614/2014 du 1^{er} décembre 2014 consid. 3.2.

nécessaires quant au risque présenté par le produit, le Tribunal fédéral a considéré que l'on ne pouvait retenir en pareil cas un défaut du produit au sens de l'art. 4 LRFP.⁵⁵

9. Responsabilité en matière de voyages à forfait

La responsabilité de l'organisateur d'un voyage à forfait constitue une responsabilité causale simple, dans ce sens où il répond de la bonne exécution du contrat, indépendamment du fait que les prestations sont fournies par lui-même ou par un tiers. La responsabilité n'est cependant pas engagée en raison de la seule violation du contrat, il faut encore qu'aucune des exceptions prévues par l'art. 15 de la Loi sur les voyages à forfait ne soit réalisée, et qu'il y ait un lien de causalité entre la mauvaise exécution du contrat et l'accident.⁵⁶

Dans une affaire concernant un accident de parapente survenu dans le cadre d'un voyage sportif en Italie, le Tribunal fédéral a admis qu'il y avait sans doute eu violation du contrat, dans ce sens où l'organisateur n'avait pas informé correctement le participant sur la façon différente dont réagissait une voile test, qui appartenait à une autre catégorie que celle avec laquelle la victime volait habituellement. Ce parapente test avait été simplement présenté comme plus agile, alors qu'en cas de fermeture asymétrique, une situation de danger très courante, il réagissait au contraire avec un temps de retard. L'action de la victime a été néanmoins rejetée en raison du fait que la causalité hypothétique entre ce défaut d'instruction et l'accident avait été niée sans arbitraire par la juridiction cantonale.⁵⁷

10. Responsabilité de l'administrateur

Pour qu'un organe, formel ou de fait, d'une personne morale puisse être tenu de réparer le dommage causé à une caisse de compensation en raison du non-paiement des cotisations sociales, il faut que les conditions d'application de l'art. 52 al. 1 LAVS soient réalisées, ce qui suppose que l'organe ait violé intentionnellement ou par une négligence grave les devoirs lui incombant, et qu'il existe un lien de causalité naturelle et adéquate entre le manquement qui lui est imputable et le préjudice subi. Lorsqu'il s'agit de juger de l'existence d'un lien de causalité adéquate entre une ou des omissions et un dommage, il convient alors de s'interroger sur le cours hypothétique qu'auraient pris les événements si l'organe mis en cause avait agi conformément à ses devoirs. Le lien de causalité n'est pas donné si un comportement conforme aux devoirs de l'intéressé n'avait pas empêché la survenance du dommage. Cependant, la

⁵⁵ Arrêt 4A_365/2014 du 5 janvier 2015 consid. 9. 2.

⁵⁶ Arrêt 4A_420/2013 du 22 janvier 2014 consid. 5.1 et 5.2.3.

⁵⁷ Arrêt 4A_420/2013 du 22 janvier 2014 consid. 5.3.

simple hypothèse que le dommage ne serait pas survenu ne suffit pas à exclure la causalité. Le fait que le dommage serait en tout état de cause survenu doit bien plutôt être établi avec certitude ou, à tout le moins, avec un haut degré de vraisemblance. Ainsi, dans un arrêt de novembre 2014, le Tribunal fédéral a admis l'existence de ce lien, estimant que dans le cas d'espèce, on ne pouvait exclure qu'une intervention, même modeste, du défendeur auprès du président du conseil et actionnaire unique pour l'informer des conséquences du non-paiement des cotisations paritaires, aurait incité celui-ci à adopter un comportement différent.⁵⁸

En cas d'assurance maladie perte de gain soumise à la LCA, l'art. 87 LCA confère un droit propre à l'assuré, qui seul est titulaire de la prestation d'assurance. Ce contrat peut donc être comparé à une stipulation pour autrui parfaite. Dans ce contexte, lorsque l'employeur ne satisfait pas aux obligations à lui imposées par la convention dérogatoire écrite convenue avec son employé, par exemple s'il ne conclut pas le contrat d'assurance prévu ou n'acquiesce pas les primes dues à l'assureur, ou, en cas de maladie d'un travailleur, ne fait pas à temps l'annonce exigée par les conditions d'assurance, il doit réparation du dommage subi par ce travailleur, et le dommage correspond aux prestations d'assurance perdues. Sa propre prestation a alors pour objet des dommages-intérêts pour cause de mauvaise exécution de la convention, et elle est due sur la base de l'art. 97 al. 1 CO.

Cependant, le salarié lésé peut aussi s'en prendre, en vertu des règles de la solidarité imparfaite, sous l'angle de l'art. 41 CO, aux organes sociaux pour obtenir la part de sa créance non acquittée par la société qui l'employait. Ainsi, le fait par exemple que les administrateurs ont déduit des cotisations sur le salaire de l'employé pour les utiliser à d'autres fins permet d'affirmer que ces organes ont adopté un comportement dont l'employé est la victime, ce qui confirme que l'employé a subi un *dommage direct*. La société, engagée contractuellement vis-à-vis de son employé, s'est également appauvrie en raison du comportement illicite de ses propres administrateurs, puisque son passif s'est accru d'une obligation de réparer le préjudice de l'employé. On se trouve ainsi dans la situation relativement rare où le comportement de l'organe social cause un dommage à la fois au créancier de la société (ici son employé) et à la société elle-même. Cette situation n'empêche pas le travailleur d'agir directement contre les organes fautifs, puisqu'il est victime d'un acte illicite, et plus précisément d'une violation de l'art. 159 CP (*détournement de retenues sur les salaires*), une disposition qui constitue bel et bien pour les employés visés une norme protectrice, dont la violation constitue un acte illicite.⁵⁹

⁵⁸ Arrêt 9C_442/2014 du 24 novembre 2014 consid. 4.1, 4.2 et 5.3.

⁵⁹ Arrêt 4A_428/2014 du 12 janvier 2015 consid. 4 à 6, destiné à la publication.

III. Causalité – Kausalität

1. Causalité naturelle

Il convient d'admettre le lien de causalité naturelle lorsque le comportement mis en cause constitue une condition nécessaire du dommage qui s'est produit. Il n'est pas nécessaire pour admettre la causalité naturelle qu'un accident soit la seule cause ou la cause immédiate de l'atteinte à la santé ; il suffit que l'événement dommageable, conjointement avec d'autres causes, ait porté atteinte à l'intégrité corporelle ou psychique du lésé. Dans la mesure où le rapport de causalité ne peut pas être établi avec une certitude scientifique, il suffit qu'il apparaisse comme vraisemblable de façon prépondérante. Tel n'est pas le cas si, en raison des circonstances particulières du cas d'espèce, d'autres causes entrent aussi sérieusement en ligne de compte, ou apparaissent même comme plus probables.⁶⁰ À cet égard, s'agissant de tableaux cliniques **qui ne peuvent pas être objectivés** par imagerie médicale, le Tribunal fédéral pose des exigences accrues quant à la preuve des éléments permettant d'admettre l'existence de lésions dues à un accident ; en effet, les douleurs en questions dépendent largement des indications données par le lésé et présentent ainsi un important risque d'abus. C'est dire que pour ce qui est de la causalité naturelle, la première Cour de droit civile du tribunal fédéral suit la pratique de la première Cour de droit social.⁶¹ Dans le même arrêt, le Tribunal fédéral a par ailleurs estimé qu'il n'était pas arbitraire de comprendre l'expression « *élément déclenchant* » comme une circonstance qui se distingue de la cause d'une lésion et qui n'entre pas en ligne de compte à ce titre.⁶²

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral à propos de la **causalité en cas d'omission**, pour retenir une causalité naturelle en pareil cas, il faut admettre par hypothèse que le dommage ne serait pas survenu si l'intéressé avait agi conformément à la loi. Un lien de causalité naturelle ne sera donc pas nécessairement prouvé avec une exactitude scientifique. Le rapport de causalité étant hypothétique, le juge se fonde sur l'expérience générale de la vie et émet un jugement de valeur. En règle générale, lorsque le lien de causalité hypothétique entre l'omission et le dommage est établi, il ne se justifie pas de soumettre cette constatation à un nouvel examen sur la nature adéquate de la causalité. Ainsi, quand il s'agit de rechercher l'existence d'un lien de causalité entre une ou des omissions et un dommage, il convient de s'interroger sur le cours hypothétique des événements.⁶³

⁶⁰ Arrêt 4A_275/2013 du 30 octobre 2013 consid. 4.

