

Le thème qui m'a été assigné porte sur la RC et l'assurance en Suisse. C'est assez général pour me permettre quelques libertés dans le choix des sujets à traiter. Dans le domaine de la RC, j'ai choisi deux questions qui tournent, l'une et l'autre, autour du dommage et de la façon de le démontrer en droit.

- La première porte sur l'évolution récente du préjudice ménager en Suisse ;
- La seconde vise quant à elle un problème où la jurisprudence suisse paraît se distancer des conceptions européennes. Un jugement récent du TF sur la « perte d'une chance » permettra de l'illustrer.

Dans le domaine du droit des assurances, je voudrais revenir brièvement sur l'AP de révision totale de la LCA. Je terminerai avec quelques remarques relatives à la 5<sup>ème</sup> révision de la LAI.

## **I. DROIT DE LA RC**

### **1. Evolution du préjudice normatif en Suisse**

Traditionnellement le dommage est en Suisse apprécié sur la base de la théorie dite de « la différence », à savoir que le patrimoine de la victime fait l'objet d'une comparaison entre l'état avant l'événement dommageable et après ; la différence peut correspondre au dommage indemnisable.

Il est néanmoins des dommages qui ne se laissent pas appréhender de cette façon purement patrimoniale : ainsi en va-t-il dans certains cas du préjudice ménager, c'est-à-dire du dommage qui résulte des entraves que peuvent entraîner certains accidents sur l'exercice de l'activité ménagère. De tels dommages sont indemnissables en droit suisse, même s'ils ne se traduisent d'aucune façon par une différence dans le patrimoine de la victime, p. ex. parce que cette dernière n'exerçait avant l'accident aucune activité lucrative ou parce que le handicap dans l'exercice de l'activité ménagère est compensé bénévolement par un proche. On parle alors de dommage « normatif », concept qui constituait à l'origine une exception à la théorie de la différence ; on visait à reconnaître une valeur économique au travail ménager.

Le caractère normatif de ce poste du dommage, à savoir le fait que son indemnisation n'est pas subordonnée à la preuve d'une perte économique effective à charge de la victime, doit être mis en relation avec l'absence de rémunération effective de la victime pour son activité avant la survenance de l'événement dommageable. La victime en d'autres termes est libre d'investir l'indemnité qui lui est allouée au titre du préjudice ménager dans l'engagement effectif d'une aide mercenaire ou de l'affecter à d'autres buts et de compenser ses capacités réduites dans l'activité ménagère par d'autres moyens (temps supplémentaire, etc.).

C'est uniquement en cela que ce poste du dommage doit être qualifié de normatif. Pour le surplus, la victime doit se conformer aux règles générales, notamment relatives à la preuve du dommage. A ce sujet, on peut rappeler que la preuve concrète du dommage est le principe, et que par exception, la preuve peut être établie par référence à des valeurs tirées de l'expérience générale, par exemple des statistiques. Cette forme de preuve abstraite est exceptionnelle, et ne peut intervenir que dans les cas dans lesquels la preuve concrète est impossible. Ce principe est acquis, accepté en doctrine et en jurisprudence.

Néanmoins, s'agissant particulièrement du préjudice ménager, le Tribunal fédéral tend à s'en écarter. Dans un arrêt du 17 janvier 2006, les Juges fédéraux paraissent considérer que

l'aspect normatif devrait toucher également la phase de l'établissement du dommage. En confirmant dans cet arrêt que la victime peut choisir de démontrer son dommage soit concrètement, soit par référence à des données statistiques, le Tribunal fédéral s'est engagé sur une voie qui permettrait à la victime de se libérer de la charge de la preuve, quand bien même, dans les faits, cette démonstration serait possible. Cette tendance est très discutée en Suisse, et nombreuses sont les voix qui plaident désormais pour une clarification. Le principe doit être, lorsque cela est possible, une démonstration concrète de l'existence d'un préjudice. Il s'agit en d'autres termes d'examiner en quoi l'événement dommageable entrave la victime dans l'exercice des tâches ménagères qu'elle exerçait précédemment. Le caractère normatif se limite quant à lui à la question de l'indemnisation, à savoir que le responsable est tenu à dédommager la victime quand bien même les difficultés rencontrées dans l'exercice des tâches ménagères n'entraîneraient aucun préjudice financier.

