

Schadenrecht: Personenschaden 2017

Responsabilité civile : dommages corporels 2017

Alexandre Guyaz^{*} /Patrick Wagner^{**}

Inhaltsverzeichnis – Table des matières

I.	Einleitung – Introduction	172
II.	Les fondements de la responsabilité – Haftungs begründung	172
1.	Responsabilité pour faute	172
a)	La notion de négligence	172
b)	La négligence par omission – notion de garant	173
c)	La faute en matière de circulation routière	174
2.	Responsabilité du propriétaire de l’ouvrage	176
3.	Responsabilité du détenteur d’animal	177
4.	Responsabilité pour les auxiliaires	177
5.	Responsabilités objectives aggravées	178
6.	Responsabilité médicale	179
7.	Responsabilité de l’État	180
8.	Responsabilité en matière d’activités de loisirs	181
9.	Responsabilité de l’avocat	182
III.	Causalité – Kausalität	182
1.	Causalité naturelle	182
2.	Causalité adéquate	184
3.	Interruption de la causalité adéquate	184
IV.	Schadenberechnung – Calcul du dommage	185
1.	Allgemeines	185
2.	Erwerbsschaden	185
3.	Haushaltsführungsschaden	186
4.	Kosten	186
5.	Tort moral	187

* 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.rcassurances.ch).

** Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, schaden-anwaelte, Basel.

a) Le droit à une indemnité	187
b) La fixation de l'indemnité	188
V. Schadenssubstantiierung und Schadennachweis – Allégation et preuve du dommage	189
VI. Fixation de l'indemnité – Bestimmung der Entschädigung	189
VII. Verjährung – Prescription	190
VIII. Verfahren – Procédure	191

I. Einleitung – Introduction

Grenzt man die Suchkriterien in der entsprechenden Maske auf der Webseite des Bundesgerichts in den Jahren 2015 und 2016¹ einzig auf das Kriterium 'Haftpflichtrecht' ein, so erhält man 54 Treffer. Sucht man in der gleichen Periode noch nach den einschlägigen Stichworten Erwerbsschaden, Haushaltsschaden, Genugtuung o. ä, so kommen noch zwei Hände voll Urteile dazu, sodass man für diese zwei Jahre vielleicht 65 Bundesgerichtsentscheide zählt, die sich mit der Materie des 'Personenschadenrechts' ausserhalb des Sozialversicherungsrechts und des Privatversicherungsrechts befassen. Etwa die Hälfte davon sind Nichteintretensentscheide, 'Abschreiber' oder sie befassen sich ausschliesslich mit Fragen der unentgeltlichen Rechtspflege. Die andere, uns in der Folge interessierende Hälfte betrifft häufig Fragen der Haftung des Motorfahrzeughalters, der Haftung von Medizinalpersonen oder aber des Verfahrens. Ein eigentliches Schwergewicht konnten die Schreibenden in der aktuellen Berichtsperiode (anderes als vor zwei Jahren, als dies die vorsorgliche Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO war) nicht feststellen.

II. Les fondements de la responsabilité – Haftungs begründung

1. Responsabilité pour faute

a) La notion de négligence

Une condamnation pour homicide par négligence implique tout d'abord que la chaîne d'événements qui a conduit au résultat ait été **prévisible** pour l'auteur présumé. Il s'agit de déterminer si, compte tenu des circonstances, de ses connaissances et de ses capacités, celui-ci aurait pu et dû prévoir la mise en danger de la victime. Dans une affaire jugée pour la seconde fois en dé-

¹ Unsere Berichtsperiode umfasst den Zeitraum vom 1. März 2015 bis zum 28. Februar 2017.

cembre 2016, le Tribunal fédéral a examiné la situation d'un responsable de la sécurité dans un chantier de montagne. Le soir du 23 février 2012, il a envoyé un e-mail à un certain nombre de collègues pour leur indiquer que le danger d'avalanche avait augmenté de façon importante pendant la journée et que, en conséquence, il était interdit avec effet immédiat d'emprunter une certaine route. Ce courriel n'a pas été envoyé au responsable du déneigement, qui a emprunté la route en question le lendemain avec deux de ses collègues. L'un de ceux-ci a été pris dans une avalanche et est décédé peu après. Il a été considéré que l'avalanche était prévisible pour l'accusé compte tenu des informations qui étaient alors à sa disposition, et ce déjà pour le matin de l'accident, et non seulement pour l'après-midi.

Pour attribuer la survenance du résultat à un comportement coupable de l'auteur, le résultat en question ne doit pas seulement avoir été prévisible, mais également **évitable**. A cet égard, le seul fait que le responsable du déneigement ait indiqué qu'il aurait sans doute repris contact avec l'accusé s'il avait reçu son courriel ne signifie pas encore qu'il aurait quand même emprunté avec ses collègues la route litigieuse. Notre Haute Cour a considéré ainsi que les juges cantonaux n'étaient pas tombés dans l'arbitraire en retenant que la victime et son chef n'auraient pas été pris dans l'avalanche si ce dernier avait été averti du danger par le courriel du soir précédent².

Dans une affaire qui portait sur un accident survenu lors du démontage d'un festival *open air*, le Tribunal fédéral a au contraire estimé que le résultat n'était pas prévisible et que le responsable des installations ne pouvait pas s'imaginer à l'avance qu'une aussi forte tempête s'abattrait sur la région³.

En matière de violation des règles de prudence, on peut encore citer dans la jurisprudence récente une affaire d'accident de montagne, dans laquelle le chef de course n'avait pas pris toutes les précautions voulues⁴, et un cas d'accident de travail en forêt, à l'occasion duquel l'entrepreneur responsable de l'écimage de deux grands arbres ne s'était pas assuré que les travaux se déroulaient dans le respect des règles de sécurité applicables⁵.

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

La position de garant prévue dans un contrat ne naît pas déjà du contrat en tant que tel, mais uniquement de la prise effective de la position. Il s'agissait en l'espèce de la responsabilité de surveiller le risque d'avalanches dans le

² Arrêt 6B_601/2016 du 7 décembre 2016 (la même affaire avait déjà fait l'objet de l'arrêt publié aux ATF 141 IV 249).

³ Arrêt 6B_114/2016 du 20 septembre 2016.

⁴ Arrêt 6B_275/2015 du 22 juin 2016.

⁵ Arrêt 6B_661/2015 du 17 mai 2016.

cadre d'un chantier de montagne, tâche qui avait déjà été concrètement accomplie par l'accusé. Le fait que l'entreprise de la victime effectuait également ses propres recherches sur le même type de risque ne permettait pas de le délier de son devoir de surveillance⁶.

L'entrepreneur chargé de l'écimage d'un arbre qui cherche à s'adjoindre du personnel nécessaire à l'exécution de ce travail assume une position de garant envers les employés qu'il engage⁷.