⁶¹ Arrêt 4A_507/2014 du 9 février 2015 consid. 3.2.

⁶² Arrêt 4A_507/2014 du 9 février 2015 consid. 5.1.

⁶³ Arrêt 4A_416/2013 du 28 janvier 2014 consid. 3.1.

L'employeur, en l'espèce une clinique privée, outre la preuve qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner le dommage, peut également se libérer en établissant que sa diligence n'eût pas empêché le préjudice de se produire (art. 55 al. 1 in fine CO). Il s'agit là d'une référence à la notion juridique de preuve d'un comportement de substitution licite. Dans une affaire soumise au Tribunal fédéral en janvier 2014, il avait été constaté en fait qu'il n'était pas possible d'admettre que l'hospitalisation du patient qui avait consulté le service des urgences de la clinique en question aurait permis d'éviter, au degré de la vraisemblance prépondérante, le décès de celui-ci. Notre Haute Cour a donc admis que la clinique avait établi qu'en dépit de toutes les mesures qu'elle aurait pu prendre, le dommage, soit le décès du patient, se serait de toute manière produit.⁶⁴

2. Causalité adéquate

Un acte se trouve en relation de causalité adéquate avec un résultat donné lorsqu'il est propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à engendrer un résultat du genre de celui qui s'est produit. Il s'agit d'une question de droit que le Tribunal fédéral revoit librement. Il faut, et il suffit que l'acte soit objectivement propre à engendrer un résultat du genre de celui qui s'est produit ou à en favoriser la survenance, de sorte qu'il paraisse naturel d'imputer le résultat tel qu'il est survenu à l'adoption du comportement en cause.⁶⁵

En matière de collisions par l'arrière et d'accidents de type « coup du lapin », il n'est pas possible d'exclure le lien de causalité adéquate sur la seule base de la valeur moyenne du delta-V constaté en procédure. Le Tribunal fédéral refuse en effet d'introduire un seuil fixe de causalité adéquate, ou de définir une quelconque « limite d'innocuité ».⁶⁶

Par ailleurs, le Tribunal fédéral maintient sa jurisprudence selon laquelle la notion de causalité adéquate s'interprète différemment en responsabilité civile et en assurances sociales.⁶⁷

3. Interruption de la causalité adéquate

Il y a rupture du lien de causalité adéquate, l'enchaînement des faits perdant sa portée juridique, si une autre cause concomitante – par exemple une force naturelle, le comportement de la victime ou celui d'un tiers – propre au cas

⁶⁴ Arrêt 4A_416/2013 du 28 janvier 2014 consid. 5.2.

⁶⁵ Voir notamment l'arrêt 6B_126/2014 du 13 mai 2014 consid. 3.1

⁶⁶ Arrêt 4A_275/2013 du 30 octobre 2013 consid. 5.2.

⁶⁷ Arrêt 4A_115/2014 du 20 novembre 2014 consid. 6.3.

d'espèce constitue une circonstance tout à fait exceptionnelle ou apparaît si extraordinaire que l'on ne pouvait pas s'y attendre. Cependant, cette imprévisibilité de l'acte concurrent ne suffit pas en soi à interrompre le lien 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 amener celui-ci, notamment le comportement de l'auteur.⁶⁸ Ce qui compte, c'est l'intensité respective des deux causes entrant en considération. Si l'une d'elle apparaît finalement comme à ce point intense que l'autre semble parfaitement accessoire, on admettra l'interruption du lien de causalité.⁶⁹

Par exemple, il n'apparaît pas comme exceptionnel qu'un livreur de foin retire les sangles d'une remorque en se déplaçant de quelques mètres à reculs, sans porter une attention particulière au sol derrière lui; tout le périmètre de la grange étant susceptible d'être utilisé lors de telles manœuvres. Certes le plancher d'une grange peut présenter des obstacles tels que des outils, toutefois, en plein déchargement de marchandises, l'on ne saurait admettre qu'il faille s'attendre à l'existence d'un trou béant, aussi visible soit-il, à moins de 10 m de l'arrière de la remorque. D'ailleurs, c'est précisément parce que ce type d'ouvertures implique des risques de chute lors des différentes activités inhérentes à une exploitation agricole, qu'il existe dans l'agriculture des règles qui réglementent de manière détaillée leur sécurité.⁷⁰

La faute d'une femme de ménage qui ouvre une porte-fenêtre sans se rendre compte que le balcon a été démonté pour des travaux n'interrompt pas le lien de causalité entre sa chute et la faute du chef de chantier qui a omis de condamner la porte-fenêtre en question.⁷¹

La faute du cycliste qui, à un feu rouge, dépasse un camion par le trottoir et vient se placer immédiatement devant lui, dans l'angle-mort du chauffeur, n'interrompt pas le lien de causalité entre l'accident qui survient lorsque le camion redémarre et la faute du chauffeur, à qui il incombait de vérifier dans le rétroviseur prévu à cet effet que la voie était libre.⁷²

La présence d'un piéton, le cas échéant en état d'ébriété, de nuit au petit matin, n'a rien de si exceptionnel qu'elle permettrait de reléguer à l'arrière-plan l'inattention de l'automobiliste qui renverse ledit piéton. Tel ne serait pas davantage le cas, estime le Tribunal fédéral, si le piéton se trouvait inopiné-

⁶⁸ Jurisprudence constante, rappelée notamment dans l'arrêt 6B_126/2014 du 13 mai 2014 consid. 3.1.

⁶⁹ Arrêt 4A_385/2013 du 20 février 2014 consid. 5.

⁷⁰ Arrêt 6B_126/2014 du 13 mai 2014 consid. 3.3.

⁷¹ Arrêt 6B_885/2013 du 24 mars 2014 consid. 2.6.

⁷² Arrêt 6B_443/2013 du 18 décembre 2013 consid. 3.4.

ment sur la chaussée, sur un tronçon bordé d'un trottoir, reliant deux localités, peu avant un virage. L'alcoolémie de la victime n'est pas déterminante à cet égard, sauf à expliquer éventuellement sa présence au petit matin sur les lieux de l'accident.⁷³

La faute commise par un laboratoire qui étiquette mal des sachets sanguins destinés à une transfusion au cours d'une opération chirurgicale n'interrompt pas le lien de causalité adéquate entre le décès du patient qui a reçu du sang incompatible avec son groupe sanguin et la faute de l'anesthésiste-assistante, qui n'a pas procédé à un contrôle *lege artis* des sachets utilisés.⁷⁴

Le fait que le passager d'un bus ne se tient pas à la barre de sécurité, et l'éventuelle faute du chauffeur, qui aurait par hypothèse freiné trop tard (et donc trop brusquement), n'interrompent pas le lien de causalité entre la faute de circulation commise par l'automobiliste qui coupe la route au bus en question et les blessures subies par le passager suite à l'arrêt brutal du véhicule.⁷⁵

