

## **Les nouveautés en droit de la responsabilité civile**

Franz WERRO\*

Le présent exposé porte sur quelques nouveautés en droit de la responsabilité civile. Limité à certaines questions importantes, cet exposé est divisé en deux parties: la première sera consacrée aux nouveautés légales (I), la seconde le sera aux nouveautés jurisprudentielles (II).

### **I. Les nouveautés légales**

#### **A. Le droit commun: L'avant-projet de révision du droit de la responsabilité civile**

Il n'y a pas à proprement parler de nouveauté légale dans le droit commun de la responsabilité civile. Il convient toutefois de signaler qu'un avant-projet de révision de ce droit vient de voir le jour. Signé par les professeurs Pierre Widmer et Pierre Wessner, cet avant-projet de révision de la partie générale du droit des obligations (AP) a déjà fait l'objet de plusieurs analyses, notamment dans un numéro spécial de la Revue suisse du droit des assurances en 1997. Consacré au droit de la responsabilité civile, les articles parus dans la Revue de droit suisse en 1997 contiennent également des réflexions critiques sur ce texte.

On ne sait pas encore si cet avant-projet sera soumis à une commission d'experts. Quoi qu'il en soit, il n'est pas encore temps d'en faire une présentation détaillée. On peut simplement noter quelques innovations intéressantes, aussi bien sur le plan théorique que pratique. J'en signalerai quatre:

\* Professeur à l'Université de Fribourg

1. *L'amélioration du fonctionnement de la prescription.* A cet effet, plusieurs propositions sont faites, à savoir notamment: l'allongement des délais de prescription, la suppression de l'art. 60 al. 2 CO, l'introduction de règles spécifiques sur la renonciation à invoquer la prescription et l'institution d'une réglementation régissant spécifiquement la prescription des différentes actions récursoires (à ce sujet, cf. P. Wessner, La prescription des actions réparatoires et récursoires au regard de la révision totale du droit de la responsabilité, in *Haftpflicht-und Versicherungsrechtstagung 1997* (éd. A. Koller), St. Gall 1997, 143 ss).
2. *La privatisation de la responsabilité de l'Etat.* L'article 3 de l'AP prévoit: "Sous réserve de dispositions spéciales, la Confédération, les cantons et communes ainsi que leurs corporations, établissements et agents sont soumis aux dispositions du droit fédéral régissant la responsabilité civile". L'article 4 ajoute: "Les cantons sont habilités à édicter des dispositions dérogatoires régissant leur responsabilité ainsi que celle de leurs corporations, établissements et agents pour les dommages causés dans l'exercice de la puissance publique, pour autant que la personne morale réponde objectivement, que ce soit de manière exclusive ou solidaire avec l'agent". L'avant-projet reprend sur ce point une proposition de la Commission d'études (à ce sujet, cf. P. WIDMER, Plädoyer für die Gesamtrevision und Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechts, RSA 1997, 12 ss; critiques: P. MOOR/D. PIOTET, La responsabilité des cantons à raison d'actes illicites. Droit public ou droit privé, ZBI 1996, 481 ss).
3. *L'introduction d'une clause générale de responsabilité pour risque appelée à sanctionner les activités spécifiquement dangereuses.* L'article 1 AP connaît une nouvelle norme fondamentale d'imputation qui a la teneur suivante: "1 Une personne est tenue de réparer le dommage causé à autrui dans la mesure où la loi permet de lui imputer. 2 Un dommage causé de manière illicite est imputable notamment: 1. A la personne qui l'a causé par son comportement fautif (art. 17); 2. A la personne qui se sert d'un auxiliaire, lorsque le dommage a été causé par celui-ci dans le cadre d'une activité qu'il était chargé d'exercer (art. 20 et 21); 3. A la personne qui exploite une activité spécifique-

ment dangereuse, lorsque le dommage est dû à la réalisation du risque caractérisé que comporte cette activité (art. 22)" (cf. P. Widmer, *Die Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechts: Brennpunkte eines Projektes*, RJB 1994 (cité: Brennpunkte), 405 ss; H. Honsell, *Die Reform der Gefährdungshaftung*, RDS 1997, 312 ss; G. Petitpierre, *Les fondements de la responsabilité civile*, RDS 1997, 286 ss).

4. *L'application des règles de la responsabilité civile aux dommages causés en violation d'une obligation contractuelle.* L'article 2 AP a la teneur suivante: "Les dispositions du présent chapitre [Partie générale du droit de la responsabilité civile] s'appliquent aussi aux dommages causés en violation d'une obligation contractuelle; sont réservées les dispositions qui régissent la responsabilité du débiteur résultant de l'inexécution ou de l'exécution tardive de la prestation promise, ainsi que les dispositions spécifiques à certaines espèces de contrats instituant un régime de responsabilité plus favorable à la personne lésée." Cette proposition reprend en partie la critique du professeur Peter JÄGGI, qui a remis en cause la justification d'une responsabilité contractuelle autonome, distincte de la responsabilité délictuelle. Selon lui, le fondement des deux responsabilités serait le même: celui qui cause un dommage à autrui en violation d'un devoir qui lui est imposé par l'ordre juridique ou le contrat commettrait un acte illicite et devrait des dommages-intérêts en vertu des art. 41 ss CO. Le champ de la responsabilité contractuelle serait réduit à la réparation du dommage spécifique que le débiteur cause au créancier en n'exécutant pas ou en exécutant tardivement son obligation (cf. P. Wessner, *Droit contractuel et droit délictuel: A la recherche de frontières naturelles en matière de responsabilité civile*, RSA 1997, 16 ss; pour une critique de l'avant-projet sur ce point: P. Gauch, *Die Vereinheitlichung der Delikts-und Vertragshaftung*, RDS 1997, 315 ss). A notre avis, la solution de l'avant-projet doit être approuvée dans son principe. Elle prend en compte l'unité du fondement de la responsabilité civile et permet d'éviter l'incohérence d'un système qui, aujourd'hui, accepte de traiter différemment l'auteur d'un dommage, selon qu'il y a ou non contrat, alors même que le contenu du devoir violé n'est pas influencé par l'existence du contrat (obligations de moyens). La solution proposée ne prend toutefois pas suffisam-

ment en compte les cas où il se justifie d'appliquer à la violation positive d'un contrat le régime de responsabilité prévu aux articles 97/101 CO (obligations de résultat; à ce sujet, F. Werro, *Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR, RDS 1997, 374 ss*).