En cas d'omission, la question de la causalité ne se présente pas de la même manière qu'en cas de commission. L'omission d'un acte est en relation de causalité naturelle avec le résultat de l'infraction présumée si son accomplissement eût empêché la survenance de ce résultat avec une vraisemblance confinante à la certitude ou, du moins, avec une haute vraisemblance. Elle est en relation de causalité adéquate avec le résultat si l'accomplissement de l'acte omis aurait, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, évité la survenance de ce résultat⁸.

c) *La faute en matière de circulation routière*

Dans le cadre de l'art. 37 al. 2 LCR, la jurisprudence considère que l'arrêt d'un camion sur la chaussée, dans de bonnes conditions de visibilité et concomitant au chargement ou au déchargement de marchandises, est licite alors même qu'il en est résulté un accident⁹. Dans une affaire plus récente, à propos de la même disposition légale, le Tribunal fédéral a considéré qu'un conducteur qui s'arrête momentanément sur la chaussée, parce qu'il hésite sur l'itinéraire à suivre ou sur le comportement à adopter, n'entrave en soi pas de manière inadmissible la circulation et ne l'expose pas non plus à un risque particulièrement aigu, excédant ce que les autres usagers doivent normalement assumer¹⁰.

En vertu du **principe de la confiance** (découlant de l'art. 26 al. 1 LCR) chaque usager qui se comporte réglementairement est en droit d'attendre des autres usagers, aussi longtemps que des circonstances particulières ne doivent pas l'en dissuader, qu'ils se comportent également de manière conforme aux règles de la circulation. Dans ce contexte, le conducteur d'un véhicule automobile ne doit pas compter, malgré les règles de priorité en matière de pas-

⁶ ATF 141 IV 249, cons. 1.4.

⁷ Arrêt 6B_661/2015 du 17 mai 2016, cons. 2.1.2.

⁸ Arrêt 6B_179/2015 du 26 août 2015, cons. 2.2, à propos d'un accident ferroviaire où il a été précisément admis que l'observation des règles violées en l'espèce par le chef du trafic n'aurait très vraisemblablement pas permis d'éviter le résultat.

⁹ Arrêt 4A_83/2015 du 15 juin 2015, cons. 3.3.

¹⁰ Arrêt 6B_965/2014 du 2 août 2016, cons. 5.3.

sages piétons, sur le fait qu'un piéton s'engage sur le passage ou en exprime son intention lorsque son véhicule se trouve déjà à proximité immédiate dudit passage ; mais il peut au contraire partir du principe que le piéton ne fera valoir son droit de priorité qu'aussi longtemps le véhicule s'approchant est suffisamment éloigné. La vitesse adaptée aux circonstances à l'approche d'un passage de sécurité ne peut pas être déterminée en fonction du moment auquel le piéton a traversé, car cela reviendrait à exiger de l'automobiliste une vitesse extrêmement basse uniquement en raison du fait que le piéton a traversé à la dernière seconde. Pour retenir une vitesse excessive en pareil cas, il faut que d'autres circonstances concrètes soient réunies¹¹.

Le seul fait qu'un cycliste se tient debout sur les pédales de son engin n'est pas en soi suffisant pour admettre qu'il va agir de manière incorrecte au sens de l'art. 26 al. 2 LCR¹².

Violo son obligation de rester maître de son véhicule (art. 31 al. 1 LCR), le conducteur qui, sur une route enneigée, entre en collision par l'arrière avec un camion qui venait de s'insérer devant lui depuis une route secondaire située à sa gauche. En l'occurrence, le conducteur avait dérapé au moment de freiner, en raison des conditions météorologiques. Le Tribunal fédéral en déduit qu'il roulait à une vitesse inadaptée. Le conducteur au bénéfice de la priorité n'est pas délié de son devoir général de prudence. Ainsi, dès qu'il doit reconnaître qu'un autre usager ne va pas respecter son droit de priorité, il doit faire tout ce qui est raisonnablement exigible de lui pour éviter une collision. En l'espèce, le conducteur prioritaire roulait trop vite au vu des circonstances. Comme il a ainsi lui-même adopté un comportement illicite, il ne peut plus se prévaloir du principe de la confiance¹³.

Selon l'art. 35 al. 2 LCR, il n'est permis d'exécuter un **dépassement** ou de contourner un obstacle que si l'espace nécessaire est libre et bien visible, et que si les usagers de la route venant en sens inverse ne sont pas gênés par la manœuvre. Pour calculer la distance qui doit être dégagée et visible pour le véhicule qui dépasse, il convient de tenir compte du trajet qu'effectuerait un véhicule venant en sens inverse à une vitesse de 90 km/h hors localité, ainsi que d'une marge de sécurité de 2 secondes. En d'autres termes, le véhicule

¹¹ Arrêt 6B_409/2015 du 1^{er} juin 2015, cons. 2.2 et 2.3.

¹² Arrêt 4A_663/2014 du 9 avril 2015, cons. 3.3.4.

¹³ Arrêt 6B_335/2015 du 27 août 2015, cons. 1.3.2 et 1.4. La perte de maîtrise du véhicule n'est en effet punissable que si le conducteur commet une erreur de conduite ou réagit de manière erronée. A cet égard, on ne retiendra pas de faute à la charge du conducteur pour n'importe quelle réaction qui ne s'avère par la suite pas optimale après une réflexion approfondie voire une expertise technique : arrêt 6B_309/2016 du 10 novembre 2016, cons. 4.3.

dépassant doit disposer de la place nécessaire pour se rabattre 2 secondes avant de croiser un véhicule venant en sens inverse arrivant à 90 km/h¹⁴.

2. Responsabilité du propriétaire de l'ouvrage

Comme les autres ouvrages, **les rues et routes publiques** doivent être construites et entretenues de façon à offrir une sécurité suffisante aux usagers. Néanmoins, en comparaison avec des ouvrages privés, la jurisprudence pose des exigences moins sévères concernant la conception et l'entretien de ces routes. On ne peut en effet pas attendre de la collectivité publique qu'elle entretienne chaque route ou chemin de façon à ce que ces installations présentent un degré maximum de sécurité. Il suffit que les routes puissent être utilisées sans danger moyennant une prudence habituelle¹⁵.

Lorsqu'un obstacle ne peut pas être repéré à temps par l'utilisateur faisant preuve de toute l'attention requise, l'obstacle en question doit à tout le moins être signalé correctement s'il ne peut être supprimé sans dépenses disproportionnées. L'absence de signalisation nécessaire d'un danger sur la route peut ainsi constituer un défaut de l'ouvrage au sens de l'art. 58 CO. Dans une affaire jugée en février 2016, un motocycliste avait chuté sur un tronçon d'autoroute particulièrement glissant ne présentant manifestement pas l'adhérence sur laquelle pouvaient compter les usagers. Le Tribunal fédéral a donc admis un défaut de l'ouvrage, dans ce sens où le tronçon en question aurait dû être indiqué par le signal « chaussée glissante », ce qui constituait une démarche à la fois raisonnablement exigible et peu coûteuse¹⁶.

En principe, l'ouvrage au sens de l'art. 58 CO n'a pas besoin d'être construit ou entretenu de manière à pouvoir supporter un usage non conforme à sa destination. Cependant, il est admis que la responsabilité du propriétaire peut aussi être exceptionnellement engagée en cas de comportement non conforme de certaines catégories d'utilisateurs, parmi lesquelles les enfants. Si, de par sa constitution ou sa structure, l'ouvrage comporte des risques particuliers qui peuvent entraîner des dommages graves ou si, en raison de son affectation, il est de nature à inciter les enfants à une utilisation non conforme à sa destina-

¹⁴ Arrêt 6B_104/2015 du 20 août 2015, cons. 2.