Par contre, le Tribunal fédéral a admis l'interruption du lien de causalité adéquate dans le cadre d'un accident de chantier qui avait causé la mort d'un assistant de vol en chef, écrasé par une paroi préfabriquée qui venait d'être déposée par un hélicoptère de son entreprise. Le procès avait pour objet la responsabilité pénale du chef de chantier, à qui l'on reprochait de ne pas avoir pris les mesures de sécurité permettant de réduire les risques inhérents au processus de transport et de fixation des parois sur le chantier. Notre Haute Cour a en effet considéré que, « *compte tenu des risques de chute que la victime connaissait et de l'absence de mesure de protection dont il avait également conscience, il apparaissait complètement inattendu que lui, chef d'équipe de l'entreprise d'hélicoptère, compétent pour maintenir la sécurité sur la place de travail, ait dans le même temps donné à l'hélicoptère l'ordre de descendre pour que la paroi soit libérée des élingues et quitté la zone de sécurité où il se trouvait pour se déplacer, à l'extérieur, sous la paroi désormais en équilibre* ». En d'autres termes, c'était de manière complètement inattendue, alors qu'il venait de donner au pilote, par radio, l'ordre de repartir, manœuvre qui provoquait pendant un court instant un souffle plus important, que le chef d'équipe était allé se placer sous la paroi, qu'il savait toujours non fixée.⁷⁶

L'interruption du lien de causalité adéquate a été également admise dans le cadre d'une action dirigée par le Fonds de garantie LPP contre l'organe de révision d'une institution de prévoyance qui avait finalement dû être liquidée en raison d'une sous-couverture de 14 millions liée à l'acquisition des actions

⁷³ Arrêt 6B_873/2014 du 5 janvier 2015 consid. 2.7 et 2.8.

⁷⁴ Arrêt 6B_174/2013 du 20 juin 2013 consid. 3.4.2.

⁷⁵ Arrêt 6B_286/2013 du 14 octobre 2013 consid. 1.5.

⁷⁶ Arrêt 6B_251/2014 du 2 décembre 2014 consid. 2.3.2.

de la société fondatrice. En l'espèce, si on pouvait effectivement selon toute vraisemblance reprocher certains manquements à l'organe de révision, force était de constater qu'il ne disposait pas à l'époque du prix d'achat réel des actions litigieuses. Celui-ci avait été caché par des membres du conseil de fondation, par la suite condamnés pour abus de confiance et faux dans les titres, si bien que le Tribunal fédéral a considéré que ces agissements criminels faisaient apparaître les manquements de l'organe de révision à ce point peu importants que le lien de causalité devait être considéré comme interrompu.⁷⁷

Il n'est pas non plus contraire au droit fédéral que d'admettre l'interruption du lien de causalité entre un possible défaut de l'ouvrage, en l'espèce une dune de gravier sur laquelle se trouvait un sentier destiné au transport du gravillon, et le dommage subi par un motard qui emprunte le sentier en question et qui chute peu après le sommet, en raison d'une forte et brusque pente qu'il n'avait pas remarquée suffisamment tôt. Notre Haute Cour a ainsi considéré qu'il était reconnaissable pour la victime que la butte de gravier présentait une forte dépression à l'arrière, et que le sentier en question était uniquement destiné à l'exploitation de la gravière, et qu'il n'était ainsi ni adapté ni destiné à la circulation de véhicules privés. Dès lors, comme le propriétaire de l'ouvrage ne pouvait pas compter sur un tel comportement déraisonnable de la part du motard, il était possible d'admettre une interruption du lien de causalité.⁷⁸

4. Prédilection constitutionnelle

La causalité adéquate n'est en soi pas interrompue en raison du fait que, dans un cas concret, les séquelles de l'accident n'ont été possibles qu'en raison d'une prédilection constitutionnelle. Ce principe a notamment été rappelé dans un arrêt de novembre 2014, qui concernait l'incapacité de travail psychiatrique de longue durée, déclenchée chez un chauffeur-livreur par un grave accident de la route dans lequel le motard fautif avait perdu la vie. Le conducteur invalide avait notamment très mal vécu la procédure pénale dirigée contre lui suite à cet événement, procédure qui avait débouché sur deux condamnations successives pour homicide par négligence, avant qu'il ne soit acquitté sur recours par le Tribunal fédéral. Le dommage avait certes été également causé par une prédilection constitutionnelle, mais notre Haute Cour a considéré qu'il eût été inéquitable de faire supporter au seul conducteur, en raison de sa prédilection, les conséquences extraordinaires de l'accident, accident sans lequel le dommage en question ne serait pas survenu, comme si

⁷⁷ ATF 140 V 405 (arrêt 9C_492/2013 du 2 juillet 2014) consid. 6.1.

⁷⁸ Arrêt 4A_385/2013 du 20 février 2014 consid. 6.4.

le motard fautif n'avait rien à voir avec le dommage et comme si le responsable pouvait en quelque sorte décider lui-même de l'état de santé préalable de la victime.⁷⁹

Par contre, l'art. 44 al. 1 CO donne au tribunal la possibilité de tenir compte du rôle joué par cette prédisposition s'il apparaît inéquitable dans le cas d'espèce de contraindre le responsable à réparer l'entier du dommage. Cela ne signifie pas que la créance en dommages-intérêts doit être systématiquement réduite en fonction de l'importance de la prédisposition. Bien au contraire, il faut partir du principe que le responsable reste tenu de réparer pleinement le dommage lorsqu'un état maladif préexistant a favorisé sa survenance ou en a amplifié l'importance, aussi longtemps qu'il apparaît que l'atteinte ne serait pas, selon toute vraisemblance, survenue sans l'accident.⁸⁰

Dans un arrêt d'octobre 2013, le Tribunal fédéral a estimé que le Tribunal de commerce zurichois n'avait pas excédé son pouvoir d'appréciation en réduisant de 20 % seulement l'indemnité d'une institutrice, dont il avait été établi que l'accident avait déclenché une symptomatique à long terme, dans laquelle des troubles préexistants avaient été réactivés. Cet arrêt avait pour objet les prestations de l'AI en relation avec la réinsertion professionnelle de la lésée, et notre Haute Cour a tenu compte à cet égard de ce qu'il n'avait pas été établi que la prédisposition constitutionnelle aurait eu la moindre influence, même sans l'accident, sur la reconversion qui avait déjà été décidée avant cet événement, respectivement sur l'exercice de la nouvelle profession.⁸¹

Dans l'affaire du chauffeur-livreur mentionnée ci-dessus, le Tribunal fédéral a admis qu'il y avait eu en l'espèce une prédisposition qui avait exercé une influence particulièrement défavorable, de telle façon qu'une réduction de l'indemnité se justifiait. Semblant considérer sans le dire vraiment que ce taux constituait le minimum admissible, le Tribunal fédéral a néanmoins confirmé une réduction de 20 %, essentiellement en raison du fait que le demandeur n'avait commis aucune faute à l'origine de l'accident, alors qu'au contraire, on pouvait retenir à la charge du motard une faute lourde et exclusive.⁸²

⁷⁹ Arrêt 4A_115/2014 du 20 novembre 2014 consid. 6.4.3.

⁸⁰ Voir notamment l'arrêt 4A_275/2013 du 30 octobre 2013 consid. 6.1.

⁸¹ Arrêt 4A_275/2013 du 30 octobre 2013 consid. 6.2.

⁸² Arrêt 4A_115/2014 du 20 novembre 2014 consid. 8.3.