## B. Le droit spécial

Plusieurs lois fédérales contenant des dispositions de responsabilité civile sont entrées en vigueur au cours de ces dernières années; il s'agit notamment des lois suivantes: la *Loi fédérale sur la protection des données* (LPD), du 19 juin 1992, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1993; la *Loi fédérale sur les voyages à forfait* (LVF), du 18 juin 1993, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1994; la *Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits* (LRFP), du 18 juin 1993, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994; la *Loi fédérale sur l'égalité entre hommes et femmes* (loi sur l'égalité, LEg), du 24 mars 1995, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1996; la *Loi fédérale sur la protection de l'environnement* (LPE), du 21 décembre 1995, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1997. Chacune de ces lois appellerait des développements conséquents; je me contenterai de quelques mots sur trois d'entre elles.

### 1. La loi sur la responsabilité du fait des produits

La loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits reprend les principes de la directive européenne du 20 juillet 1985. Elle prévoit la réparation des dommages corporels et matériels causés par un produit défectueux (art. 1 LRFP).

La loi fonde la responsabilité du producteur sur le défaut du produit (art. 4 LRFP). Elle n'introduit pas de principes révolutionnaires; elle consacre simplement une responsabilité *sans faute* (objective simple) que le Tribunal fédéral avait lui-même admise en 1984 sur la base de l'art. 55 CO (cf. ATF 110 II 456 = JdT 1985 I 378). Elle prévoit au demeurant un certain nombre de règles utiles que la jurisprudence seule n'aurait sans doute pas réussi à mettre au point (définition du producteur et responsabilité subsidiaire du fournisseur; exceptions; prescription de trois ans).

On notera (à regret) qu'en matière de dommages matériels, la loi se borne à protéger le *consommateur*. C'est la raison pour laquelle elle

ne s'applique que lorsqu'un produit cause un dommage à une chose d'un type qui la destine habituellement à l'usage privé et qui a été utilisé à des fins privées par la victime (art. 1 LRFP). C'est là une limitation importante du champ d'application de la loi, qui résulte des limites du pouvoir législatif des instances de l'Union européenne en matière de droit privé, mais que le législateur suisse n'était pas tenu de reprendre. Cette limitation explique peut-être en partie le fait que la loi n'ait fait l'objet d'aucun arrêt. En matière de construction, par exemple, il n'y a guère que les produits incorporés dans une villa individuelle qui entrent dans le champ d'application de la LRFP. Toutes les constructions commerciales en revanche y échappent (cf. F. Werro, *La responsabilité du fait des produits et la construction immobilière*, Journées du droit de la construction 1993, 14). Le fait que la loi n'ait pas fait l'objet d'arrêts s'explique peut-être aussi par le fait que les conditions de la responsabilité sont le plus souvent non litigieuses.

## 2. La loi sur l'égalité

Applicable aux rapports de travail régis par le code des obligations et par le droit public fédéral, cantonal ou communal, la loi fédérale sur l'égalité prévoit une interdiction de discriminer les travailleurs à raison de leur sexe (cf. art. 3 LEg). Elle prévoit également la sanction du harcèlement sexuel, en tant que forme particulière de discrimination (cf. art. 4 LEg). Dans un cas comme dans l'autre, la discrimination engage la responsabilité civile de l'employeur (art. 5 LEg; cf. annexe 1).

Lorsque la discrimination porte sur le refus d'embauche ou la résiliation des rapports de travail, les sanctions civiles prévues par l'article 5 sont dues *indépendamment de toute faute* de l'employeur. Cela signifie que l'employeur répond d'un acte discriminatoire même si on ne peut moralement pas lui reprocher: il doit notamment répondre des actes de ses auxiliaires et il ne dispose pas, comme en application de l'article 55 CO, de la preuve libératoire tendant à démontrer qu'il a fait preuve de la diligence commandée par les circonstances. Il en va différemment sur ce point lorsque la discrimination porte sur un cas de harcèlement sexuel (cf. art. 5 al. 3 LEg).

Tout en réservant les droits en dommages-intérêts et en réparation du tort moral (art. 5 al. 5 LEg), la loi prévoit des plafonnements pour les indemnités dues sans faute (cf. art. 5 al. 4 LEg).

La Leg a été en partie inspirée par les directives de la Communauté

européenne en matière d'égalité de traitement. On notera que la Cour de justice des communautés européennes vient de se prononcer sur la conformité du Code civil allemand avec ces directives (cf. arrêt de la Cour du 27 avril 1997, affaire C 180/95, Nils Draemphael contre Immobilien Service OHG, RJC 1997 I 2195 ss). Elle a notamment jugé que certains plafonnements prévus par le droit allemand étaient incompatibles avec les exigences du droit européen (cf. pour plus de détails, notamment sur la conformité du droit suisse avec le droit européen, cf. C. Müller, *L'égalité de traitement en droit communautaire*, in *L'européanisation du droit privé* (éd. F. Werro), Fribourg 1998, 417 ss; dans le même ouvrage, cf. F. Werro, *La dénationalisation du droit privé*, 18 ss).

### **3. La loi sur la protection de l'environnement**

*Pro memoria*: L'art. 59a LPE prévoit que le détenteur d'une entreprise ou d'une installation qui présente un danger particulier pour l'environnement répond des dommages résultant des atteintes que la réalisation de ce danger entraîne. Sont exceptés les dommages à l'environnement proprement dits. Le responsable répondra donc des coûts engendrés par les mesures d'assainissement, voire du dommage au patrimoine des particuliers; par contre la disposition exclut toute responsabilité pour les dommages à l'environnement proprement dits, car ils ne sont pas chiffrables. L'art. 59b LPE octroie au CF la compétence d'exiger des garanties financières (cf. A. Petitpierre-Sauvain, SJ 1996, 17 ss; cf. ég. I. Romy, *Le droit européen de l'environnement*, in *L'européanisation du droit privé* (éd. F. Werro), Fribourg 1998, 456 ss).

## **II. Les nouveautés jurisprudentielles**

### **A. Les grandes notions de la responsabilité civile**

Au cours de ces dernières années, le TF a rendu des arrêts importants sur les grandes notions de la responsabilité civile, à savoir le préjudice, la relation de causalité adéquate et l'illicéité (pour plus de détails, cf. notamment P. Tercier/F. Werro, *Les grandes notions de la RC: Quoi de neuf?*, Journées du droit de la circulation routière, Fribourg 1996).

#### **1. Le préjudice**

En matière de préjudice, il y a deux arrêts du TF qui méritent une

mention particulière. L'un concerne le dommage, l'autre, le tort moral en relation avec le droit préférentiel du lésé.

### *a. Le dommage*

L'arrêt sur le dommage se rapporte à l'évaluation de la perte résultant de l'entrave à l'activité domestique (le dommage ménager). Si cette forme de dommage est reconnue depuis longtemps, son indemnisation vient de trouver une nouvelle tournure dans un arrêt non publié (arrêt du TF du 13.2. 1994, reproduit dans Praxis 1995, p. 556; à ce sujet, cf. Tercier/Werro, 12 ss; cf. ég. R. Geisseler, Der Haushaltschaden, in Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1997 (éd. A. Koller), St. Gall 1997, 61 ss; P. Gauch/W. Schluemp/J. Schmid/H. Rey, Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 7<sup>ème</sup> éd. Zurich, n. 2639a).