¹⁵ Arrêt 4A_479/2015 du 2 février 2016, cons. 6.1. En matière d'accidents dus au verglas, la jurisprudence considère qu'il ne peut pas être déduit de l'obligation d'entretien incombant à la collectivité un devoir général de prévenir immédiatement la présence de glace en procédant au salage de toutes les voies et de tous les espaces. On ne peut raisonnablement exiger de la collectivité publique qu'à défaut de disposer de suffisamment d'équipes d'entretien en hiver, elle bloque la circulation sur toutes les routes où du sel n'a pas pu être épandu : Arrêt 4A_463/2015 du 17 mars 2016, cons. 3.1.2.

¹⁶ Arrêt 4A_479/2015 du 2 février 2016, cons. 6.2.

tion, le propriétaire est tenu de prendre des précautions particulières pour empêcher que des enfants n'utilisent l'ouvrage de manière non conforme. Mais la responsabilité du propriétaire présuppose dans tous les cas que le comportement non conforme des enfants soit prévisible. Dans une affaire remontant à mars 2012, un jeune garçon de 19 mois avait échappé à la surveillance de sa maman, et pénétré dans un jardin voisin dans lequel se trouvait un étang de 6 mètres de long et de 60 centimètres de profondeur. Il y était tombé et avait subi d'importantes lésions cérébrales suite à un manque prolongé d'oxygène. Comme l'étang n'était pas visible depuis la rue et qu'il était difficilement accessible, notre Haute Cour a considéré que le propriétaire ne pouvait s'attendre à ce qu'un enfant de cet âge pénètre seul dans son jardin et atteigne l'étang. Il pouvait compter sur le fait que les tout-petits soient encadrés quand ils sont à l'extérieur, de sorte qu'aucun vice de construction ni défaut d'entretien ne pouvaient être retenus à sa charge¹⁷.

3. Responsabilité du détenteur d'animal

La responsabilité du détenteur d'un animal suppose une violation objective du devoir de diligence, lequel s'examine en fonction des normes édictées en la matière et des circonstances concrètes. Dans une affaire d'octobre 2015, notre Haute Cour s'est fondée sur les directives du Service de prévention des accidents agricoles et les recommandations du Haras national pour retenir une violation objective de son devoir de diligence par le propriétaire d'un cheval en état de panique, car la clôture était en l'espèce trop basse de 20 centimètres. Néanmoins, le propriétaire de l'animal a été libéré de toute responsabilité, puisque l'expertise judiciaire avait démontré que le respect de ces mêmes règles n'aurait pas empêché l'accident de se produire¹⁸.

4. Responsabilité pour les auxiliaires

Lorsqu'une entreprise de construction met à disposition d'un client un échafaudage que celui-ci entend monter lui-même, ainsi que deux ouvriers destinés à l'aider dans cette tâche, les ouvriers en question interviennent alors dans le cadre d'un contrat de location de service et ne constituent pas des auxiliaires de l'entreprise de construction. La responsabilité – contractuelle – de celle-ci se limite donc à la mise à disposition de personnes capables d'accomplir le travail envisagé, et n'a pas pour objet la bonne exécution dudit travail¹⁹.

¹⁷ Arrêt 4A_377/2016 du 18 octobre 2016, cons. 2.3.3 et 2.3.4.

¹⁸ Arrêt 4A_321/2015 du 6 octobre 2015.

¹⁹ Arrêt 4A_134/2016 du 11 juillet 2016, cons. 2.3.

5. Responsabilités objectives aggravées

En vertu de l'art. 59 al. 1 LCR, le détenteur est libéré de la responsabilité civile s'il prouve que l'accident a été causé par la force majeure ou par une faute grave du lésé ou d'un tiers sans que lui-même ou les personnes dont il est responsable aient commis de faute et sans qu'une défectuosité du véhicule ait contribué à l'accident. Le fardeau de la preuve incombe au détenteur qui entend s'exonérer de sa responsabilité. Autrement dit, si le détenteur ne parvient pas à amener une des trois preuves positives alternatives (le préjudice a été causé par la force majeure, par la faute grave du lésé ou encore par la faute grave d'un tiers) ainsi que les deux preuves négatives cumulatives prévues par cette disposition (absence de faute de sa part, voire du conducteur ou de l'auxiliaire dont il répond, et absence de défectuosité de son véhicule), il faut en conclure qu'il est responsable du sinistre.

Néanmoins, dans un arrêt du 4 décembre 2015, le Tribunal semble avoir sans le dire pris quelques libertés avec cette règle, en rejetant toute faute du conducteur recherché au motif qu'il n'avait pas été établi qu'il pouvait apercevoir la moto qui tentait de le doubler, alors même qu'il s'apprêtait à dépasser un scooter²⁰. Il y avait donc manifestement un doute sur ce point, qui aurait dû en principe bénéficier au lésé.

En vertu de l'art. 61 al. 1 LCR, lorsqu'un détenteur est victime de lésions corporelles dans un accident où sont impliqués plusieurs véhicules automobiles, le dommage sera 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. Chaque détenteur assume le fardeau de la preuve pour l'éventuelle faute de l'autre détenteur²¹.

Compte tenu de l'art. 302 al. 1 CC, il appartient aux père et mère de l'enfant de veiller à sa sécurité physique. Ils assument envers lui une position de garant et la violation de leurs devoirs engage leur responsabilité délictuelle selon l'art. 41 CO. Ils sont notamment responsables de veiller à la sécurité de l'enfant dans le trafic routier. Ainsi, dans le cadre de l'action en dommages-intérêts intentée par la mère d'un garçon de 4 ans grièvement blessé dans un accident de la circulation, le Tribunal fédéral a réduit de 30% la responsabilité du détenteur impliqué sur la base de l'art. 60 al. 2 LCR, pour tenir compte du

²⁰ Arrêt 4A_353/2015 du 4 décembre 2015, cons. 2 et 6.

²¹ Arrêt 4A_640/2015 du 13 avril 2016, cons. 2.1. Ainsi, le détenteur qui circule sur une route prioritaire, de nuit et par forte pluie, en ayant oublié d'enclencher ses phares est seul responsable de l'accident qui survient, dans la mesure où il est établi que, s'il avait allumé ses phares, l'accident aurait pu être évité. La circonstance qu'il était peut-être possible pour l'autre détenteur de voir approcher le véhicule prioritaire fautif moyennant une attention accrue n'implique aucune faute de sa part.

fait que la mère était elle aussi responsable de l'accident, puisqu'elle avait fait accompagner son fils par sa sœur de 9 ans, en lieu et place d'un adulte averti du comportement habituellement turbulent de la victime. Les deux fautes ont été considérées comme équivalentes, mais le risque inhérent du véhicule impliquait une responsabilité plus importante à la charge de son détenteur²².

6. Responsabilité médicale

Les règles de l'art médical constituent des principes établis par la science médicale, généralement reconnus et admis, communément suivis et appliqués par les praticiens. Or, l'absence de guidelines (internes à l'hôpital, nationales ou internationales) dans un domaine donné, imposant une procédure à suivre, ne suffit pas en soi pour retenir l'absence de règles de l'art²³. Une violation des règles de l'art peut dans certains cas être retenue même à l'égard d'une pratique courante dans certaines cliniques privées, une telle pratique pouvant s'avérer contraire aux règles de l'art médical dans un cas particulier²⁴.