IV. Schadenberechnung – Calcul du dommage

1. Erwerbsschaden / Erwerbsausfallschaden,⁸³ inkl. Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens

Sobald der Erwerbsschaden über eine längere Zeit berechnet werden muss, somit vor allem bei Dauerschäden, ist man bei der Schadenberechnung sowohl bezüglich des Validen- wie auch des Invalideneinkommens meist auf Hypothesen angewiesen. Besonders heikel sind die sich bezüglich solcher Hypothesen stellenden Fragen bei Kinderschäden. In Bestätigung einer langjährigen Rechtsprechung hält das Bundesgericht diesbezüglich fest, dass der Invaliditätsschaden dabei so konkret wie möglich zu ermitteln sei. Der künftige Erwerbsschaden ist vom Richter anhand von Statistiken zu schätzen. Dabei darf sich die noch verbleibende Unsicherheit nicht zu Ungunsten des geschädigten Kindes auswirken, sie muss vielmehr vom Schädiger in Kauf genommen werden.⁸⁴ Letztere Aussage gilt aber wohl nur bei Kinderschäden und kann nicht verallgemeinert werden. Wird ein Mädchen geschädigt, so hat das Bundesgericht die Praxis des Zürcher Handelsgerichtes, zu den statistischen Werten einen Zuschlag von 40% zu machen, um die Lohnungleichheit zwischen den Geschlechtern auszugleichen, ausdrücklich gebilligt (E. 4). Ebenfalls gebilligt hat das Bundesgericht die Zürcher Praxis, bei allen Fragen der Erwerbsquote auf die sehr nützliche Tabelle je-d-03.01.02.02 des BFS abzustellen (E. 4.3). Abzustellen ist dabei allerdings nicht durchwegs auf den Mittelwert, sondern es ist die Tatsache zu berücksichtigen, dass etwa die Länge einer Babypause oder die Frage der Frühpensionierung nach der allgemeinen Lebenserfahrung von den wirtschaftlichen Verhältnissen der geschädigten Person und ihrer Familie abhängt (E. 5.2). Bestätigt wurde die Höhe des Kapitalisierungszinssatzes von 3.5% (E. 7).

Die Praxis unterscheidet bei der Berechnung des Erwerbsschadens seit jeher zwischen dem vergangenen und dem zukünftigen Schaden. Dass diese Unterscheidung ihre Grundlage *im Gesetz*, nämlich in Art. 46 OR hat, ist eine - zumindest für Deutschschweizer Ohren - überraschende Aussage.⁸⁵ Offenbar werden die Begriffe „zukünftiger Erwerbsschaden“ und „Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens“ westlich der Saane synonym verwendet. Diese Unterscheidung diene allerdings ausschliesslich dazu, dem Richter die Arbeit zu erleichtern, es handle sich ansonsten um „deux postes du même préjudice“.

Dass bei der Berechnung des Erwerbsschadens die Leistungen der Sozialversicherungen abgezogen werden, ist für den Praktiker ebenfalls eine Selbstver-

⁸³ Das Bundesgericht verwendet beide Begriffe.

⁸⁴ Urteil 4A_260/2014 vom 8. September 2014.

⁸⁵ Urteil 4A_310/2014 vom 14. Oktober 2014 E. 2 (fr.).

ständigkeit. Das Bundesgericht ruft aber in Erinnerung, dass der Grund dafür die Subrogation (Art. 72 ATSG) sei, weshalb die Leistungen anderer „Dritter“ (etwa des Arbeitgebers oder von Familienangehörigen) nicht in jedem Fall abgezogen werden müssen. Dort kommt es vielmehr darauf an, ob der Dritte den Geschädigten begünstigen wollte.⁸⁶

Hat der Geschädigte im Unfallzeitpunkt „grundlos“ nur Teilzeit gearbeitet und/oder einen gemessen an seiner Ausbildung zu tiefen Lohn erzielt, so kann bei der Bestimmung des Valideneinkommens nur dann auf ein höheres, statistisches Einkommen abgestellt werden, wenn er nachweisen kann, dass er vor dem Unfall Anstrengungen für eine Pensenerhöhung und/oder einen Stellenwechsel unternommen hat.⁸⁷

Erneut bestätigt wurde vom Bundesgericht, dass ein Erschwerungsschaden generell wegfällt, wenn die medizinisch-theoretische Invalidität unter 10% liegt.⁸⁸

2. Haushaltsführungsschaden

Die Rechtsprechung, wonach im Bereich des Haushaltsführungsschadens 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, wurde erneut bestätigt und kann mittlerweile als gefestigt bezeichnet werden.⁸⁹

3. Tort moral

a) *Les principes généraux*

L'indemnisation du tort moral (*Genugtuung*) a pour objectif de compenser une certaine souffrance (*seelische Unbill*). Les critères pour en fixer l'importance sont avant tout la nature et la gravité de l'atteinte, l'intensité et la durée de ses effets sur la personnalité du lésé, le degré de la faute du responsable, une éventuelle faute concomitante de la victime ainsi que les perspectives d'atténuation de la souffrance par le versement d'une somme d'argent.⁹⁰

La jurisprudence est en principe relativement sévère en ce qui concerne la fixation du **seuil de souffrance** nécessaire à l'allocation même d'une indem-

⁸⁶ Urteil 4A_310/2014 vom 14. Oktober 2014 E. 2, 4.3.2. und 4.4.2 (fr.).

⁸⁷ Urteil 4A_310/2014 vom 14. Oktober 2014 E. 3.2 (fr.).

⁸⁸ Urteil 4A_699/2012 vom 27. Mai 2013 E. 5.3 (fr.).

⁸⁹ Urteil 4A_310/2014 vom 14. Oktober 2014 E. 4.6.1 (fr.).

⁹⁰ Arrêt 6B_397/2014 du 28 août 2014 consid. 4.1.

nité pour tort moral. Ainsi, en matière d'atteinte à l'honneur par exemple, n'importe quelle atteinte légère à la réputation professionnelle, économique ou sociale d'une personne ne justifie pas une réparation. L'allocation d'une indemnité pour tort moral fondée sur l'art. 49 al. 1 CO suppose que l'atteinte présente une certaine gravité objective et qu'elle ait été ressentie par la victime, subjectivement, comme une souffrance morale suffisamment forte pour qu'il apparaisse légitime qu'une personne, dans ces circonstances, s'adresse au juge pour obtenir réparation.⁹¹

Pour ce qui est de l'indemnisation du tort moral suite à des lésions corporelles, en vertu de l'art. 47 CO, le juge peut, en tenant compte de circonstances particulières, allouer à la victime de lésions corporelles une indemnité équitable à titre de réparation morale. Les « circonstances particulières » à prendre en compte se rapportent à l'importance de l'atteinte à la personnalité du lésé. Les lésions corporelles, physiques ou psychiques, doivent donc en principe impliquer une importante douleur physique ou morale, ou avoir causé une atteinte durable à la santé. Une longue période de souffrance et d'incapacité de travail, ou des préjudices psychiques importants, tel un état post-traumatique avec changement durable de la personnalité, peuvent ainsi justifier une indemnité. S'il s'agit d'une atteinte passagère, elle doit être grave, prenant par exemple la forme d'une exposition à un risque de mort, d'une longue hospitalisation ou de douleurs particulièrement intenses.⁹²

Sur la base de cette pratique for restrictive, le Tribunal fédéral a confirmé le refus de toute indemnité en faveur d'une patiente qui s'était vue poser, contre son gré, un anneau gastrique en lieu et place de l'exécution d'un bypass. Il a été considéré dans cette affaire que l'appareillage non-consenti n'avait pas impliqué une gêne importante dans la vie quotidienne de la patiente. Certes, cette opération avait causé un nouvel épisode dépressif et un état de stress post-traumatique, mais comme il s'agissait là d'une infection non-durable, on pouvait encore admettre, selon notre Haute Cour, que les souffrances subies en raison de la gastroplastie non-consentie, mais réversibles, ne revêtaient pas une intensité suffisante pour justifier une indemnité pour tort moral, même en tenant compte du fait que les souffrances en question aient pu représenter un facteur de risque supplémentaire dans l'atteinte psychique durable constatée par la suite.⁹³

Néanmoins, dans un arrêt d'août 2014, le Tribunal fédéral a considéré qu'une indemnité de CHF 2'000 en faveur d'un employé CFF molesté par un passager peu commode sur le quai d'une gare restait dans le cadre de la libre appréciation des juges cantonaux. L'employé en question avait été d'abord in-

⁹¹ Arrêt 6B_185/2013 du 22 janvier 2014 consid. 2.2.

⁹² Arrêt 4A_307/2013 du 6 janvier 2014 consid. 3.2.