La nouveauté de cet arrêt tient au fait que le TF admet l'indemnisation de la perte de l'aide ménagère de manière abstraite en imposant *une obligation de réparer en l'absence de toute diminution prouvée du patrimoine*. L'objet de l'indemnité n'est pas le coût concret du personnel de remplacement, mais la perte de valeur économique que constitue l'incapacité de s'occuper du ménage ou la détérioration de la qualité de la vie. Réparant l'atteinte à la capacité de travail comme telle, l'arrêt consacre une entorse à l'approche classique du dommage fondée sur la réparation de l'atteinte portée à la capacité de gain. Il reconnaît ainsi un aspect de *la théorie du dommage normatif*:

*"La particularité du dommage causé aux soins du ménage tient au fait qu'il doit être réparé même s'il ne se traduit pas par des dépenses accrues, et ne correspond de ce fait à aucune diminution du patrimoine. Dans cette mesure, le responsable est tenu de réparer le dommage normatif..."*

Cette jurisprudence trouve son fondement théorique dans l'idée que le dommage ne doit pas nécessairement être compris comme une diminution involontaire du patrimoine. Il ne doit pas non plus être réduit à la différence entre le patrimoine avant et après un événement dommageable. Au contraire, le dommage peut aussi consister dans une appréciation normative de la situation: c'est au législateur ou surtout au juge de fixer les contours de la réparation, en lui permettant au besoin de compenser des pertes qui vont au-delà de celles découlant de la définition stricte du dommage.

Dans l'ensemble, la jurisprudence relative au dommage ménager a été saluée par la doctrine. C'est à mon avis à juste titre. On ne saurait toutefois se fonder sur l'approche qu'elle consacre pour verser ainsi des indemnités à des personnes qui ne subissent pas de perte patrimoniale lorsqu'elles sont empêchées de travailler (incapacité de travail d'un rentier ou d'un chômeur, p. ex.), sans s'assurer qu'il existe une justification économique spéciale: la règle doit demeurer que seule *l'incapacité de gain* fonde une obligation de payer des dommages-intérêts. S'il est juste d'indemniser l'incapacité de fournir des services ménagers, indépendamment de toute diminution du patrimoine, c'est en réalité parce que le travail ménager est fourni en famille, et donc en principe gratuitement, alors même qu'il représente une valeur économique évidente: quant aux personnes qui bénéficient de ce travail, elles subissent incontestablement une perte le jour où la personne qui l'exécutait en est empêchée. Dans une perspective de politique juridique, l'atteinte portée à la capacité de travail mérite ici des égards particuliers (cf. R. Geisseler, 67 ss et les références citées).

Dans un arrêt récent, l'Obergericht zurichois a appliqué la nouvelle jurisprudence du TF (cf. ZR 1997, 2 = JdT 1997 I 802). Afin de calculer le dommage, il a procédé en deux étapes: il a d'abord apprécié le dommage de façon abstraite en se basant sur la durée habituelle du travail dans un ménage de deux personnes (20 heures par semaine à 25 Fr de l'heure); il a ensuite pondéré son approche en considérant la situation concrète; il a tenu compte à cet égard de la qualité du ménage en cause et de l'existence d'un jardin de 600 m<sup>2</sup>.

### *b. Le tort moral et le droit préférentiel du lésé*

Dans un arrêt sanctionnant la responsabilité d'un propriétaire d'ouvrage (cf. ATF 123 III 316), le TF s'est prononcé pour la première fois sur l'application à la réparation du tort moral du droit préférentiel du lésé (cf. art. 42 LAA). Il retient que le droit de subrogation de l'assureur (cf. art. 41 LAA) doit permettre à ce dernier de réclamer au tiers responsable le remboursement des montants versés à titre d'atteinte à l'intégrité (art. 43 LAA); bien que ce droit de recours soit limité, l'assureur peut l'exercer dans une mesure qui, lorsque la victime répond d'une faute ou d'un fait concomitant, prive partiellement cette dernière d'une indemnisation complète de son tort moral (pour une discussion de cet arrêt, cf. T. Koller, PJA 1997, 1427 ss).

Le TF opte ainsi pour une solution de compromis entre celles proposées en doctrine. Pour certains auteurs, le droit préférentiel ne s'applique pas en matière de tort moral, parce que celui-ci ne peut pas être assimilé au dommage, tant dans sa nature que dans les modalités de sa fixation. Pour d'autres au contraire, l'identité de nature

entre le tort moral et l'atteinte à l'intégrité est prévue à l'article 43 LAA et il n'y a aucune raison que le lésé ne soit pas entièrement indemnisé avant que des tiers qui ont encaissé des primes ou des cotisations d'assurance puissent se retourner contre le responsable (pour la liste des études parues en doctrine, cf. Koller, 1429). Le TF retient l'application analogique et partielle des dispositions relatives au droit préférentiel. Cette solution a le mérite de reconnaître le bien-fondé de l'application de principe du droit préférentiel en matière de tort moral; toutefois, elle a le désavantage, injustifié selon moi, de priver la victime d'une partie de son indemnité.

La solution rejoint celle qui est défendue par Oftinger/Stark, en partant de la conception que le tort moral fait l'objet d'une appréciation *ex aequo et bono* et qu'il ne peut donc pas être chiffré à un montant maximal d'indemnité réduit ensuite à l'aide de facteurs de réduction (cf. K. Oftinger/W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, I, Zurich 1995, 442). Ce compromis n'est guère convaincant: à partir du moment où, à juste titre, on admet le principe du droit préférentiel, il n'y a pas de raison d'en limiter les effets; ce d'autant moins que, contrairement à Oftinger/Stark, le TF admet qu'on peut fixer un montant maximum de l'indemnité due pour le tort moral et réduire ensuite la somme retenue en tenant compte de la faute du lésé (cf. ATF 123 III 315 in fine; ATF 117 II 60).

**En chiffres**, l'analyse du TF est la suivante: 1. Le montant de l'indemnité pour tort moral (tétraplégie définitive) est fixé à Fr. 120'000. 2. La faute concomitante est évaluée à 20%; l'indemnité due par le responsable est donc ramenée à Fr. 96'000. 3. L'assureur-accident a versé une somme pour atteinte à l'intégrité de Fr. 70'000. 4. Le montant à concurrence duquel l'assureur est subrogé correspond au montant qu'il a payé au lésé (Fr. 70'000), réduit du pourcentage correspondant à la faute concomitante de ce dernier (20% de Fr. 70'000 = Fr. 14'000). Le recours de l'assureur contre le défendeur donc s'élève à Fr. 56'000. 5. Le lésé aura donc droit à Fr. 70'000 + Fr. 40'000 (soit: Fr. 96'000 [indemnité maximale due par le défendeur] = Fr. 56'000 [le montant qui doit être remboursé à l'assureur]) = Fr. 110'000.