Cet arrêt du 17 janvier 2006 pose un autre problème concernant la rémunération du travail ménager. Cet arrêt pose en effet le principe d'une augmentation réelle de 1 % du salaire ménager jusqu'à l'âge de la retraite de la victime. Cette augmentation linéaire de 1 % est très discutée. Il est des voix pour dire que cela est d'autant plus surprenant qu'une telle augmentation ne semble pas aller de soi d'emblée pour la perte de gain effective, le Tribunal fédéral lui-même laissant entendre que cette augmentation en matière de perte de gain effective serait subordonnée à l'existence d'éléments concrets. Comment dans ces conditions admettre raisonnablement une augmentation abstraite en terme réel de 1 % de manière linéaire jusqu'à l'âge de la retraite de la victime ? Elle se justifie d'autant moins, disent certains, que l'on sait par expérience que le recours à une aide mercenaire demeure l'exception dans les faits.

## **2. La perte d'une chance**

On sait que le concept de la « perte d'une chance » a fait florès dans l'ordre juridique français. S'il ne se trouve chez nos voisins aucune disposition légale qui consacre le concept, la jurisprudence a poussé son développement – son raffinement disent certains – plus loin que n'importe quel ordre juridique. On distingue en général entre le préjudice actuel (la chance est définitivement perdue, mais les effets de la perte n'ont pas de conséquences futures : exemple cheval de course empêché de courir, perte de la chance d'obtenir un prix) et le préjudice futur (chance perdue avec des conséquences dans le futur, perte de la chance de réalisation d'un événement espéré, p. ex. chance de guérison). La jurisprudence est très riche ; elle vise une multitude de domaines comme l'art et le sport, les négociations pré-contractuelles ; elle est particulièrement développée en matière médicale.

La question a été débattue en Suisse aussi. Le droit interne actuel ne comprend aucune disposition permettant expressément la réparation de la perte d'une chance, et la jurisprudence considèrerait le problème sous l'angle de la vraisemblance prépondérante. En résumé, cela signifie ceci : la causalité peut-elle être admise à plus de 60 % que la réparation est due en totalité. N'atteint-elle pas le seuil qu'aucune indemnisation ne sera due. Des voix se sont élevées en doctrine pour abandonner le principe du « tout ou rien » et pour adopter le concept de perte d'une chance comme dommage indemnisable.

Dans un arrêt récent, le TF a cependant rejeté le concept.

L'affaire jugée le 13 juin 2007 concerne un patient auprès duquel une méningite bactérienne n'a été diagnostiquée que tardivement. Il résulte des suites de l'affection des séquelles

neurologiques, notamment sous la forme d'une surdité bilatérale totale. Il est admis que le diagnostic tardif était en l'occurrence contraire aux règles de l'art. Mais il est impossible de dire si une prescription d'antibiotiques plus rapide aurait permis d'éviter la surdité.

La victime admettait certes qu'un lien de causalité naturelle entre l'acte illicite reproché au médecin et le préjudice résultant de la surdité n'était pas établi ; elle fait valoir toutefois que, en application de la théorie de la perte d'une chance, une relation de causalité naturelle existait entre l'acte illicite et la perte d'une chance ; en l'espèce, une relation de causalité devait être admise entre le retard pris dans le traitement de la méningite et la diminution des chances de guérir sans séquelles. Dans cette mesure, la victime plaidait que la perte d'une chance ne constitue pas un aspect de la causalité, mais bien un dommage à indemniser en tant que tel. Elle soutenait que la théorie de la perte d'une chance doit s'appliquer en droit suisse, même si elle n'est pas expressément prévue dans la loi. Priver le lésé du droit à obtenir réparation de la perte d'une chance aboutirait à un résultat arbitraire, car la victime qui aurait perdu une chance de guérison de 60 % obtiendrait l'indemnisation totale de son préjudice, tandis que le patient qui aurait perdu une chance de guérison de 40 % ne recevrait rien. C'est la règle du tout ou rien très discutée en droit de la responsabilité civile.