Dans un arrêt publié aux ATF 141 III 363, le Tribunal fédéral a adopté une vision relativement restrictive quant à l'obligation de documentation du médecin. La tenue d'un procès-verbal ayant essentiellement un but médical, et non de preuve, c'est en se fondant sur des critères médicaux que l'on doit examiner si un procès-verbal doit être tenu. On ne peut donc pas en soi déduire de l'absence de mention d'un acte précis dans un protocole opératoire que cet acte n'a pas été accompli²⁵.

En principe, une intervention médicale qui ne se fonde pas sur le consentement éclairé du patient est illicite. Néanmoins, en cas d'information insuffisante donnée au patient avant l'intervention, la jurisprudence reconnaît au médecin la faculté de soulever le moyen du **consentement hypothétique** du patient. Le praticien doit alors établir que ce dernier aurait accepté l'opération même s'il avait été dûment informé. Le fardeau de la preuve incombe là aussi au médecin, mais le patient doit collaborer à cette preuve en rendant vraisemblables, ou du moins en les alléguant, les motifs personnels qui l'auraient incité à refuser l'opération s'il en avait connu les risques. En principe, on ne saurait admettre le consentement hypothétique lorsque le genre et la gravité

²² Arrêt 4A_179/2016 du 30 août 2016, cons. 5 et 6.

²³ Arrêt 6B_999/2015 du 28 septembre 2016, cons. 5.1 et 5.5.

²⁴ Arrêt 4A_66/2015 du 22 septembre 2015, cons. 5.2.

²⁵ ATF 141 III 363, cons. 5.1. Au sujet de cet arrêt, voir le commentaire de FRANZ WERRO, in HAVE/REAS 2015, pp. 382 ss.

du risque encouru aurait nécessité un besoin accru d'information que le médecin n'a pas satisfait²⁶.

Dans la pratique, le consentement hypothétique est souvent admis par les tribunaux, même si le Tribunal fédéral considère que cela ne doit pas être fait à la légère si l'on ne veut pas vider de sa substance le devoir d'information du médecin et le droit à l'autodétermination du patient²⁷.

Le consentement éclairé ne saurait avoir une portée différente selon que l'on se trouve dans un établissement de droit public ou de droit privé, ou encore selon la nature du contrat d'assurance conclu par le patient. Il est donc contraire au droit d'admettre que la patiente aurait accepté l'intervention telle qu'elle s'est déroulée, même si elle avait su qu'elle ne serait pas opérée par son médecin mais par un médecin-assistant dans le cadre d'un *teaching*, au motif qu'elle n'était couverte que par l'assurance-maladie de base, de sorte qu'elle n'avait d'autre choix que d'accepter de se laisser opérer par un médecin-assistant. En raisonnant ainsi, un consentement hypothétique devrait alors systématiquement être retenu pour les assurés qui n'ont qu'une couverture de base, ce qui n'est pas soutenable²⁸.

Dans un arrêt de septembre 2015 portant sur la responsabilité éventuelle d'un hôpital cantonal, le Tribunal fédéral a répété que la réception en droit suisse de la **théorie de la perte d'une chance** était à tout le moins problématique, car elle revenait en définitive à admettre la réparation d'un préjudice en fonction de la probabilité que le fait générateur de responsabilité ait causé le dommage. Une autorité cantonale ne saurait ainsi se voir reprocher une application arbitraire du droit cantonal régissant la responsabilité d'un hôpital public en n'examinant pas le dommage sous l'angle de la perte d'une chance²⁹.

7. Responsabilité de l'État

En matière de responsabilité de l'État, l'illicéité ne doit pas être admise à chaque fois qu'il existe une violation des devoirs de service, mais seulement lorsque, dans le cadre de l'exercice d'une tâche étatique, un devoir de fonc-

²⁶ Voir notamment ces deux dernières années : arrêt 4A_160/2015 du 13 juillet 2015, cons. 5.2.1 ; arrêt 4A_137/2015 du 19 août 2015, cons. 8.1 (non publié in ATF 141 III 363) ; arrêt 6B_788/2015 du 13 mai 2016, cons. 3.1.

²⁷ Arrêt 4A_453/2014 du 23 février 2015, cons. 6.1.

²⁸ Arrêt 6B_788/2015 du 13 mai 2016, cons. 4.2.2. On mentionnera encore l'arrêt 4A_453/2014 du 23 février 2015, cons. 6.3, dans lequel le TF a refusé d'admettre le consentement hypothétique dans le cas d'une opération effectuée par un médecin de 34 ans, encore en formation, estimant que le patient aurait consulté un autre médecin ou demandé à être opéré par un chirurgien plus expérimenté s'il avait été dûment informé des risques de l'intervention.

²⁹ Arrêt 4A_18/2015 du 22 septembre 2015, cons. 4.1 et 4.2.

tion essentiel a été violé. La surveillance étatique d'une fondation ne correspond pas à une curatelle, et l'autorité doit faire preuve de retenue avant de s'immiscer dans la gestion de la fondation concernée. Elle ne doit en réalité agir que si et dans la mesure où la concrétisation des buts de la fondation est mise en danger. L'autorité bénéficie ainsi d'un certain pouvoir d'appréciation, si bien que la responsabilité de l'État n'entre en considération que si l'autorité sort du cadre légal ou abuse de ce pouvoir d'appréciation.

Dans une affaire de mai 2016, le curateur de la fondation lésée avait soumis avant de le signer à l'autorité de surveillance fédérale un accord qui était en réalité contraire aux intérêts de la fondation. Après un bref examen, l'autorité précitée avait donné son accord. Selon le Tribunal fédéral, une telle façon de faire peut constituer une violation des devoirs de fonction s'il était reconnaissable pour l'autorité que le contrat qui lui était soumis mettait en danger les buts de la fondation ou risquait de déboucher sur une utilisation de son patrimoine contraire à ses buts³⁰.

Un enseignant qui entreprend avec sa classe une descente en rafting ne doit pas renoncer à cette activité du seul fait que l'organisateur expérimenté à qui il s'est adressé fait signer une décharge aux élèves. Une telle circonstance ne constitue pas un indice d'un danger concret, sachant qu'un tel document est exigé indépendamment du risque réel qu'un accident ne se produise. Par ailleurs, une information détaillée auprès des parents sur l'activité envisagée n'est pas nécessaire dans la mesure où l'on admet que celle-ci ne présente qu'un risque très limité³¹.

8. Responsabilité en matière d'activités de loisirs

Les directives de la Commission suisse pour la prévention des accidents sur les descentes pour sports de neige (*SKUS-Richtlinien*) et les directives des remontées mécaniques suisses relatives à l'obligation d'assurer la sécurité sur les descentes de sports de neige (*SBS-Richtlinien*) s'appliquent en soi également pour évaluer les mesures de sécurité à prendre en matière de pistes de luge. Lesdites mesures de sécurité doivent être exceptionnellement et ponctuellement étendues au-delà de la distance habituelle de 2 mètres du bord de la piste lorsqu'il existe un danger atypique ou particulièrement important, et que, en raison du relief particulier du terrain, il n'est pas exclu que des usagers, même prudents, puissent se retrouver involontairement dans des zones dangereuses situées hors de la piste et du domaine jouxtant immédiatement celle-ci³².

³⁰ Arrêt 2C_1059/2014 du 25 mai 2016, cons. 6.2 à 6.4.