Sans aucun droit préférentiel, le lésé n'obtiendrait que le montant réduit de son indemnité, soit Fr. 96'000 (Fr. 70'000 de l'assureur LAA, subrogé pour ce montant, et Fr. 26'000 du responsable). *En reconnaissant pleinement au lésé son droit préférentiel*, on arriverait toutefois à une solution plus juste; le calcul serait le suivant: 1. L'indemnité pour tort moral est fixée à Fr. 120'000. 2. Le responsable civil doit Fr. 96'000 (réduction de 20% pour faute concomitante du lésé). 3. L'assureur paie Fr. 70'000. 4. Il ne peut recourir que dans les limites du droit préférentiel du lésé: a. le lésé a donc droit à Fr. 120'000, soit le montant de son

tort moral sans réduction; compte tenu des Fr. 70'000 versés par l'assureur-accident, le lésé a donc droit au paiement de Fr. 50'000 de la part du responsable. b. L'assureur voit son droit de recours limité à Fr. 46'000, soit à la différence entre l'indemnité due par le responsable et le montant dû au lésé (Fr. 96'000 - Fr. 50'000).

## 2. La causalité adéquate

Dans un arrêt jugeant de la responsabilité civile du détenteur d'un véhicule automobile (cf. ATF 123 III 110), le TF affirme que pour décider si la causalité est adéquate, le juge doit user de son pouvoir d'appréciation selon les règles du droit et de l'équité, conformément à l'art. 4 CC. Pour cela, il doit prendre en compte les objectifs de politique juridique poursuivis par les normes applicables dans le cas concret.

Cette affirmation, qui n'est pas vraiment nouvelle, revêt toutefois un intérêt pratique particulier. A propos d'un accident de type "coup du lapin", (désigné aussi sous l'expression "lésions du rachis cervical par coup du lapin"), le TF se fonde en effet sur elle pour préciser que *la distinction entre les suites adéquates et inadéquates d'un accident peut être différente en droit de la responsabilité civile et en droit des assurances sociales*. Une conséquence inadéquate en droit des assurances sociales peut être considérée comme adéquate en droit de la responsabilité civile: autrement dit, ce n'est pas parce que du point de vue de l'assurance sociale, on juge que telle lésion n'est pas la conséquence d'un accident qu'on doit forcément parvenir à la même conclusion en matière de responsabilité civile. C'est ainsi que les motifs qui justifient une appréciation restrictive de la causalité adéquate en matière d'assurances sociales ne valent pas quand il s'agit d'apprécier la causalité adéquate en matière de responsabilité civile (cf. déjà ATF 113 II 91).

Il convient de rappeler que les accidents de type "coup du lapin" sont redoutables pour les assurés comme pour les assureurs et les responsables. En effet, dans la mesure où il n'y a pas de lésions organiques mesurables, les médecins ont de la peine à en cerner la réalité; en conséquence, la preuve du lien de causalité entre les lésions et l'accident pose de grandes difficultés. Depuis 1991 (cf. ATF 117 V 366), le TFA a développé une jurisprudence en cette matière calquée sur celle qu'il a établie à propos des troubles psychiques. En résumé, le TFA retient que, lorsqu'une lésion du rachis cervical a été diagnostiquée et que l'on est en présence d'une pathologie typique, avec cumul de différents troubles

(céphalées diffuses, vertiges, état de malaise, fatigabilité rapide, troubles de la vue, irritabilité, changements de personnalité, etc.), la causalité naturelle entre l'accident et l'incapacité de travail ou de gain doit en règle générale être admise. Pour se prononcer sur le *rapport de causalité adéquate*, on doit prendre en considération la gravité de l'accident. Il n'est pas nécessaire de qualifier les lésions d'organiques ou de psychiques ou de se fonder sur les blessures subies. Comme pour les atteintes de nature psychique, de type névrose, il faut distinguer entre les accidents insignifiants, les accidents graves et les accidents de gravité moyenne.

En fonction de cette catégorisation tripartite, le TFA retient ce qui suit:

1. *Pour les accidents insignifiants*, il faut en principe d'emblée nier le lien de causalité adéquate. On doit attribuer les conséquences de l'accident à des facteurs étrangers.
2. *Pour les accidents graves*, il faut en revanche admettre le lien de causalité adéquate. L'expérience de la vie et le cours ordinaire des choses enseignent que de tels accidents sont propres à causer ce genre de troubles.
3. *Pour les accidents de gravité moyenne*, il ne faut pas se référer uniquement à l'accident lui-même. Il faut bien plutôt prendre en compte l'ensemble des circonstances "qui sont en connexité étroite avec l'accident ou qui apparaissent comme les effets directs ou indirects de l'événement assuré. Ces circonstances constituent des critères déterminants dans la mesure où, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, elles sont de nature, en liaison avec l'accident, à entraîner ou à aggraver une incapacité de travail d'origine psychique" (cf. G. Scartazzini, *Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale*, Bâle 1991, 152 s.). Ainsi, on retiendra notamment la gravité ou la nature particulière des lésions physiques, la durée anormalement longue du traitement médical, des douleurs physiques persistantes, des complications ou des erreurs lors des soins etc. Bien que la réalisation d'un seul de ces critères, d'une importance particulière, puisse déterminer l'existence du lien de causalité, il convient en principe de se fonder sur plusieurs critères, en particulier lorsque l'accident est de moindre gravité; le fait que l'accident ait causé peu de dégâts matériels n'est pas décisif (cf. Plädoyer 1995, 65, qui commente un arrêt non publié du TFA).

C'est en se fondant sur cette catégorisation du TFA qu'un tribunal civil lucernois avait rejeté du point de vue de la responsabilité civile le lien de causalité adéquate entre un accident et des lésions cervicales à la suite

d'un "coup du lapin". Sur recours, le Tribunal cantonal lucernois a cassé cet arrêt en retenant que la jurisprudence sur la causalité adéquate en droit des assurances sociales ne vaut pas nécessairement en droit de la responsabilité civile (cf. Plädoyer 1996, 59): dans ce droit, même un accident insignifiant peut par conséquent être la cause adéquate du "Schleudertrauma" aux vertèbres cervicales.