Le Tribunal fédéral rappelle que la méthode de la réparation du dommage fondée sur la perte d'une chance a pour conséquence, certes, de limiter la réparation à la seule partie du dommage qui correspond au degré de probabilité avec lequel le responsable a causé le préjudice. Pour le reste, au terme de son analyse, le Tribunal fédéral rejette le concept pour deux raisons :

1. L'application de la théorie de la perte d'une chance revient en définitive à admettre la réparation d'un préjudice en fonction de la probabilité, quelle qu'elle soit, que le fait générateur de responsabilité ait causé le dommage. Une telle conception ne concorde pas avec la compréhension que l'on a généralement de la condition de la causalité naturelle selon la jurisprudence suisse. S'il est vrai que dans certaines circonstances, on allège le fardeau de la preuve, il reste que les circonstances alléguées par le lésé doivent, en application des règles générales, faire apparaître un dommage comme quasiment certain ; une simple possibilité est insuffisante pour fonder un droit aux dommages-intérêts. Or, dans le cas jugé, on ne saurait retenir que l'acte reproché est, au sens d'une vraisemblance prépondérante, la cause naturelle de la perte de l'issue favorable du traitement, dans la mesure où l'on sait que la maladie entraîne le décès du patient dans près de trois quarts des cas.
2. La perte d'une chance n'est pas un dommage réparable en droit suisse selon le Tribunal fédéral. Par nature, la chance est provisoire et tend vers sa réalisation : elle se muera en un gain ou en rien. Vu son caractère dynamique ou évolutif, elle n'est pas destinée à demeurer dans le patrimoine. Or, la théorie de la différence, applicable en droit suisse au calcul du dommage, se fonde sur l'état du patrimoine à deux moments précis. La théorie de la perte d'une chance ne saurait, de l'avis du Tribunal fédéral, s'insérer dans cette compréhension du dommage.

Il est vrai que c'est une affaire qui a fait l'objet d'un examen sous l'angle de l'arbitraire. Il reste que le Tribunal fédéral juge très problématique l'introduction de la perte d'une chance en droit suisse. Il est à noter aussi que cet arrêt souligne la signification de principe qui doit être reconnu à la théorie de la différence dans la détermination du dommage. On limite

d'autant, en d'autres termes, le périmètre du dommage du préjudice normatif, tel qu'il est compris, notamment, dans le domaine du préjudice ménager.

## **II. LE DROIT DES ASSURANCES**

### **A. LCA**

La Loi suisse sur le contrat d'assurance date de 1908. Elle a traversé près d'un siècle sans modification majeure. Une révision partielle est néanmoins entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2006, qui portait sur certains points particuliers ; cette révision partielle s'inscrivait dans le courant de la révision de la législation relative à la surveillance. Considérant que la LCA est ancienne, et qu'elle devait être adaptée à l'air du temps, une commission d'experts a été chargée de l'élaboration d'un avant-projet qui fait l'objet actuellement de discussions au sein de l'Administration fédérale. Je voudrais présenter ici quelques-unes des tendances qui ressortent de ce texte. Il est à noter qu'un avant-projet officiel devrait être mis en circulation au début de l'année 2008 ; nous partons de l'idée que le texte de la commission d'experts servira de base à la rédaction de cet avant-projet officiel.

Je vais commencer par quelques remarques sur la structure de la loi puis les modalités de conclusion du contrat, le cas d'assurance et l'assurance de la responsabilité civile.