⁹³ Arrêt 4A_307/2013 du 6 janvier 2014 consid. 3.5.

sulté par le responsable, qui l'avait ensuite empoigné et poussé en direction des voies alors qu'un train s'apprêtait à entrer en gare. Il l'avait encore poussé dans une haie, avant de le frapper avec les mains et les pieds. En l'espèce, la somme précitée a été confirmée essentiellement en raison du fait que la victime, au vu des circonstances, avait eu toutes les raisons d'avoir peur pour sa vie, et parce que cet incident avait eu des effets sur son activité professionnelles et réduit son sentiment général de sécurité. Par ailleurs, ce qui compte à cet égard est le ressenti subjectif d'une personne moyenne, et non pas l'intention de l'agresseur.⁹⁴ À l'évidence, en tous les cas quant à son résultat, cet arrêt assouplit quelque peu la jurisprudence rappelée ci-dessus, dans ce sens où il suffit que le lésé ait pu se croire en danger de mort, sans que ce danger ait été nécessairement réel.

Dans le même ordre d'idée, dans une affaire genevoise concernant une tentative d'assassinat par l'intermédiaire d'un tueur à gage, le Tribunal fédéral a rappelé que parmi les circonstances qui peuvent, selon les cas, justifier l'application de l'art. 47 CO, figurent une longue période de souffrance et d'incapacité de travail, de même que des préjudices psychiques importants. Il a donc admis le principe d'une indemnité pour tort moral, fixée à CHF 5'000 par la Cour de justice, alors même que le lésé n'avait subi aucune lésion physique. Il avait par contre subi une atteinte sur le plan psychique, et avait déménagé et changé de numéro de téléphone à plusieurs reprises par crainte de l'auteur. Il avait été profondément affecté par l'homicide dont il aurait pu être victime, ne se sentant plus serein dans sa vie quotidienne.⁹⁵

Le principe d'une indemnité, fixée à CHF 2'000, a également été admis par le Tribunal fédéral dans une affaire concernant une altercation entre deux ex-époux. En l'occurrence, l'ex-mari avait subi une blessure à l'abdomen. Sa vie n'avait pas été mise en danger mais il avait dû subir une hospitalisation de quelques jours et une interruption de travail de trois semaines. Selon son médecin traitant, il souffrait d'un stress post-traumatique. Ce diagnostic ne devait toutefois pas être mis uniquement en lien direct avec l'altercation du 5 février 2011, mais également avec les sentiments de haine et d'injustice éprouvés dans les rapports qu'il entretenait avec son ex-épouse et sa fille.⁹⁶

Alors que sa jurisprudence laissait jusqu'alors aux tribunaux cantonaux la liberté d'appliquer ou non la **méthode dite des deux phases**,⁹⁷ le Tribunal fédéral semble avoir voulu faire un pas supplémentaire en faveur de cette méthode dans un arrêt de juin 2014. En effet, à propos d'une sordide affaire d'assassinat, doublé de viol qualifié et de brigandage, notre Haute Cour écrit

⁹⁴ Arrêt 6B_397/2014 du 28 août 2014 consid. 4.1.

⁹⁵ Arrêt 6B_1066/2013 du 27 février 2014 consid. 6.1.2 et 6.2.

⁹⁶ Arrêt 6B_1133/2013 du 1^{er} avril 2014 consid. 3.3.

⁹⁷ Voir notamment l'arrêt 6B_714/2013 du 25 mars 2014 consid. 4.1.

sans autre que « *l'indemnité due à titre de réparation du tort moral est fixée selon une méthode s'articulant en deux phases. La première consiste à déterminer une indemnité de base, de nature abstraite, la seconde implique une adaptation de cette somme aux circonstances du cas d'espèce* ». Elle précise même plus loin que la détermination concrète de l'indemnité dépend de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, et rend illusoire toute comparaison linéaire avec d'autres précédents pour tenter d'en déduire un droit ferme à l'adjudication d'une somme supérieure. Elle conclut en précisant qu'en raison de sa nature, l'indemnité pour tort moral échappe à toute fixation selon des critères mathématiques, de sorte que son évaluation en chiffres ne saurait excéder certaines limites.⁹⁸

Si l'on résume correctement la pensée du Tribunal fédéral, l'indemnité pour tort moral doit être calculée en deux phases, tenir compte de toutes les circonstances concrètes du cas d'espèce, et demeurer dans un certains cadre. Peut-être la pratique des tribunaux gagnerait en cohérence, si les juges de Mont-Repos définissaient de façon plus précise le cadre en question.

Dans la même affaire, où le Tribunal cantonal bernois avait divisé par trois l'indemnité en raison du fait que l'époux de la victime avait par la suite déplacé son domicile en Thaïlande, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de rappeler qu'il n'y a en principe pas lieu de prendre en considération les frais d'entretien au domicile de l'ayant droit. L'indemnité doit ainsi être fixée **sans égard au lieu de vie de l'ayant droit** et à ce qu'il va faire de l'argent obtenu. Toutefois, dans la mesure où le bénéficiaire domicilié à l'étranger serait exagérément avantagé en raison des conditions économiques et sociales existant à son lieu de domicile, il convient d'adapter l'indemnité vers le bas. La réduction ne doit toutefois pas intervenir de manière schématique, notamment selon le rapport entre le coût de la vie au domicile du demandeur et celui en Suisse. Par ailleurs, une réduction de l'indemnité pour tort moral est exclue lorsque le bénéficiaire entretient des relations particulières avec la Suisse, par exemple lorsqu'il y travaille, y vit ou lorsqu'il peut y séjourner en tant que proche du lésé. En l'espèce, notre Haute Cour a considéré que les juges bernois n'avaient pas exposé quelles circonstances concrètes justifieraient, à la suite de ce déplacement de domicile, une telle diminution. Elle a donc admis le recours de l'époux et renvoyé la cause au Tribunal cantonal en l'invitant à compléter les faits sur la possibilité que le lésé, de nationalité suisse et ayant quitté la Suisse après le décès de son épouse, y revienne pour y être soigné et notamment y finir ses jours.⁹⁹

Cette dernière remarque est hautement critiquable, car elle donne l'impression d'admettre la possibilité pour le juge de réduire d'une façon ou

⁹⁸ Arrêt 6B_1218/2013 du 3 juin 2014 consid. 3.1.1.

⁹⁹ Arrêt 6B_1218/2013 du 3 juin 2014 consid. 3.3.

d'une autre l'indemnité pour tort moral allouée à un proche qui déciderait, après le décès de la victime, de s'établir à l'étranger. Une telle réduction est selon nous clairement contraire à la liberté personnelle du lésé d'établir son domicile là où il l'entend, et viole sa liberté incontestable de quitter des lieux chargés de tristes souvenirs pour recommencer sa vie dans un cadre totalement nouveau. Elle crée aussi une incohérence certaine dans le système de l'indemnisation du tort moral, qui prévoit en principe un intérêt compensatoire depuis la date de l'acte dommageable. C'est donc par rapport à cette date aussi qu'il faudrait selon nous examiner le cas échéant quel est le lieu de vie de l'ayant-droit.