Le TF a donné raison à la Cour cantonale:

1. Les notions de causalité adéquate sont définies dans les mêmes termes en droit des assurances sociales et en droit de la responsabilité civile, mais leur concrétisation doit prendre en compte les objectifs de politique juridique différents, propres à chacun des deux domaines. En effet, le but de la responsabilité civile est, idéalement, de replacer la victime dans la situation où elle serait sans l'atteinte. Par contre l'assurance-accident ne rembourse qu'une partie des préjudices, celle dont l'intérêt public justifie la prise en charge par une assurance obligatoire.
2. Un juge civil peut être moins sévère en matière de causalité adéquate que ne le serait un juge d'assurances sociales. En effet, l'affirmation de cette causalité en droit civil n'a pas les mêmes conséquences qu'en droit des assurances sociales. Dans ce droit, une fois que la causalité est admise, les prestations sont dues dans les limites prévues par la loi; en droit de la responsabilité, l'admission de la causalité n'empêche pas de fixer l'indemnité en tenant compte de facteurs de réduction. Une gradation est possible en responsabilité civile; elle ne l'est pas en assurances sociales.

On signalera que, dans l'arrêt 123 V 98, le TFA a pris acte de la nouvelle jurisprudence civile. Dans cet arrêt, il a également confirmé sa propre jurisprudence sur l'appréciation du lien de causalité adéquate en matière d'accidents de type "coup du lapin".

### 3. L'illicéité

Un préjudice n'est réparable que s'il a été causé "de manière illicite" (cf. art. 41 al. 1 CO). La doctrine reste divisée sur la définition adéquate de cette expression. La jurisprudence a résolument opté pour la conception objective de l'illicéité (cf. Tercier/Werro, 24 ss; Werro, RDS 1997, 345 ss).

Selon cette conception, un dommage n'appelle de réparation que s'il résulte d'un acte portant atteinte à un droit absolu (Erfolgs-unrecht) ou d'un acte contraire à une norme de comportement des-

tinée à protéger le lésé *Schutznorm*); encore faut-il que le dommage subi par ce dernier soit précisément de ceux que le respect de la norme était censé prévenir (*Verhaltensunrecht*). Le seul fait de causer un dommage à autrui n'est donc pas illicite. Le patrimoine, comme tel, n'est pas protégé (cf. ATF 118 Ib 473 = JdT 1994 I 650; à ce sujet, Oftinger/Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, II/1, Zurich 1987, 17, 33; H. Deschenaux/P. Tercier, *La responsabilité civile*, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 1982, 71). L'atteinte aux droits relatifs n'est pas illicite non plus: en tant que telle, la violation d'un contrat n'est donc pas un acte illicite (cf. Oftinger/Stark, 177). Dans cette conception objective, l'illicéité est conÁue en termes étroits.

La jurisprudence s'est prononcée récemment sur la question de savoir si l'art. 229 CP, qui réprime les infractions aux règles de l'art de bâtir et la mise en danger de la vie ou de l'intégrité corporelle, constituait une norme destinée à protéger les intérêts pécuniaires des particuliers (cf. ATF 119 II 127, JdT 1994 I 298). Alors que les premiers juges l'avaient admis, le Tribunal fédéral a retenu que cette disposition protège la vie et l'intégrité corporelle, mais non le patrimoine. Le TF en avait déjà jugé ainsi dans un arrêt antérieur (cf. ATF 117 II 259 = JdT 1992 I 559). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral avait refusé le droit à la réparation pour des mesures tendant à consolider un talus instable afin de prévenir son éboulement au motif que l'art. 229 CP, seule disposition envisageable pour fonder l'illicéité, a pour seul but de protéger la vie et l'intégrité corporelle, et non le patrimoine. L'ironie est qu'avec cette conception, il faut attendre que le talus se soit écroulé et qu'il y ait d'éventuels blessés pour qu'il y ait réparation. Il faut toutefois noter qu'en l'espèce, le contrat conclu entre les parties excluait la garantie du vendeur. Il est possible que cette exclusion ait joué un rôle dans la solution du TF: sans le dire, les juges ont peut-être considéré que l'acheteur ne pouvait pas rattraper par la voie délictuelle ce qu'il avait mal négocié par la voie contractuelle (à ce sujet, Tercier/Werro, 28 et les réf. citées; cf. ég. critique, Gauch, DC 1992, 99).

Pour pallier les limites de la conception étroite de l'illicéité, le TF fonde parfois l'illicéité sur *la violation du principe général de la bonne foi* (art. 2 CC). Tel peut être le cas lorsque les parties sont dans *une relation spéciale* (dans des pourparlers contractuels, p. ex.); tel peut également être le cas lorsque l'une d'elles occupe par rapport à l'autre *une position de garant* (*Garantenstellung*), de telle façon que la première se voit imposer un devoir d'agir pour éviter que la seconde ne subisse un préjudice (cf. A. K. Schnyder, *Obligationenrecht I*, BaKomm., 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 1996, ad art. 41 n. 17 et les réf. citées).

Ainsi, c'est sur la "Sonderverbindung" que le Tribunal fédéral a récemment fondé la responsabilité d'une entreprise qui avait trahi la confiance suscitée à l'intérieur d'un groupe de sociétés (*Konzernvertrauenshaftung*). En l'absence d'un fondement contractuel ou délictuel, l'ATF 120 II 331 a retenu la responsabilité d'une société mère (*Swissair*) pour des déclarations publicitaires données aux clients de sa filiale, déclarations qui mettaient l'accent sur le lien entre les deux sociétés du groupe (*Konzern*) et cherchaient ainsi à faire bénéficier la filiale de la bonne réputation de la société mère. Alors qu'il n'avait protégé jusqu'ici la confiance déçue que dans des cas isolés, le Tribunal fédéral a semblé poser dans cet arrêt *Swissair* une conception plus large des exigences de la confiance et de la responsabilité qui en découle (cf. ATF 120 II 331 = JdT 1995 I 359).

Dans un arrêt postérieur, l'arrêt *Grossen*, le TF a toutefois précisé la portée de sa nouvelle jurisprudence en soulignant que les conditions de la responsabilité fondée sur la confiance sont strictes et en définissant en particulier la relation particulière de confiance et de fidélité qui doit exister entre les parties (cf. ATF 121 III 355; note Meier, PJA 1995, 1622 ss; Werro, DC 1996, 56; pour une étude approfondie des deux arrêts, cf. C. Chappuis, La responsabilité fondée sur la confiance, SJ 1997, 165 ss, qui parle même d'un nouveau chef de responsabilité).