³¹ Arrêt 2C_1035/2014 du 27 août 2015, cons. 3.3 et 4.

³² Arrêt 4A_489/2014 du 20 février 2015, cons. 5.4 et 6.1.

9. Responsabilité de l'avocat

Dans un arrêt du 19 décembre 2016, le Tribunal fédéral a considéré que le droit fédéral ne permet pas aux cantons d'exclure la responsabilité civile personnelle de l'avocat d'office³³. De façon générale, l'avocat commis d'office a certes un mandat public en faveur d'un tiers, le bénéficiaire de l'assistance judiciaire, mais il ne se trouve pas dans un rapport de subordination quelconque face à la collectivité publique qui l'a mandaté, laquelle ne saurait lui donner des instructions sur la manière d'exercer le mandat confié. Le rôle de l'avocat d'office se différencie donc fondamentalement de celui du notaire, le premier ne devenant pas un officier public du seul fait qu'il est désigné d'office dans un procès.

En conséquence, le Tribunal fédéral considère que, même avant l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA), le 1er juin 2002, les cantons ne pouvaient pas exclure la responsabilité civile personnelle de l'avocat d'office. Autre est la question de savoir s'ils peuvent, par le biais du droit cantonal, prévoir une responsabilité du canton en sus de celle de l'avocat.

Cette règle reste valable depuis l'entrée en vigueur de la LLCA. En effet, l'art. 12 lit. b LLCA prévoit que l'avocat inscrit au Barreau exerce son activité professionnelle non seulement en toute indépendance et en son nom personnel, mais également sous sa propre responsabilité. Ces exigences s'appliquent sans restriction aux causes dans lesquelles l'avocat a été commis d'office. Le caractère exhaustif de cet art. 12 LLCA s'oppose ainsi à toute réglementation cantonale qui exclurait la responsabilité personnelle de l'avocat d'office pour les dommages en relation avec l'exécution du mandat d'office.

III. Causalité – Kausalität

1. Causalité naturelle

Il y a causalité naturelle lorsque le comportement du défendeur constitue une condition *sine qua non* du résultat, c'est-à-dire que, sans ce comportement, le résultat disparaît ou n'intervient pas de la même façon ou au même moment. Il n'est pas nécessaire que l'événement considéré soit la seule cause ou la cause immédiate de l'atteinte à la santé³⁴.

³³ Arrêt 4A_234/2016 du 19 décembre 2016, destiné à la publication.

³⁴ Voir par exemple l'arrêt 4A_648/2014 du 20 avril 2015, cons. 5.2.1, à propos d'un traitement contre la douleur ayant entraîné un arrêt respiratoire.

La causalité naturelle a été admise par la Tribunal fédéral dans une affaire de course-poursuite, alors que l'accusé n'avait pas percuté directement la victime. Il a été en effet retenu que l'autre conducteur, immédiatement à l'origine de l'accident, n'aurait pas roulé à une vitesse aussi élevée et n'aurait pas été inattentif sans le comportement de l'accusé. En d'autres termes, si celui-ci avait respecté ses devoirs de prudence, et renoncé à poursuivre de très près l'autre conducteur à une vitesse élevée, il est très vraisemblable que l'accident n'aurait pas eu lieu³⁵.

Selon une pratique constante, le **degré de preuve** exigé en matière de causalité naturelle est celui de la vraisemblance prépondérante. Cela signifie que le juge peut se contenter de preuves *prima facie* (*Anscheinsbeweis*) si l'autre partie ne met pas en avant d'autres circonstances renversant la présomption de fait conférée à ces preuves *prima facie*. Dans le cadre de l'art. 58 LCR, établir que la vitesse à laquelle roulait le véhicule automobile impliqué était inadaptée à la configuration des lieux constitue une preuve *prima facie* du lien de causalité naturelle entre cette circonstance et l'accident survenu³⁶.

En matière de **coup du lapin**, il appartient au demandeur de prouver qu'il a subi une atteinte à la santé, que cette atteinte a été causée par l'accident et qu'elle était d'une intensité suffisante pour justifier une indemnisation du tort moral, respectivement qu'elle était de nature à modifier la situation patrimoniale qui aurait été la sienne sans cet accident. Ce principe est valable indépendamment de la nature de l'atteinte à la santé, et la question de savoir si la jurisprudence développée en assurances sociales peut être reprise telle quelle en responsabilité civile ne se pose pas³⁷.

³⁵ Arrêt 6B_230/2016 du 8 décembre 2016, cons. 1.3. Pour un autre exemple où la causalité naturelle a été admise, voir l'arrêt 6B_877/2015 du 20 juin 2016, à propos de l'erreur d'un médecin radiologue qui n'avait pas étiqueté correctement les prélèvements tissulaires d'une patiente, à qui on avait alors diagnostiqué à tort un cancer du sein et sur qui on avait procédé inutilement à une ablation partielle du sein.

³⁶ Arrêt 4A_262/2016 du 18 octobre 2016, cons. 4.4.2.1 et 4.4.2.2.

³⁷ Arrêt 4A_549/2014 du 28 janvier 2015, cons. 4.1. En l'espèce, le TF précise que lorsqu'on ne peut pas vérifier directement de façon objective l'atteinte à la santé alléguée par le lésé, les autres moyens de preuve que peut apporter ce dernier sont d'autant plus importants. Une condition élémentaire pour la preuve d'une telle atteinte est que les explications du lésé soient crédibles et que les médecins traitants s'y réfèrent au moins en partie. Or, plusieurs contradictions découlaient dans cette affaire des explications de la lésée quant au déroulement de l'accident et aux symptômes survenus peu après, ainsi que dans le résultat de l'administration des preuves. Le TF en a déduit que la preuve du dommage avait ainsi échoué et que de plus amples investigations médicales étaient inutiles (cons. 4.2).

2. Causalité adéquate

Dans un arrêt de juin 2016, le Tribunal fédéral a recouru à la théorie de la causalité adéquate pour limiter quelque peu la portée de sa jurisprudence en matière de *Schockschaden*. Le demandeur avait été victime avec son épouse d'un accident de circulation. Alors que ses blessures avaient guéri relativement rapidement, celles de son épouse étaient nettement plus graves, si bien qu'elle requérait des soins importants qui ont débouché sur une surcharge psychique et un trouble somatoforme douloureux invalidant chez le mari. Notre Haute Cour a considéré que l'on ne pouvait en l'espèce parler de *Schockschaden*, puisque l'atteinte à la santé du demandeur ne découlait pas de l'annonce de l'accident subi sa femme, mais était apparu petit à petit avec une latence de plusieurs mois. On ne peut dans ce cas imputer équitablement le dommage au responsable de l'accident, et il convient d'admettre que l'atteinte subie par le proche aidant n'est plus en relation de causalité adéquate avec l'accident³⁸.

3. Interruption de la causalité adéquate

De jurisprudence constante, il est admis qu'il y a rupture du lien de causalité adéquate, si une autre cause concomitante – par exemple une force naturelle, le comportement de la victime ou celui d'un tiers – 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.

Traditionnellement, le Tribunal fédéral n'admet qu'avec la plus grande retenue une telle interruption. Il a ainsi récemment considéré que la causalité adéquate n'était pas interrompue même lorsque le travailleur victime d'un accident du travail savait que la machine-outil d'occasion qu'il utilisait était dépourvue d'un système de sécurité réglementaire³⁹.