En ce qui concerne le tort moral consécutif à une atteinte à la personnalité au sens de l'art. 49 CO, le juge peut substituer ou ajouter à l'allocation de cette indemnité un autre mode de réparation. Il s'agit en pratique essentiellement de la publication du jugement, qui peut poursuivre différents buts, comme la cessation de l'atteinte et la réparation du tort moral ; elle peut être ajoutée ou peut même remplacer l'indemnité en argent allouée pour réparer le tort moral.¹⁰⁰

b) *Le tort moral en cas de décès*

Dans un arrêt relativement restrictif de mars 2014, le Tribunal fédéral a considéré que les parents d'un enfant majeur, qui ne faisaient plus ménage commun avec lui, avaient certes droit à une indemnité, mais d'un montant réduit. Retenant une indemnité de base pour la *perte d'un enfant* située entre CHF 20'000 et CHF 30'000, notre Haute Cour a dès lors estimé que le Tribunal supérieur argovien n'avait pas excédé son pouvoir d'appréciation en limitant à CHF 10'000 chacun l'indemnité versée aux parents d'une victime de 30 ans, qui avait quitté le domicile familial depuis 9 ans environ. À l'évidence, la faute légère du responsable avait joué un rôle important dans l'appréciation des juges cantonaux.¹⁰¹

Dans cette même affaire, il a été rappelé que les *frères et sœurs* ne faisant plus ménage commun avec la victime ne peuvent prétendre à une indemnité que si, en raison de liens si étroits, ils subissent suite à cette perte une souffrance morale extraordinairement grave. Le refus de toute indemnité a en l'espèce été considéré comme respectant le droit fédéral.¹⁰²

¹⁰⁰ Arrêt 5A_170/2013 du 3 octobre 2013 consid. 6.2.1, au sujet de l'atteinte illicite à l'honneur d'un célèbre avocat genevois par le biais d'un article de presse.

¹⁰¹ Arrêt 6B_714/2013 du 25 mars 2014 consid. 4.2 et 4.3.

¹⁰² Arrêt 6B_714/2013 du 25 mars 2014 consid. 4.2 et 4.3.

c) *Le tort moral en cas de lésions corporelles*

Lorsqu'un lésé, fortement atteint dans son intégrité corporelle par un acte dommageable, perçoit un capital-invalidité, fût-il important, de la part de son assureur-maladie complémentaire (assurance de somme au sens de l'art. 96 LCA), le capital en question ne saurait être déduit de l'indemnité pour tort moral due par le responsable, ni même prise en considération dans la fixation de l'indemnité. Le Tribunal se réfère à cet égard à sa jurisprudence au sujet du capital hérité par les proches du défunt, tout en précisant qu'il serait choquant qu'une assurance financée par le lésé lui-même à titre de prévoyance privée puisse décharger le responsable d'une façon ou d'une autre.¹⁰³

V. Schadenssubstantiierung und Schadennachweis – Allégation et preuve du dommage

1. Im Allgemeinen

Unsere Berichtsperiode fällt ins dritte und vierte Jahr der Gültigkeit der neuen ZPO. Es erstaunt daher nicht, dass sich auch im Haftpflicht- und Versicherungsrecht viele Fragen um die Substantiierung und den Schadennachweis stellten und - oft erstmals - höchstrichterlich entschieden wurden.

Am letzten Anwaltskongress, somit die Jahre 2011 und 2012 betreffend, wurde an dieser Stelle der strenge Massstab, den das Bundesgericht bei der Frage der Substantiierung aller Elemente der Haftung, des Kausalzusammenhangs und des Schadens ansetzt, erwähnt und auch etwas beklagt. In den Jahren 2013 und 2014 hat sich daran nichts geändert, im Gegenteil. So müssen Tatsachenbehauptungen substantiiert in der Rechtsschrift selber erfolgen; die blosser Verweisung auf Aktenstücke ist ungenügend. Blosser Hinweise auf die UVG- und IV-Akten genügen nicht.¹⁰⁴

Ein Gutachten kann entweder in Zweifel gezogen werden, indem Unzulänglichkeiten, Widersprüche oder Unklarheiten im Gutachten selbst aufgezeigt werden. Eine Partei kann sich aber auch auf abweichende Einschätzungen anderer Ärzte berufen. Mit letzterem wird das Gutachten aber nur als ungenügend ausgewiesen, wenn die vom Gutachten abweichende Einschätzung das Gericht zu überzeugen vermag.¹⁰⁵

Ein in einem Sozialversicherungsverfahren eingeholtes Gutachten darf auch vom Zivilrichter als gerichtliches Gutachten beigezogen werden.¹⁰⁶ Dieser,

¹⁰³ Arrêt 4A_206/2014 du 18 septembre 2014 consid. 5.3.2.

¹⁰⁴ Urteil 4A_317/2014 vom 17. Oktober 2014 E. 2.2.

¹⁰⁵ Urteil 4A_100/2014 vom 24. Juli 2014 E. 3.5.

¹⁰⁶ BGE 140 III 24 E. 3.3.1.3

fast schon als obiter dictum im Zusammenhang mit einer vorsorglichen Beweisführung ausgesprochenen Erkenntnis dürfte in der Praxis inskünftig eine enorme Bedeutung zukommen: Führt man sich vor Augen, wie einseitig die in den Sozialversicherungsverfahren beauftragten medizinischen Gutachter in aller Regel zu Lasten der Geschädigten entscheiden, so muss sich der Geschädigte - dort wo ein Haftpflichtfall vorliegt - ernsthaft überlegen, ob er sich überhaupt noch solchen Begutachtungen unterziehen will! Sein Rechtsvertreter wird ihn inskünftig entsprechend beraten müssen, was kein leichtes Unterfangen ist.

Als nicht willkürlich qualifizierte es das Bundesgericht, wenn die kantonalen Instanzen (in einem Anwaltshaftpflichtfall) den Schaden gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR schätzten, obwohl der Geschädigte gar keinen entsprechenden Beweisantrag gestellt hatte.¹⁰⁷ Zu beachten ist allerdings, dass sich diese Frage noch in Anwendung einer kantonalen Zivilprozessordnung (derjenigen des Kantons St. Gallen) stellte. Unter freier Kognition und im Anwendungsbereich des Verhandlungsgrundsatzes (Art. 55 ZPO) hätte das Bundesgericht wohl anders entschieden.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) gewährt den Parteien insbesondere das Recht, mit rechtzeitig und formrichtig angebotenen erheblichen Beweismitteln gehört zu werden. Keine Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV liegt vor, wenn ein Gericht darauf verzichtet, beantragte Beweise abzunehmen, weil es aufgrund bereits abgenommener Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde. Das Bundesgericht greift in eine antizipierte Beweiswürdigung nur ein, wenn sie willkürlich und damit offensichtlich unhaltbar ist.¹⁰⁸

2. Die vorsorgliche Beweisführung

Kein Thema des Personenschadenrechts beschäftigte das Bundesgericht in der Berichtsperiode häufiger als das mit Art. 158 ZPO neu auf Bundesebene eingeführte Instrument der vorsorglichen Beweisführung, nämlich nicht weniger als zehn Mal. Die wichtigsten, vom Bundesgericht z. T. sogar mehrfach bestätigten Grundsätze sind dabei die folgenden:

Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung des Hauptsacheanspruchs dürfen nicht überspannt werden.¹⁰⁹ Hingegen hat der Gesuchsteller den Haupt-

¹⁰⁷ Urteil 4A_91/2014 vom 11. Juli 2014 E. 6.2.

¹⁰⁸ Urteil 4A_130/2014 vom 14. Juli 2014 E. 5.3.