Deux arguments au moins permettent selon moi d'affirmer que l'arrêt *Grossen* restreint la portée de l'arrêt *Swissair*: a. Contrairement à ce qu'il avait fait dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a précisé dans l'arrêt *Grossen* la notion de "la relation particulière" de confiance, en la déduisant de la position monopolistique de l'association sportive défenderesse (cf. ég. Meier, 1623). Or, la définition ainsi retenue est d'autant plus réductrice qu'elle était superflue. On ne voit en effet pas en quoi le monopole de l'association ajoutait quoi que ce soit; la relation de confiance aurait pu être reconnue *in casu* même sans ce monopole. b. De plus, le Tribunal fédéral a choisi de publier sa décision dans un cas où la confiance trompée l'avait été "de manière crasse" (cf. c. 6d, 356 in fine), limitant ainsi la portée du principe de responsabilité retenu à de tels cas. Si elle devait être avérée, cette évolution serait à mon avis regrettable. Compte tenu des limites déjà étroites de la notion classique de l'illicéité, il ne se justifie pas que le Tribunal fédéral cherche à restreindre la portée de la responsabilité fondée sur la confiance déçue en exigeant toujours une relation particulière définie dans des termes étroits. Il serait bien plutôt souhaitable que la jurisprudence admette qu'un comportement contraire au principe de la bonne foi peut être qualifié d'illicite, et cela même lorsqu'il n'y a pas un rapport spécial de confiance

particulier (cf. ég. Meier, 1623 et les réf. citées à l'avant-projet de partie générale du droit de la responsabilité civile qui va dans ce sens; cf. Widmer, Brennpunkte, 399 s.).

Toujours pour pallier les limites de la conception objective de l'illicéité, la jurisprudence admettait jusqu'ici qu'à défaut de lésion d'un droit absolu ou en l'absence d'une norme protectrice, la victime pouvait fonder l'illicéité sur le principe de la responsabilité pour risque créé (*Gefahrensatz*), qui veut que celui qui crée ou entretient un état de choses dangereux est tenu de prendre toutes les mesures appropriées pour empêcher que ce danger ne se réalise sous la forme d'un dommage à autrui (Cf. Deschenaux/Tercier, 75 s.). Le Tribunal fédéral a toutefois affirmé récemment (cf. ATF 119 II 129, JdT 1994 I 298) que ce principe ne saurait suppléer l'absence d'une norme protectrice; là où ne sont pas en cause des dommages matériels ou corporels; lorsque le dommage est purement économique, le principe de la création d'un état de fait dangereux ne saurait donc être invoqué, comme il l'a été (cf. ATF 93 II 329, JdT 1969 I 130; à ce sujet, critique, H. Schönle, La responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit envers les tiers en droit suisse, SAS 1977, 153), pour fonder l'illicéité de l'acte. Le TF l'a répété dans un arrêt ultérieur (cf. ATF 124 III 297 = SJ 1998, p. 460): l'évolution ne laisse place à aucun doute; le TF a voulu restreindre la définition de l'illicéité et il faut admettre que la portée de la jurisprudence antérieure (cf. ATF 116 Ia 169; 93 II 329, JdT 1969 I 130; 82 II 28, JdT 1956 I 326) est abandonnée. L'interdiction de la création d'un état de choses dangereux devrait conserver son utilité toutefois pour apprécier la faute du défendeur (cf. ATF 123 III 312; cf. ég. F. Werro, La capacité de discernement et la faute, th., Fribourg 1986, n. 413 et les réf. citées).

D'une manière générale, on peut regretter la conception restreinte de l'illicéité consacrée par le TF. Il serait bien plus convaincant d'admettre en principe que la responsabilité civile pour faute (art. 41 CO) repose sur la seule violation injustifiée du devoir de diligence imposé dans les circonstances de l'espèce. Il y aurait responsabilité civile à chaque fois qu'en l'absence de motifs justificatifs, un dommage est causé parce que son auteur n'a pas pris les mesures de précaution raisonnables que justifiait le risque prévisible de son comportement (cf. F. Werro, RDS 1997, 343 ss). Le fait que le dommage soit purement économique ne devrait rien y changer. Avec quelques nuances, cette conception rejoint au demeurant la conception subjective de l'illicéité qui a été récemment rejetée catégoriquement à plusieurs reprises par le Tribunal fédéral (cf. ATF 119 II 127, JdT 1994 I 298; 117 II 259, JdT 1992 I 559).

## B. Les responsabilités objectives

Il n'y a guère d'innovations à signaler en matière de responsabilité objective, comparables à celle par exemple qui a marqué l'extension de l'application de l'art. 55 CO au fabricant de produits défectueux en 1984. Une évolution marque toutefois la responsabilité du propriétaire d'ouvrage fondée sur l'article 58 CO. Il s'agit de la question de savoir qui est le sujet de la responsabilité au sens de cette disposition. Il convient de s'y arrêter brièvement. Je signalerai pour mémoire un arrêt rendu sur la responsabilité découlant des rapports de voisinage.

### 1. La notion de propriétaire d'ouvrage au sens de l'article 58 CO

Depuis l'entrée en vigueur du Code des obligations, le TF a en principe jugé que le propriétaire au sens de l'article 58 CO est la personne qui dispose, au moment où l'atteinte s'est produite, de la propriété sur l'ouvrage. Dès 1925, il a toutefois admis une exception à cette règle pour les trottoirs ou les routes privées rendues accessibles au public et grevées à cet effet d'une servitude de passage en faveur de la collectivité (cf. ATF 51 II 209). Dans ce cas, le TF a jugé que le sujet de la responsabilité n'est pas le propriétaire, mais la collectivité bénéficiaire de la servitude. Cette jurisprudence a été réaffirmée en 1965 dans un arrêt *Matti* (cf. ATF 91 II 281), où le TF a rejeté l'action contre le propriétaire; étant au bénéfice de l'utilisation de l'ouvrage et chargée de l'entretien de ce dernier, seule la collectivité publique devait assumer la responsabilité prévue à l'art. 58 CO. A la place du critère formel de la propriété, c'est le critère du contrôle de fait sur l'ouvrage qui dans ce cas était décisif.

Dans un arrêt *Kriens* (cf. ATF 121 III 448), le TF vient de réaffirmer l'importance de ce critère factuel en l'appliquant à un cas où le "gardien" de l'ouvrage n'était pas au bénéfice d'une servitude publique. En l'occurrence, le demandeur avait subi un dommage à la suite d'inondations résultant d'un défaut affectant le système de canalisation; il a pu s'en prendre à la commune chargée de l'entretien de ce système. Le TF a admis que le fait que la commune ne fût pas au bénéfice d'une servitude inscrite au registre foncier était sans pertinence, dès lors qu'elle était seule à pouvoir accéder à la canalisation

et que, même s'il l'avait voulu, le propriétaire était dans l'impossibilité concrète de s'occuper de son entretien.