#### **1. La structure de la loi**

Les contrats d'assurance font l'objet d'une répartition traditionnelle selon deux critères : d'une part en fonction de l'objet assuré (assurance de choses, assurance de personnes et assurance de patrimoine) ; d'autre part en fonction des prestations (assurance au caractère indemnitaire, lorsque la prestation dépend d'un dommage effectif, et assurance de somme, lorsque la prestation est rapportée à un événement assuré). La distinction entre assurance de somme et assurance de dommage est centrale pour la personne assurée. En effet, dans l'assurance de dommage, les prestations à l'encontre d'un tiers responsable font l'objet d'une imputation sur les prestations d'assurance, tandis que dans l'assurance de somme il y a cumul. Le législateur suisse était jadis parti de l'idée que l'assurance de personnes se concevait comme une assurance de somme. Il en découlait notamment que les prestations d'assurance allouées en cas d'atteinte à une personne pouvaient faire l'objet d'un cumul avec d'éventuelles prétentions contre un tiers responsable. Cela a posé cependant quelques problèmes, notamment s'agissant des frais de traitement. Il était injustifiable que la personne assurée puisse obtenir une double indemnisation de ce type de dommage. Dès lors, le Tribunal fédéral a fixé que certaines prestations d'assurance de personnes revêtent un caractère d'assurance de dommage, à savoir de prestations indemnitaires. Cette constatation remettait en question la structure initiale du législateur. L'avant-projet tend à clarifier cette question. La commission d'experts a considéré qu'il n'était pas souhaitable de donner des critères légaux permettant de définir si les prestations d'assurance revêtent un caractère indemnitaire ou un caractère d'assurance de somme. Elle considère que cette question doit être réglée en premier lieu par le contrat d'assurance. Elle prévoit néanmoins un régime de présomption aux termes duquel les prestations d'assurance de personnes, sauf disposition contraire, revêtent qualité d'assurance de somme, et que toutes les autres assurances obéissent au principe indemnitaire.

## **2. Conclusion du contrat**

Le texte de la commission d'experts prévoit l'institution d'un droit de révocation. Il est vrai que le Code des Obligations suisse prévoit déjà un tel droit, mais dont le champ d'application n'inclut pas les contrats d'assurance. Il a été question de modifier cette disposition pour la rendre applicable aux contrats d'assurance également. Toutefois, les particularités de l'activité d'assurance devaient nécessairement être prises en compte. Il a été jugé préférable pour cette raison d'introduire le droit de révocation dans la LCA.

L'avant-projet prévoit un droit de révocation pendant 14 jours. Cette proposition est plus ambitieuse que la réglementation européenne, laquelle institue un droit de révocation dans le domaine des contrats d'assurance vie seulement. Il est vrai que le même droit est prévu dans le domaine des contrats conclus à distance.

Le droit de révocation s'étend, au-delà de la conclusion du contrat, également à sa prolongation et à sa modification, dans la mesure où l'on considère que ces actes juridiques ont des conséquences tout aussi importantes pour le preneur d'assurance que celles qui découlent de la conclusion du contrat initial.

En revanche, et c'est là que sont prises en compte les particularités des contrats d'assurance par rapport à d'autres contrats de consommation, le droit de révocation est exclu dans le domaine de l'assurance collective des personnes ainsi que pour les contrats prévoyant des couvertures provisoires. S'agissant des contrats collectifs d'assurance de personnes, l'objectif est naturellement de protéger les travailleurs au bénéfice des prestations d'assurance (on peut se référer aussi à cet égard à la directive du 5 novembre 2002 sur l'assurance vie qui ne prévoit un droit de révocation que dans le domaine de l'assurance vie individuelle).

L'avant-projet prévoit par ailleurs une réglementation particulière lorsque le contrat dont la révocation est en cause déploie ces effets à l'égard de tiers. On pense notamment au contrat d'assurance de la responsabilité civile. En pareil cas, la révocation ne déploie pas d'effets à l'égard des tiers, et il est tenu compte de cette situation particulière par l'institution d'une obligation de paiement d'une prime.

## **3. Le cas d'assurance**

Outre certaines dispositions de nature systématique, la réglementation relative au cas d'assurance inclut quelques nouveautés qui visent à améliorer la situation du preneur.