¹⁰⁹ BGE 140 III 16 E. 2.2.2.

sacheanspruch sehr genau zu substantiieren, z. B. ausreichend zu behaupten, dass ihm ein tatsächlicher Schaden entstanden sei.¹¹⁰

Kein Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung besteht dann, wenn es der gesuchstellenden Partei lediglich darum geht, ein bereits vorliegendes Gutachten mit einem weiteren Gutachten in Frage zu stellen.¹¹¹

Für die vorsorgliche Abnahme eines Expertengutachtens gelten die allgemeinen Regeln gemäss Art. 183 ff. ZPO. Dies gilt namentlich in Bezug auf die Auswahl des Gutachters: Die Parteien können dem Gericht diesbezüglich zwar Vorschläge unterbreiten und gegenüber in Frage kommenden Kandidaten Ausstandsgründe vorbringen (Art. 183 Abs. 2 i.V.m. Art. 47 ZPO), die definitive Wahl des Gutachters und dessen Ernennung ist jedoch Sache des Gerichts.¹¹²

Auch bei Vorliegen von 20 medizinischen Stellungnahmen, darunter diverse Arzteugnisse, fachärztliche Berichte sowie eine biomechanische Kurzbeurteilung, besteht ein Anspruch auf vorsorgliche Beweisführung mittels eines medizinischen Gutachtens.¹¹³ Kein schutzwürdiges Interesse mehr besteht hingegen, wenn der Gesuchsteller bereits über eine sehr hohe Anzahl an Gutachten, medizinischen Beurteilungen und Stellungnahmen von Fachpersonen verfügt, welche sich zu den relevanten Fragen äussern, wenn auch nicht einheitlich.¹¹⁴

Die Kosten für ein Gutachten hat der Gesuchsteller zu tragen.¹¹⁵

Für die Streitwertberechnung sind die mutmasslichen Begehren im Hauptprozess massgebend.¹¹⁶

Da im Verfahren um vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO nicht über materielle Rechte oder Pflichten der Parteien zu entscheiden ist, besteht grundsätzlich kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege.¹¹⁷ Die Zukunft wird zeigen, ob diese bedeutende Schlechterstellung einer mittellosen Partei vor dem Diskriminierungsverbot von Art. 14 EMRK standhalten wird.

In Bezug auf die Verteilung bzw. Auferlegung der Gerichts- und Parteikosten kann nicht im Sinne des grundsätzlich geltenden Unterliegerprinzips nach Art. 106 ZPO von obsiegender und unterliegender Partei gesprochen werden.

¹¹⁰ Urteil 4A_427/2013 vom 11. Februar 2014 E. 1.3.2.

¹¹¹ BGE 140 III 16 E. 2.2.2.

¹¹² BGE 140 III 16 E. 2.2.4.

¹¹³ BGE 140 III 16 E. 2.3.

¹¹⁴ Urteil 4A_604/2013 vom 25. April 2013 E. 2.3.

¹¹⁵ BGE 140 III 16 E. 3.

¹¹⁶ BGE 140 III 12 E. 3.3.

¹¹⁷ BGE 140 III 12 E. 3.3.4.

Die gesuchstellende Partei hat die Möglichkeit, den Hauptprozess anzustrengen und bei Obsiegen in der Sache auch die Kosten des vorsorglichen Beweisverfahrens auf die in der Sache unterliegende Partei abzuwälzen. Verzichtet sie nach erfolgter vorsorglicher Beweiserhebung auf die Einleitung eines Hauptprozesses, um ihren behaupteten materiellen Anspruch durchzusetzen, kommt dies ihrem Unterliegen in einem solchen Prozess gleich und ist es sachgerecht, wenn ihr die Kosten der vorsorglichen Beweisaufnahme endgültig anhaften. Aus den gleichen Überlegungen, namentlich, dass der Gesuchsgegner nicht als unterliegende Partei im Sinne von Art. 106 Abs. 1 ZPO betrachtet werden kann, auch wenn er die Abweisung eines schliesslich gutgeheissenen Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung beantragt hat, folgt, dass der Gesuchsgegner Anspruch auf Parteientschädigung für das Gesuchsverfahren hat.¹¹⁸ Ein Aufwand des Rechtsvertreters des Gesuchsgegners von 51 Stunden ist angemessen.¹¹⁹

VI. Fixation de l'indemnité – Bestimmung der Entschädigung

Il y a **faute concomitante** lorsque le lésé omet de prendre des mesures que l'on pouvait attendre de lui et qui étaient propres à éviter la survenance ou l'aggravation du dommage ; autrement dit, si le lésé n'a pas pris les mesures qu'une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances, aurait pu et dû prendre dans son propre intérêt. La faute concomitante suppose que l'on puisse reprocher au lésé un comportement blâmable, en particulier un manque d'attention ou une attitude dangereuse, alors qu'il n'a pas déployé les efforts d'intelligence ou de volonté que l'on pouvait attendre de lui pour se conformer aux règles de la prudence. La réduction de l'indemnité – dont la quotité relève de l'appréciation du juge – suppose que le comportement reproché au lésé soit en rapport de causalité naturelle et adéquate avec la survenance du préjudice.¹²⁰

Selon le Tribunal fédéral, ne commet pas de faute concomitante celui qui, après avoir consommé des boissons alcooliques tard dans la nuit avec des inconnus, sort son porte-monnaie alors qu'on lui tire les cheveux pour le contraindre à payer sa part. En l'espèce, les inconnus en question en avaient profité pour lui arracher le porte-monnaie des mains et se servir encore de CHF 250. Constatant à ce moment-là que la victime avait encore sur elle plus de CHF 700, ils l'avaient suivie hors du bar, pour l'agresser violemment et lui voler le reste de son argent. Notre Haute Cour a donc estimé qu'il n'y avait en pareil cas aucun comportement fautif de la part du lésé qui serait en

¹¹⁸ BGE 140 III 30 E. 3.1, 3.5. und 3.6.

¹¹⁹ Urteil 4A_27/2013 vom 11. Februar 2014 E. 4.2.2.

¹²⁰ Arrêt 6B_234/2013 du 8 juillet 2013 consid. 4.2.

lien de causalité, tout du moins adéquate, avec l'atteinte physique qu'il avait subie et sur laquelle se fondait le principe d'une indemnisation.¹²¹

Dans une autre affaire vaudoise, le Tribunal fédéral a également nié toute faute de la part de la victime, heurtée mortellement sur l'autoroute suite à une panne de son véhicule. Après avoir signalé cette panne en enclenchant les feux clignotants avertisseurs de son automobile, elle s'était en effet mise devant le capot moteur, qu'elle avait ouvert. Elle avait alors pu voir arriver un camion qui circulait au terme d'une longue courbe à droite à plus de 80 km/h, en empiétant en partie sur la bande d'arrêt d'urgence. Effrayée par l'arrivée du poids lourd qui fonçait dans sa direction, elle s'était déplacée sur la voie de circulation, où avait malgré tout eu lieu le choc. Cette réaction de quitter l'accotement, bordé par un mur à cet endroit, et d'essayer de traverser l'autoroute était compréhensible selon notre Haute Cour, vu le risque de collision avec le camion roulant fautivement sur la piste d'arrêt. Dans un pareil contexte, qui était propre à altérer sa perception des choses, la victime avait sans doute commis une erreur d'appréciation, mais certainement pas une faute au sens de l'art. 41 CO.¹²²

La faute des parents ne peut pas être retenue à titre de faute concomitante à la charge de l'enfant lésé. En effet, seul l'enfant est titulaire de la créance en indemnisation suite au dommage corporel qu'il a subi, même si cette indemnisation est encaissée par les parents en leur qualité de représentants légaux. Dès lors, le Tribunal fédéral a considéré comme contraire au droit fédéral une réduction opérée sur l'indemnité allouée à une jeune skieuse de 10 ans et demi en raison du fait que ses parents l'avait laissée descendre seule une pente au lieu de l'encadrer, comme ils le faisaient habituellement. On ne peut pas davantage, le cas échéant, retenir à la charge de l'enfant le fait que ses parents ne lui ont pas fait porter de casque pour pratiquer le ski alpin.¹²³

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

1. Sachliche Kongruenz

Dass Invalidenrenten beziehungsweise Ersatz für Erwerbsunfähigkeit gleichwertig sind, wird nunmehr in Art. 74 Abs. 2 lit. c ATSG (SR 830.1) ausdrücklich festgehalten und ergibt sich auch aus BGE 134 III 489 E. 4.5.2.2 S. 495. Das Bundesgericht hat schon im Urteil 1P.459/1991 vom 26. März 1992 E. 3b festgehalten, an der sachlichen Kongruenz fehle es nicht schon dann, wenn

¹²¹ Arrêt 6B_234/2013 du 8 juillet 2013 consid. 4.4.

¹²² Arrêt 4A_433/2013 du 15 avril 2014 consid. 4.4.