³⁸ ATF 142 III 433, cons. 4.6 à 4.8.

³⁹ Arrêt 6B_287/2014 du 30 mars 2015, cons. 3.3. La causalité adéquate sera d'autant plus incontestable si l'erreur d'appréciation de la victime est due à une mauvaise formation donnée par son employeur. Le fait qu'un employé mal formé n'est pas conscient des risques qu'implique son comportement et ne s'oppose pas dès lors aux instructions erronées de son employeur n'apparaît donc certainement pas extraordinaire (arrêt 6B_132/2016 du 16 août 2016, cons. 3.4.1). Le TF a également considéré que le lien de causalité adéquate n'était pas interrompu à propos d'un

Néanmoins, on trouve au cours de ces deux dernières années plusieurs arrêts dans lesquels le Tribunal fédéral a considéré que le lien de causalité adéquate avait effectivement été interrompu. On citera à titre d'exemple une affaire concernant un jeune homme qui s'était rendu de nuit, sous l'influence de l'alcool, avec des chaussures inadaptées, sur un tremplin de saut à ski. En l'espèce, la victime et ses camarades avaient réussi à mettre en route la télécabine qui conduisait au sommet du tremplin, soit en manipulant les commandes se trouvant dans la station de départ, soit parce qu'ils avaient trouvé la clé activant le mécanisme situé dans la cabine. Notre Haute Cour a retenu qu'il était parfaitement imprévisible que des tiers non seulement s'introduisent dans l'installation, mais montent jusqu'au point de départ et marchent sur la piste de saut, recouverte alors d'un plastique particulièrement glissant⁴⁰.

IV. Schadenberechnung – Calcul du dommage

1. Allgemeines

Für die Kapitalisierung ist stets die neuste Auflage der Barwerttafeln massgebend.⁴¹

2. Erwerbsschaden

Die Art. 42 ff. OR räumen dem Richter in der Praxis einen relativ grossen Ermessensspielraum ein, wenn es etwa um die Festsetzung des für die Zukunft zu erwartenden Valideneinkommens geht. Das Bundesgericht hat nun aber eine schätzungsweise Festsetzung des künftigen Einkommens eines Versorgers durch die kantonalen Gerichte auf $13 \times \text{€ } 6500.--$ als Verletzung von Art. 45 Abs. 3 OR qualifiziert. Dies weil sie in keinem vernünftigen Verhältnis zu den tatsächlichen Gegebenheiten stehe (der Getötete verdiente zuletzt

employé qui avait donné un coup de pioche dans un boîtier électrique en croyant à tort qu'il n'était plus alimenté (arrêt 6B_315/2016 du 1^{er} novembre 2016).

⁴⁰ Arrêt 6B_360/2015 du 23 décembre 2015, cons. 2.4.2. De même, a été considéré comme intrinsèquement irrationnel, exceptionnel et imprévisible le comportement d'un piéton qui s'était couché sans aucune raison de nuit sur l'autoroute (arrêt 6B_291/2015 du 18 janvier 2016). Le TF a également admis l'interruption de la causalité adéquate dans le cas d'un réparateur d'ascenseur qui n'avait pas mis hors service l'installation immédiatement adjacente à celle qu'il réparait. Il a été retenu que la mise hors service de l'ascenseur voisin était une précaution absolument élémentaire et qu'on ne comprenait pas qu'un spécialiste compétent et expérimenté, tel que le défunt, eût pu s'en abstenir (arrêt 4A_469/2016 du 19 janvier 2017).

⁴¹ Urteil des BGer 4A_543/2015 und 4A_545/2015 vom 14. März 2016, Erw. 6.

€ 3250.--, war auf Arbeitssuche und musste nach einem erheblichen beruflichen Misserfolg mit 38 Jahren eine neue Berufskarriere starten.⁴²

Ein noch grösseres Ermessen hat der Richter bei der Bestimmung des Gewinnausfallschadens eines Selbständigerwerbenden, wobei es natürlich auch hier Grenzen gibt: So erachtete es das Bundesgericht als willkürlich, wenn zur Bestimmung des hypothetischen Einkommens eines selbständigen Maler-Dekorateurs ohne schädigendes Ereignis lediglich auf die Zahlen der ersten sieben Monate nach Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit und auf die Zeugeneinvernahme eines anderen Selbständigerwerbenden des gleichen Metiers über sein Geschäftsergebnis der gleichen Jahre abgestellt wird, ohne eine Expertise über die Verdienstmöglichkeiten zu erstellen, wie sie von der geschädigten Person offeriert worden war.⁴³

Verunfallt ein Ehepaar anlässlich des gleichen Unfalls und geht die (teilweise) gesundheitliche Beeinträchtigung des Ehemannes (und damit zusammenhängend eine verminderte Erwerbsfähigkeit) vor allem darauf zurück, dass er seine Ehefrau pflegen muss, so liegt in der Regel ein Reflexschaden vor, der nicht ersatzberechtigt ist.⁴⁴

3. Haushaltsführungsschaden

Bei der Berechnung des künftigen Haushaltsführungsschadens ist der generellen Reallohnsteigerung im Umfang von 1% pro Jahr dadurch Rechnung zu tragen, dass bis zum Erreichen des AHV-Alters der geschädigten Person der Kapitalisierungszinsfuss um 1% zu reduzieren ist.⁴⁵

4. Kosten

Das Bundesgericht wiederholte auch in der aktuellen Berichtsperiode, dass vorprozessuale Anwaltskosten haftpflichtrechtlich Bestandteil des Schadens bilden können, aber nur wenn sie gerechtfertigt, notwendig und angemessen waren, der Durchsetzung der Schadenersatzforderung dienen und nur soweit, als sie nicht durch die Parteientschädigung gedeckt sind. All dies will form- und fristgerecht sowie substantiiert behauptet sein. Namentlich reicht es nicht, einfach alle Aufwendungen, die vor Einreichung des Schlichtungsgesuches getätigt wurden, als vorprozessual zu bezeichnen, können Teile davon im

⁴² Urteil des BGer 4A_122/2016 vom 4.7.2016 (frz.), Erw. 8.2.

⁴³ Urteil des BGer 4A_66/2015 und 4A_82/2015 vom 22.09.2015 (frz.), Erw. 5.4.3.

⁴⁴ Urteil des BGer 4A_637/2015 vom 29.06.2016, Erw. 4.8.

⁴⁵ Urteil des BGer 4A_543/2015 und 4A_545/2015 vom 14. März 2016, Erw. 8.3.