Il en va ainsi notamment pour les obligations de prévention et de réduction du dommage. Ces obligations ne seraient pas limitées, de l'avis de la commission d'experts, aux cas dans lesquels le dommage est déjà survenu, mais seraient applicables également lorsque la menace guette. D'un autre côté, les frais liés à ces mesures de prévention sont à charge de l'assureur, dans les limites de la somme d'assurance. Cette réglementation tend à faire un sort à la vieille controverse qui porte sur l'existence éventuelle d'une obligation de prévention avant la survenance du sinistre.

S'agissant de l'éventuelle réduction des prestations d'assurance pour sinistres causés par faute, l'avant-projet table sur la faute du preneur ou de l'ayant droit, et ne considère plus la faute d'un tiers qui se trouve dans un rapport de dépendance avec le preneur ou l'ayant droit

(communauté familiale, employé). Une réduction ne peut intervenir, selon ce nouveau régime, qu'en cas de faute grave du preneur d'assurance ou de l'ayant droit aux prestations d'assurance. Si le dommage est causé par un tiers, il faudra examiner si le preneur d'assurance ou l'ayant droit ont commis une faute grave dans la surveillance de ce tiers. Si tel est le cas, l'assureur pourra réduire ses prestations ; si tel n'est pas le cas la prestation de l'assureur demeure entière, quand bien même le dommage aurait été causé par une faute grave du tiers.

Par ailleurs, une réduction des prestations peut intervenir également en cas de violation d'incombance ; la mesure de la réduction dépend de la gravité de la faute, mais non pas de l'appréciation de la causalité entre la violation de l'incombance et le résultat.

#### **4. L'assurance de la responsabilité civile**

L'avant-projet de la commission d'experts inclut un chapitre relatif à la réglementation de l'assurance de la responsabilité civile. Il prévoit notamment une réglementation restrictive des exclusions pour les actions récursoires, un droit d'action directe, et un chapitre consacré à l'assurance obligatoire.

##### Exclusions des actions récursoires

La réglementation actuelle est très libre qui permet à l'assureur de la responsabilité civile d'exclure toute forme d'action récursoire (recours d'assureurs sociaux contre le tiers responsable, etc.). L'avant-projet réglemente strictement cet objet en interdisant les clauses d'exclusion pour les formes d'action récursoire. La liberté contractuelle de l'assureur RC est limitée dans cette mesure.

##### Droit d'action directe

L'avant-projet généraliserait un droit d'action directe de la victime contre l'assureur de la responsabilité civile, tandis qu'il n'est possible aujourd'hui que dans le domaine des assurances obligatoires (circulation routière notamment).

##### Assurance responsabilité civile obligatoire

Les dispositions relatives à l'assurance RC obligatoire sont aujourd'hui éparpillées dans l'ensemble de l'ordre juridique suisse. La commission d'expert propose de les réunir sous un seul chapitre. L'objectif étant de rendre la réglementation plus transparente, plus cohérente, et d'améliorer ainsi la sécurité du droit. Ces dispositions prévoient notamment que l'assureur ne peut opposer à la victime les exceptions qui découlent du contrat d'assurance (défaut de paiement de la prime, réduction des prestations en cas de faute grave, etc.).

Enfin, le chapitre relatif à l'assurance RC obligatoire inclut une forme d'obligation de conclure. La commission a considéré que lorsque l'assurance est obligatoire, le preneur doit avoir la possibilité de conclure le contrat. La réglementation proposée institue par conséquent une obligation de souscrire à charge de l'assureur. Si le principe paraît clair, l'analyse des modalités révèle cependant l'existence d'un certain nombre de situations exceptionnelles qui devrait permettre de prendre en compte également la situation de l'assureur (preneur d'assurance qui a tenté de tromper l'assureur, etc.). Pour le reste, la réglementation prévoit une forme d'assurance supplétive pour les cas dans lesquels le preneur ne peut souscrire de contrat d'assurance de la responsabilité civile obligatoire auprès d'un assureur traditionnel.

## B LAI

Le 17 juin 2007, le peuple suisse a accepté la modification du 6 octobre 2006 de la loi fédérale sur l'assurance invalidité (LAI). L'entrée en vigueur de cette modification est prévue pour le 1<sup>er</sup> janvier 2008.