Cette jurisprudence ne contredit pas l'arrêt *Coop* (cf. ATF 118 II 36 = JdT 1993 I 307) dans lequel le TF avait jugé que celui qui met à la disposition des visiteurs d'un local de vente une porte de sortie doit veiller à ce que son utilisation ne comporte aucun danger. Dans ce cas, le propriétaire de la porte de sortie était également celui du trottoir, lequel était grevé d'une servitude en faveur de la commune. Le TF, qui ne s'est prononcé que sur la responsabilité du propriétaire de l'accès, sans dire un mot de la responsabilité de la commune, n'a pas pour autant remis en cause la jurisprudence *Matti*. Il a simplement estimé que si la commune est tenue d'entretenir le trottoir, le propriétaire de l'accès public à ce trottoir n'est pas pour autant dispensé d'assumer une responsabilité au sens de l'article 58 CO. Les juges ont reproché au propriétaire de cette porte de ne pas avoir pris les précautions adéquates, notamment en plaçant devant la porte un écriteau qui aurait rendu les clients attentifs au danger de la glace sur le trottoir.

Dans son dernier arrêt (cf. ATF 123 III 306; les faits: un plongeur appartenant à l'Etat de Neuchâtel expose ses usagers à un grave danger en raison de la faible profondeur de l'eau du lac; une association qui exploite un camping voisin s'occupe en fait de l'entretien du plongeur et profite de sa présence), le TF a confirmé l'état de la question en se référant à l'arrêt *Kriens*: il souligne que le sujet de la responsabilité découlant de la propriété de l'ouvrage au sens de l'article 58 CO est défini, en principe, par la propriété de la chose (en l'occurrence, l'Etat): "Telle est la règle générale et il faut s'y tenir car une extension de la qualité pour résister à une action fondée sur l'art. 58 CO ne peut être admise qu'avec retenue, vu la teneur claire de cette disposition légale et eu égard à la sécurité du droit. Ce n'est donc qu'exceptionnellement qu'il se justifiera de faire abstraction du critère formel de la propriété pour prendre en considération la maîtrise effective exercée sur la chose. (cf. c. 3 a. aa, 309)" Cette jurisprudence mérite à mon avis pleine approbation; tout en faisant une juste place à la sécurité du droit (en raison de la publicité du RF, le critère formel de la propriété est le plus praticable pour la victime), elle réserve les cas dans lesquels une autre solution se justifie, notamment celui dans lequel l'ouvrage n'est pas accessible au propriétaire (*Kriens*) ou est grevé d'une servitude (*Matti*); avec raison, le TF mentionne aussi le cas dans lequel l'exploitation de l'ouvrage serait l'objet d'une concession (c. 3 a.bb, 310).

Quant au moment déterminant pour résoudre le problème de la légitimation passive, il est celui de la survenance de l'atteinte aux droits de la victime; c'est la personne qui était propriétaire à cette époque qui devra être recherchée, même si le défaut doit être imputé à son prédécesseur ou si l'ouvrage a été transféré à un tiers au moment de l'ouverture de l'action.

Toujours selon ce même arrêt, lorsque le propriétaire de l'ouvrage est tenu d'en répondre en vertu de l'article 58 CO, cela n'exclut pas qu'une autre personne qui en fait l'utilise et pourvoit à son entretien en réponde sur le fondement de l'article 41 CO (en l'occurrence, l'association). C'est que le TF a retenu en soulignant à juste titre *la faute* de celui qui crée ou laisse subsister un état de choses dangereux pour autrui sans prendre toutes les mesures commandées par les circonstances afin d'empêcher un dommage de se produire. L'arrêt est d'autant plus convaincant qu'en l'occurrence, l'association tirait profit de la présence du plongeur, car même s'il était sur un territoire voisin, il attirait les baigneurs, en particulier ceux qu'elle accueillait dans son camping (cf. ATF 123 III 313 *in initio*). Ce n'est donc pas parce qu'un propriétaire est responsable d'un ouvrage que celui qui l'utilise peut se dispenser de prendre les mesures commandées par les circonstances pour empêcher un dommage de se produire. Inversement, on ne saurait en revanche retenir que le propriétaire de l'ouvrage qui, par exception, n'est pas le sujet de la responsabilité au sens de l'article 58 CO parce que l'ouvrage échappe à son contrôle, reste tenu de prendre des précautions au sens de l'article 41 CO. Dans *Matti*, le propriétaire ne pouvait pas être recherché en application de l'article 58 CO; il ne pouvait pas l'être non plus en application de l'article 41 CO.

## 2. Les rapports de voisinage (art. 684 CC)

*Pro memoria*: Contrairement à une partie de la doctrine et de la jurisprudence, une immission négative, en particulier une construction inesthétique, pourrait, suivant le cas, tomber sous le coup de l'article 684 CC (cf. SJ 1998, 149, Cour de justice, Genève). Dans le cas d'espèce, un récepteur parabolique d'ondes de télévision ne constitue pas une immission excessive. Le demandeur invoque en plus l'article 28 CC; en vain.

La cour retient que l'article 684 CC ne concerne pas que les immissions positives matérielles (poussières, gaz ou odeurs incommodantes) ou celles qui

engendrent des effets physiques (bruit) ou de nature morale ou psychique (exploitation d'un local de toxicomanes ou de prostitution, avec les réf. citées). Se ralliant à l'opinion du professeur Steinauer notamment, la Cour considère que l'article 684 CC vise aussi les immissions négatives (privation d'ensoleillement ou autres inconvénients résultant de la simple existence d'une construction ou d'une installation; une construction inesthétique ou qui dénature les alentours peut donc tomber sous le coup de l'article 684 CC (dans ce sens, cf. P. H. Steinauer, *Les droits réels*, vol. II, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 1994, n. 1808 ss; cf. ég. M. Borghi, *Les prescriptions limitant la créativité architecturale*, Journées du droit de la construction, Fribourg 1987, 43; F. Werro/J. B. Zufferey, *Les immissions de la construction: droit privé et droit public*, Journées du droit de la construction, Fribourg 1997, 24).

Selon la cour genevoise, pour déterminer si une immission excède les limites de la tolérance que se doivent les voisins, il convient de prendre en considération la situation et la nature de l'immeuble, du quartier et de son développement prévisible, la réglementation sur les constructions et l'environnement, encore qu'elle n'ait pas toujours un caractère décisif, et enfin l'usage local. Le juge doit statuer sur la base de critères objectifs, en se mettant à la place d'une personne raisonnable et moyennement sensible, sans tenir compte d'émotions spécifiques que pourrait éprouver le demandeur à l'action. En l'occurrence, le point de vue du défendeur qui soutient que son antenne est posée en accord avec les prescriptions administratives sur la police des constructions n'est pas contredit par des éléments suffisants.

### **C. La responsabilité médicale (un aperçu)**

Il convient de compléter cet exposé par un aperçu de l'évolution des responsabilités professionnelles, en particulier de celle du médecin en relation avec les allègements du fardeau de la preuve et l'obligation d'informer le patient.