Einzelfall doch zur Vorbereitung des Prozesses dienen, wodurch sie prozessual werden.⁴⁶

Nicht zu den ersatzfähigen Kosten gehören hingegen Parteikosten, die dem Geschädigten im Rahmen eines Privatklageverfahrens gemäss Art. 433 StPO entstanden sind.⁴⁷

5. Tort moral

a) *Le droit à une indemnité*

Dans le cadre de l'art. 47 CO, la jurisprudence demeure relativement sévère en ce qui concerne le seuil de gravité exigé pour admettre le principe même d'une indemnité pour tort moral⁴⁸. Les lésions corporelles, qui englobent tant les atteintes physiques que psychiques, doivent donc en principe impliquer une importante douleur physique ou morale ou avoir causé une atteinte durable à la santé. Parmi les circonstances qui peuvent, selon les cas, justifier l'application de cette disposition, figurent avant tout le genre et la gravité de la lésion, l'intensité et la durée des répercussions sur la personnalité de la personne concernée, le degré de la faute de l'auteur ainsi que l'éventuelle faute concomitante de la victime. Par contre, le comportement dans le procès de l'auteur, respectivement de son assurance, consistant à nier tout dommage et à suspecter le lésé d'être un simulateur, n'est pas un critère entrant en ligne de compte dans le cadre de la réparation morale qui peut être allouée à la victime de lésions corporelles en application de l'art. 47 CO. Si l'attitude du responsable en procédure atteint un caractère carrément vexatoire pour la victime, c'est alors l'art. 49 CO qui entre en jeu pour sanctionner l'atteinte grave portée aux droits de la personnalité de cette dernière⁴⁹.

Or, dans le cadre de cet art. 49 CO, et notamment en matière d'atteintes à l'honneur, une indemnité implique également que l'atteinte soit d'une certaine gravité. N'importe quelle atteinte légère à la réputation professionnelle, économique ou sociale d'une personne ne justifie pas une réparation selon le

⁴⁶ Urteil des BGer 4A_264/2015 vom 10.08.2015, Erw. 3. u. 4.1.

⁴⁷ Urteil des BGer 4A_674/2016 vom 22.09.2016, Erw. 3.2. (franz.).

⁴⁸ A titre d'exemple, on citera l'arrêt 1C_509/2014 du 1^{er} mai 2015, cons. 2.4, rendu en application de l'art. 22 al. 1 LAVI. Il s'agissait du cas d'un gendarme genevois, agressé dans l'exercice de ses fonctions, qui avait dû suivre deux séances de thérapie en raison d'un état de stress post-traumatique, et qui présentait toujours une petite cicatrice sur la lèvre supérieure. Les conséquences morales de l'agression ont été considérées comme insuffisamment graves par le TF pour justifier une indemnité.

⁴⁹ ATF 141 III 97, cons. 11.2 et 11.4, confirmé dans l'arrêt 6B_909/2014 du 21 mai 2015, cons. 3.3.2. Dans les deux cas, le droit à une indemnité fondée sur l'art. 49 CO a été nié.

Tribunal fédéral. 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 réparation⁵⁰.

Pour apprécier cette gravité, comme chacun ne réagit pas de la même façon suite à une violation de sa personnalité, le juge doit se fonder sur une valeur moyenne. A cet effet, le lésé doit établir les circonstances qui permettent de conclure à une certaine souffrance subjective, même si le domaine des sentiments peut par définition difficilement faire l'objet d'une preuve⁵¹.

b) *La fixation de l'indemnité*

Dans une affaire concernant l'infection volontaire et préméditée d'une quinzaine de personnes par le virus VIH, les tribunaux bernois avaient condamné l'auteur à verser à quasiment toutes les victimes la même somme de CHF 100'000 à titre de tort moral. Notre Haute Cour a considéré que le droit fédéral avait été violé, estimant qu'une fixation forfaitaire identique du tort moral pour toutes les victimes n'est en soi pas possible, et que le juge doit se pencher sur la situation personnelle de chacune d'elles. Cela ne l'empêche pas, le cas échéant, d'arriver à la conclusion que le même montant peut être alloué à tout le monde, s'il apparaît que toutes les victimes ont subi une souffrance comparable.

La nécessité d'examiner la situation concrète de la victime n'exclut ni le recours à des affaires antérieures au sens d'une ligne directrice, ni l'application de la méthode des deux phases. Dans le cas de la contamination par le virus VIH, on ne saurait se référer sans autre à un montant de base ressortant d'un jugement rendu à une époque où les moyens de traitement étaient notablement moins efficaces qu'aujourd'hui⁵².

Le Tribunal fédéral a qualifié de raisonnable l'indemnité de CHF 12'000 allouée à une jeune fille âgée de 6 ans et demi au moment du jugement d'appel, qui avait été mordue au visage deux ans plus tôt par un chien. Elle était affectée d'une cicatrice située entre la lèvre supérieure et la base du nez. En l'état de la médecine, il était impossible d'éliminer cette cicatrice. Son emplacement excluait également de la dissimuler. Elle provoquait une dissymétrie au niveau de la lèvre. Son aspect définitif n'était pas encore connu, mais il était très vraisemblable que des corrections chirurgicales seraient né-

⁵⁰ Arrêt 6B_486/20105 du 25 mai 2016, cons. 5.2.

⁵¹ Arrêt 5A_658/2014 du 6 mai 2015, cons. 15.2 (atteinte à l'honneur suite à une série d'articles de presse).

⁵² Arrêt 6B_768/2014 du 24 mars 2015, cons. 3.3 et 3.4, non publiés in ATF 141 IV 97.

cessaires. Il fallait également envisager qu'à l'avenir, une atteinte fonctionnelle vienne s'ajouter à l'atteinte esthétique : la rétraction de la cicatrice pourrait gêner la fermeture complète de la bouche. En l'espèce, les juges cantonaux s'étaient essentiellement fondés sur des affaires plus anciennes, en tenant compte de l'évolution du coût de la vie survenu depuis lors⁵³.

Les principes développés en matière d'indemnisation du tort moral dans le cadre de la LAVI doivent également s'appliquer à l'indemnité pour tort moral définie à l'art. 429 al. 1 let. c CPP en cas de détention injustifiée. Ainsi, si le bénéficiaire de l'indemnité 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. On ne peut cependant procéder à une réduction reprenant schématiquement la différence de pouvoir d'achat entre la Suisse et le pays en question⁵⁴.

V. Schadenssubstantiierung und Schadennachweis – Allégation et preuve du dommage

Während das Thema der vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO die Schreibenden im Tagungsband des Anwaltskongresses 2015 noch sehr stark beschäftigt hat, scheint dieses Verfahren in der vorliegenden Berichtsperiode in der Praxis kaum mehr eine Rolle zu spielen. Einer der Gründe dafür ist die bundesgerichtliche Praxis, wonach in diesem Verfahren kein Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bestehe, was das Bundesgericht nochmals ausdrücklich bestätigt hat.⁵⁵

Der von sich in Beweisnot befindenden Geschädigten oft angerufene Art. 42 Abs. 2 OR ist und bleibt kein Allheilmittel gegen die Pflicht des Geschädigten, den Schaden substantiiert zu behaupten und zu beweisen. So wurde in der Berichtsperiode z.B. festgestellt, dass etwa Schäden, die im Zusammenhang mit Rissen in den Wänden von Wohnungen entstehen, nicht derart schwer 'ziffernmässig nachweisbar' seien, dass Behauptung und Beweis durch das Ermessen des Richters ersetzt werden können.⁵⁶

VI. Fixation de l'indemnité – Bestimmung der Entschädigung

De jurisprudence constante, la faute concomitante du lésé permet au juge de réduire l'indemnité, conformément à l'art. 44 al. 1 CO. Cette règle s'applique

⁵³ Arrêt 4A_113/2015 du 12 mai 2015, cons. 5.

⁵⁴ Arrêt 6B_909/2015 du 22 juin 2016, cons. 2.3.2 et 2.3.3.