¹²³ Arrêt 4A_206/2014 du 18 septembre 2014 consid. 4.6 et 4.7.

der Bemessung des haftpflichtrechtlichen Invaliditätsschadens ein tieferer Invaliditätsgrad zugrunde liege als den Leistungen der Sozialversicherung.¹²⁴

2. Regress

Das Rückgriffsrecht für die IV wurde vom Gesetzgeber eingeführt, da Haftungsnormen zum Ziel haben, denjenigen für einen Schaden einstehen zu lassen, der ihn einem anderen zufügt, und es nicht sinnvoll wäre, die haftpflichtigen Personen durch Leistungen von Sozialversicherern zu entlasten. Das im Gesetz umschriebene Rückgriffsrecht führt dazu, dass die Haftpflichtansprüche des Versicherten höchstens in dem Umfang auf den Sozialversicherer übergehen, als er Leistungen erbringt. Der Haftpflichtige wird nicht entlastet, hat seine Leistung teilweise aber dem Sozialversicherer statt dem Geschädigten zu erbringen. Dem Geschädigten verbleibt die Differenz zwischen den Leistungen der IV und seinem gesamten Schaden (BGE 124 III 222 E. 3 S. 225; Botschaft vom 7. Juli 1976 über die neunte Revision der Alters- und Hinterlassenenversicherung, BBl 1976 III 33 f. Ziff. 433.2). Zu einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Entlastung des Haftpflichtigen würde es aber führen, wenn der Schädiger einwenden könnte, die IV hätte zu hohe Leistungen erbracht, und die IV diese vom Geschädigten nicht zurückfordern könnte. Das Verfahren zwischen dem Geschädigten und der IV diene vielmehr der Festsetzung der zu erbringenden gesetzlichen Leistungen. Dass Leistungen allenfalls zu Unrecht erfolgt sein könnten, rechtfertigt keine Entlastung des Haftpflichtigen.¹²⁵

VIII. Verjährung – Prescription

Mit Urteil vom 15. Juli 2013¹²⁶ ist das Bundesgericht von der in BGE 127 III 268 begründeten Rechtsprechung bezüglich der Verjährung von Krankentaggeldern, die in der Lehre auf Kritik gestossen war, abgekommen. Es erkannte, Taggeldforderungen verjährten, wenn der Versicherte fortlaufend Leistung von Taggeldern verlangen könne, mit der ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit und dem Ablauf der Wartefrist nicht gesamthaft, sondern einzeln ab dem Tag, für den sie beansprucht würden. Mit Urteil vom 2. Februar 2015¹²⁷ wurde diese Rechtsprechung bestätigt und (nochmals) auf die sog. „atypischen Fälle“ hingewiesen. Von solchen spricht man, wenn die ärztliche Bescheinigung rückwirkend für eine bereits abgelaufene Zeitdauer eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit bestätigt. In einer derartigen Konstellation

¹²⁴ Urteil 4A_266/2014 vom 26. Dezember 2014 E. 5.3.2.

¹²⁵ Urteil 4A_275/2013 vom 30. Oktober 2013 E. 9.1.

¹²⁶ BGE 139 III 418.

¹²⁷ Urteil 4A_471/2014 vom 2. Februar 2015 E. 4.2.

ist, so das Bundesgericht im Weiteren, nicht auf den tatsächlichen Beginn der (bereits zurückliegenden und erst später ärztlich bescheinigten) Arbeitsunfähigkeit oder auf deren Erkennbarkeit und den Ablauf der vereinbarten Wartezeit abzustellen. Vielmehr erweist sich in einem solchen Fall das ärztliche Attest als fristauslösend.

En bref, pour connaître le « fait d'où naît l'obligation », et partant le point de départ de la prescription, il faut analyser le contrat d'assurance et déterminer quel est le sinistre assuré, respectivement quels éléments constitutifs doivent être réunis pour que l'assureur ait l'obligation d'indemniser l'assuré - sans égard aux déclarations et actes que doit faire la partie qui invoque une prétention.¹²⁸

Die mit BGE 127 III 538 E. 4b S. 540 und BGE 112 II 172 E. II/2b S. 189 aufgestellte Regel, wonach die (längere) strafrechtliche Verjährungsfrist am Unfalltag beginnt, gilt auch für die zivilrechtliche Haftung nach SVG.¹²⁹

En particulier, la connaissance du dommage résultant d'une invalidité permanente suppose que, selon un expert, l'état de santé soit stabilisé sur le plan médical et que le taux de l'incapacité de travail soit fixé au moins approximativement; le lésé doit en outre savoir, sur la base des rapports médicaux, quelle peut être l'évolution de son état.¹³⁰

Die Leistung eine Akontozahlung hat in der Regel verjährungsunterbrechende Wirkung im Sinne von Art. 135 Ziff. 1 OR,¹³¹ ebenso eine unbezifferte Klage gemäss Art. 85 ZPO.¹³²

IX. Verfahren – Procédure

1. Recht auf den Beweis

Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV gewährleistet den Parteien unter anderem das persönlichkeitsbezogene Mitwirkungsrecht in allen Verfahren, Beweisanträge zu stellen, und verpflichtet die Behörden, rechtzeitig und formgültig angebotene Beweisbegehren entgegenzunehmen und zu berücksichtigen, soweit diese rechtserhebliche Tatsachen betreffen. Dieser Anspruch ist insbesondere dann verletzt, wenn der kantonale Richter Behauptungen einer Partei, unbekümmert darum, dass sie von der Gegenpartei bestritten worden sind, als richtig hinnimmt oder über rechtserhebliche Tatsachen überhaupt nicht Beweis führen lässt. Das

¹²⁸ Urteil 4A_702/2012 vom 18. März 2013 (fr.).

¹²⁹ Urteil 4A_707/2012 vom 28. Mai 2013 E. 7.2.1.

¹³⁰ Urteil 4A_499/2014 vom 28. Januar 2015 E. 3.2 (fr.).

¹³¹ Urteil 4A_404/2013 vom 29. Januar 2014 E. 4.1.

¹³² Urteil 4A_543/2013 vom 13. Februar 2014 E. 4.4 (fr.).

Recht auf Beweis ist aber auch verletzt, wenn Beweislosigkeit angenommen wird, obwohl die beweisbelastete Partei taugliche Beweismittel prozessual gehörig angeboten hatte, diese aber nicht abgenommen worden sind. Dagegen ist es zulässig, auf die Abnahme von Beweisen zu verzichten, wenn das Gericht auf Grund bereits abgenommener Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür annehmen kann, seine Überzeugung werde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (antizipierte Beweiswürdigung). In casu ist die Vorinstanz ist zu Unrecht davon ausgegangen, die Beschwerdeführenden hätten keine Beweisanträge betreffend die natürlichen Begebenheiten des zu befahrenen Flussabschnitts gestellt.¹³³

2. Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung

Der Begriff der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ist restriktiv auszulegen. Soweit es bei der aufgeworfenen Frage lediglich um die Anwendung von Grundsätzen der Rechtsprechung auf einen konkreten Fall geht, handelt es sich nicht um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung. Die Voraussetzung von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG ist hingegen erfüllt, wenn ein allgemeines Interesse besteht, dass eine umstrittene Frage höchstrichterlich geklärt wird, um eine einheitliche Anwendung und Auslegung des Bundesrechts herbeizuführen und damit Rechtssicherheit herzustellen. Eine neue Rechtsfrage kann vom Bundesgericht sodann beurteilt werden, wenn dessen Entscheid für die Praxis wegleitend sein kann, namentlich wenn von unteren Instanzen viele gleichartige Fälle zu beurteilen sein werden.¹³⁴

¹³³ Urteil 2C_795/2013 vom 16. Juni 2014 E. 4.2.

¹³⁴ Urteil 4A_76/2014 vom 19. Juni 2014 E. 1.2.