#### ***1. Les allègements du fardeau de la preuve***

Dans certains procès récents, le TF a retenu des règles qui sont de nature à venir en aide au patient qui recherche le médecin dans un procès en responsabilité civile. A plusieurs reprises, le Tribunal fédéral a consacré *des allègements de preuve* tant sur le plan de la preuve de la faute que sur celui de la preuve de la causalité. Sans aller aussi loin que les juges américains ou allemands, les juges suisses ont

admis que les exigences de preuves en matière de faute doivent être allégées lorsque le préjudice subi par le patient est le résultat évident d'une négligence médicale ou d'une faute grave (c'est l'idée de la *res ipsa loquitur*). Le TF a aussi atténué la valeur probante de dossiers médicaux mal tenus. Enfin, il a jugé que le risque médical, normalement supporté par le patient, passe au praticien lorsque celui-ci manque de solliciter le consentement éclairé du patient (cf. ATF 108 II 62; cf. F. Werro, La responsabilité médicale, in Cahiers du droit de la santé, Neuchâtel 1996, 22 s.).

Récemment, il a admis que *la violation d'un devoir de diligence du médecin peut être présumée* lorsqu'une infection résulte de l'injection d'un médicament (cf. ATF 120 II 248). Dans cet arrêt, les juges fédéraux ont rappelé que le médecin n'est pas le débiteur d'un résultat, mais seulement d'un traitement selon les règles de l'art. Ils ont toutefois précisé qu'il faut distinguer la simple absence du résultat escompté de l'atteinte à la santé causée par le traitement. Toute nouvelle atteinte à la santé n'est certes pas constitutive de la violation du contrat, car certaines sont inévitables. Toutefois, lorsque des effets négatifs sont à craindre, le médecin doit prendre des mesures de nature à empêcher leur survenance. Lorsque ces effets négatifs se produisent, une présomption naît selon laquelle toutes les mesures adéquates n'ont pas été prises et que le médecin a donc violé son devoir objectif de diligence.

Selon le Tribunal fédéral, cette présomption n'a pas pour effet de renverser le fardeau de la preuve, mais simplement de faciliter la preuve pour le patient: c'est dire que si le médecin montre qu'il a en réalité pris les mesures qui s'imposaient, il appartient au patient d'apporter d'autres preuves de la violation par le médecin de son devoir de diligence (sur la distinction entre le renversement du fardeau de la preuve et la présomption de fait (*Anscheinbeweis*), cf. ATF 117 II 258 et les réf. citées; cf. Kummer, Einleitung. Commentaire bernois, Berne 1966, ad art. 8 n. 362 ss.).

En l'occurrence, le Tribunal fédéral a admis que les juges cantonaux avaient eu raison de présumer la violation du contrat en se fondant sur une stérilité insuffisante de l'instrument utilisé. Se fondant sur la doctrine, il a néanmoins ajouté que cette présomption ne pouvait être étendue à des cas d'infection qui interviennent dans d'autres traitements médicaux. La portée de cette restriction ne s'impose pas d'emblée, et il appartiendra certainement à la pratique de la préciser.

## 2. L'obligation d'informer le patient

L'évolution, peut-être la plus importante, est celle qu'a connue le devoir du médecin d'informer son patient. Consacré en 1979 (cf. 105 II 382 = JdT 1980 I 169), ce devoir fait partie des obligations professionnelles générales du médecin, que celui-ci agisse en vertu d'un contrat de droit privé ou en qualité de fonctionnaire ou d'employé de l'Etat (cf. ATF 117 Ib 197 = JdT 1992 I 214).

*Sur le plan thérapeutique*, le médecin a l'obligation d'informer son patient sur la nature et les risques des traitements qu'il entend appliquer, à moins qu'il ne s'agisse d'actes courants, sans danger particulier et n'entraînant pas d'atteinte définitive ou durable à l'intégrité corporelle (cf. ATF 119 II 458). Le médecin doit donc informer le patient de toutes les informations qui concerne son état de santé, la nature de sa maladie, les diverses possibilités de traitement (celui qui est recommandé et les autres), y compris leurs avantages et leurs inconvénients (cf. ATF 114 Ia 350). Le médecin a le fardeau de la preuve de l'information donnée au patient et de l'obtention du consentement de ce dernier (cf. arrêt du TF du 31 mai 1995 cité par Kuhn, RSJ 1998, 164). *Sur le plan économique*, le Tribunal fédéral admet maintenant également une obligation du médecin d'informer le patient (cf. ATF 116 II 521). Le médecin doit communiquer au patient le coût prévisible de l'intervention, surtout lorsqu'il sait ou doit supposer que le traitement ne sera pas pris en charge par l'assurance-maladie (cf. ATF 119 II 456 = DC 1994, 106).

Quand le médecin viole son devoir d'information sur le plan thérapeutique, on admet que le consentement au traitement donné par le patient est vicié (cf. ATF 114 Ia cité). De ce fait, on retient également que, sans consentement valable, le traitement est illicite et que l'atteinte à l'intégrité corporelle l'est donc aussi (cf. ATF 117 Ib cité). Cela signifie, selon le Tribunal fédéral, que le médecin devra répondre des soins prodigués même avec toute la diligence requise, s'il en résulte un préjudice pour une raison quelconque (cf. ATF 108 II 59, 62). Pour moi, *cette approche est critiquable* car le devoir d'information n'a pas pour but de protéger l'intégrité corporelle du patient, mais bien uniquement de rendre possible une libre décision de sa part. On ne devrait pas perdre de vue la différence qui existe entre le fait de commettre une faute technique entraînant pour le patient la perte d'un organe, et le fait de ne pas l'informer qu'il risque de le perdre par suite de l'opération.

*L'attitude de méfiance envers l'obligation d'informer* le patient, qu'on ressent souvent en pratique, serait peut-être différente si la sanction de la violation de cette obligation était mieux définie. Pour ma part, il me paraîtrait plus juste d'admettre, en tous cas dans les opérations inéluctables, que l'absence de consentement ne fonde pas la réparation du préjudice corporel; car, dans la mesure où l'opération était indispensable, le patient même correctement informé se serait résigné à la subir. Comme par hypothèse aucune faute technique n'a été commise, toute responsabilité pour le dommage corporel doit être écartée; en revanche, on pourrait songer dans ce cas à la réparation du tort moral qui peut résulter du fait que le patient se trouve confronté à un préjudice, à l'éventualité duquel - en raison du défaut d'information - il n'a pas pu se préparer.

A noter enfin que dans un arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 1998, qui n'est pas encore publié, le TF a refusé d'indemniser une femme pour les frais consécutifs à la naissance d'un enfant non désiré après une stérilisation manquée. Le TF a estimé que même si le médecin aurait dû informer la patiente du risque de fertilité résiduelle, ce qu'il n'avait pas fait, ce manquement n'était pas causal, dès lors que la patiente aurait e toute façon accepté l'opération. Quand les considérants seront publiés, l'arrêt, qui est le premier en Suisse en cette matière, appellera incontestablement un commentaire approfondi.