⁵⁵ Urteil des BGer 4A_334/2015 vom 22.09.2015 = BGE 414 I 241.

⁵⁶ Urteil des BGer 4A_431/2015 vom 19.04.2016, Erw. 5.2.1 (franz.).

aussi en matière contractuelle, par exemple dans le cadre d'une action dirigée contre l'employeur en application de l'art. 328 CO. A propos d'un accident de travail où la victime avait commis une négligence qualifiée de moyenne, le Tribunal fédéral a ainsi retenu une réduction d'un tiers de l'indemnité⁵⁷.

Lorsque le juge considère que **le lien de causalité entre l'acte illicite et le dommage est de faible intensité**, il lui est loisible de procéder à une réduction de l'indemnité. Les facteurs de réduction s'apprécient selon les règles de l'équité posées à l'art. 4 CC. Dans un arrêt de janvier 2016, le Tribunal fédéral a ainsi considéré comme admissible la solution consistant à réduire l'indemnisation de 10% par année pour tenir compte du fait que l'écoulement du temps avait atténué les effets de l'acte dommageable, jusqu'à ne représenter que 30% des causes du dommage⁵⁸.

VII. Verjährung – Prescription

Eine weiterhin restriktive Praxis bestätigte das Bundesgericht bezüglich des Beginns des Laufes der Verjährungsfrist im Haftpflichtrecht: Der Schaden, der dadurch entstanden ist, dass die Wurzeln einer Hecke vom Nachbargrundstück durch eine Mauer dringen und dadurch Wasser eindringen kann, kann beziffert werden, sobald Kostenvoranschläge für die Sanierung vorliegen. Ab dann läuft die Verjährung nach Art. 60 Abs. 1 OR. Das blossе Risiko, dass aufgrund des nur unvollständig entfernten Wurzelwerkes später weiterer Wasserschaden entstehen könnte, führt nicht dazu, dass ein «sich entwickelnder Schaden» vorliegt, vor dessen Abschluss die Verjährung nicht zu laufen beginnen kann.⁵⁹

Das Verlängern von Verjährungsfristen durch das Einholen von Verjährungseinredeverzichtserklärungen gehört zur fast täglichen Arbeit einer/es jeden im Personenschadenrecht tätigen Anwältin/Anwalts. Die wenigsten Rechtsvertreter werden nach Erhalt solcher Erklärungen kontrollieren, ob der oder die Unterzeichnenden wirklich als entsprechend Zeichnungsberechtigte im Handelsregister eingetragen sind. Das Handelsgericht des Kantons Aargau hat in einem Eisenbahnhaftpflichtfall mit Versorgerschaden nun tatsächlich entschieden, dass solche Verjährungseinredeverzichtserklärungen, welche von nicht entsprechend Zeichnungsberechtigten unterzeichnet sind, ungültig seien. Das Bundesgericht hat dieses weltfremde Urteil aber gestützt auf die Praxis zur Anscheinsvollmacht kassiert.⁶⁰

⁵⁷ Arrêt 4A_189/2015 du 6 juillet 2015, cons. 4.2 et 4.3.

⁵⁸ Arrêt 4A_382/2015 du 4 janvier 2016, cons. 12.5.

⁵⁹ Urteil des BGer 4A_689/2015 vom 16.06.2016, Erw. 3.2 (franz.).

⁶⁰ Urteil des BGer 4A_710/2014 vom 03.07.2014 = 141 III 289.

VIII. Verfahren – Procédure

Auch im vereinfachten Verfahren gilt meist die Verhandlungsmaxime gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO. Die Tatsache, dass ein Unfallverursacher kurz nach dem Unfall erklärt hat, er würde für die Folgen eines Unfalls haften, befreit den Kläger nicht davon, für den Unfallhergang - soweit dieser z.B. für die Frage des Kausalzusammenhanges eine Rolle spielt - substantiierte Behauptungen aufzustellen.⁶¹

Im Zusammenhang mit einem Regressprivileg nach aArt. 41 UVG hatten die regressierenden Sozialversicherungen das grobfahrlässige Verhalten eines Motorfahrzeuglenkers zu beweisen.⁶² Dazu gehörte nicht nur der Beweis einer behaupteten Geschwindigkeitsüberschreitung, sondern auch deren natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang mit dem Unfall. Während die Klägerinnen zu ersterem entsprechende Beweisanträge gestellt hatten, unterliessen sie dies bezüglich letzterem, was zu einer Abweisung der entsprechenden Klage durch das Zürcher Handelsgericht führte. Das Bundesgericht hat nun erkannt, dass dadurch das Recht auf den Beweis verletzt worden sei. Dieses Recht gelte zwar nur für form- und inhaltlich den Vorschriften des anwendbaren Prozessrechts angebotene Beweise. Im zu beurteilenden Fall hatten es die Sozialversicherungen zwar offenbar unterlassen, auch ein Gerichtsgutachten bezüglich dieses Kausalzusammenhanges zu stellen. Der natürliche Kausalzusammenhang sei einem direkten Beweis kaum zugänglich. Vielmehr lasse sich die tatsächliche Ursache für den eingetretenen Erfolg regelmässig nur aus Indizien schliessen. Für den Beweis des natürlichen Kausalzusammenhanges werde daher zu Recht auch die Anwendung des sog. Anscheinsbeweises befürwortet. Der Anscheinsbeweis wende weder die Beweislast, noch bestimme er das Beweismass; er verschiebe lediglich das Beweisthema, indem der Beweisbelastete 'nur' den Sachumstand beweisen müsse, aufgrund dessen das Gericht - bei Vorliegen eines typischen Geschehensablaufs - auf den natürlichen Kausalzusammenhang mit der eingetretenen Wirkung schliesst. Er ist ein Anwendungsfall einer tatsächlichen Vermutung. Der in diesem Sinne verstandene Anscheinsbeweis sei demnach richterliche Beweiswürdigung aufgrund typischer Geschehensabläufe. Er setzt voraus, dass die Typizität des rechtserheblichen Geschehens nach allgemeiner Lebenserfahrung eine behauptete Tatsache als wahr erscheinen lässt, weil Abweichendes ausserhalb jeder vernünftigen Betrachtungsweise läge. Ist aufgrund eines schlüssigen Anscheins ein Beweis für einen bestimmten Sachumstand - hier die natürliche Kausalität - gar nicht abzunehmen, entfallen für die beweisbelastete Partei auch die entsprechenden prozessualen Obliegenheiten,

⁶¹ Urteil des BGer 4A_33/2015 vom 09.06.2015, Erw. 6.2.2.

⁶² Urteil des BGer 4A_262 vom 10.10.2016

namentlich Beweisanträge einzugeben. Bei Strassenverkehrsunfällen kann aus dem objektiv regelwidrigen Verhalten des Schädigers unter Umständen ein Anscheinsbeweis für den natürlichen Kausalzusammenhang (und das Verschulden) gezogen werden.

Auch wenn im kantonalen Verfahren kein Rentenschaden geltend gemacht worden ist, kann dieser vor Bundesgericht verlangt werden, solange er auf die im kantonalen Verfahren aufgestellten Behauptungen und festgestellten Tatsachen abgestützt werden kann.⁶³

⁶³ Urteil des BGer 4A_543/2015 und 4A_545/2015 vom 14. März 2016, Erw. 7.