L'assurance-invalidité est l'institution sociale qui garantit en Suisse le minimum vital aux personnes qui, pour des motifs de santé, ne peuvent plus réaliser de revenus de l'activité professionnelle. Cette assurance est aujourd'hui dans une situation financière difficile. C'est notamment la forte hausse qui s'est manifestée ces dernières années des personnes à l'invalidité pour cause de troubles psychiques. Dans les cas de nouvelles rentes, la cause majeure d'invalidité est la maladie (neuf rentes sur dix). Parmi les maladies, les atteintes psychiques constituent, jusqu'à l'âge de 54 ans, la cause la plus fréquente de l'octroi de nouvelles rentes.

Selon l'administration, les assurés et les médecins accordent une plus grande importance aux facteurs psychiques et sociaux que par le passé. La notion de maladie fait l'objet d'un élargissement qui prend en compte désormais les atteintes d'ordre psychosomatique et / ou fonctionnel entraînant des incapacités de travail. Les diagnostics médicaux tiennent de plus en plus compte des conditions psychiques et sociales, et de leurs effets. Nous assistons à une mutation des valeurs, avec une importance croissante accordée au bien-être physique et psychique, accompagnée d'une relativisation de la valeur du travail et du progrès des loisirs.

La révision de l'AI devait prendre en compte ce phénomène, et trouver des solutions aussi pour réduire les coûts.

Cette révision en cause met l'accent sur le renforcement des mesures de réadaptation et d'intégration dans la vie active des personnes atteintes dans leur santé. Il s'agit d'endiguer la progression massive des dépenses liées à l'accroissement des rentes et de donner à l'AI de nouveaux moyens pour mieux concrétiser le principe « la réadaptation prime la rente ». La modification prévoit également certaines mesures d'économie à effet immédiat.

### □ Détection et intervention précoces (art. 3a à 7d LAI)

L'absence de mesures de réinsertion ou de réadaptation durant la première année d'incapacité de travail fait perdre des chances précieuses à l'assuré (risque de perte de son emploi, exclusion du marché du travail, installation dans un statut d' « invalide »). Le but est donc de repérer rapidement les personnes présentant les signes d'une invalidité potentielle en intervenant déjà après un mois d'incapacité de travail. L'employeur et d'autres personnes explicitement autorisées<sup>1</sup>, ainsi que l'assuré lui-même, ont le droit de communiquer un cas à l'AI. Un premier entretien est rapidement organisé afin d'évaluer la situation et décider si des mesures permettant le maintien au poste de travail sont nécessaires (adaptation du poste de travail, réinsertion socioprofessionnelle, etc.). Si tel est le cas, l'office AI invite l'assuré à déposer une demande AI. L'assuré est tenu de collaborer dans la mesure de ce qui est raisonnablement exigible. Par contre, l'assuré n'a pas un droit aux mesures d'intervention précoces.

Les mesures d'intervention précoce peuvent être mises en œuvre très rapidement, sans longue instruction préalable et sans attendre que le droit légal aux prestations ait été examiné

---

<sup>1</sup> cf. art. 3b al.2 LAI (proches de l'assuré, médecin traitant, assureur perte de gain maladie, assureur LAA, etc.)

formellement. Elles n'entraînent pas le versement d'indemnités journalières. Par contre, la révision prévoit des mesures incitatives et de soutien aux employeurs qui occupent des personnes atteintes dans leur santé (allocation d'initiation au travail, indemnité de dédommagement pour compenser un moindre rendement).

□ Mesures de réinsertion préparant à la réadaptation professionnelle (art. 14a à 24bis LAI)

Il s'agit d'un nouvel instrument de réadaptation conçu pour les personnes dont la capacité de travail est limitée pour des raisons psychiques (et qui représentent le 40% des cas de rentes). Cela est conçu comme une étape préalable aux véritables mesures d'ordre professionnel. Il faut aider ces personnes à renforcer et à consolider leur potentiel de réadaptation pour leur permettre de revenir dans le monde du travail ou d'accomplir une mesure d'ordre professionnel.

□ Accès plus difficile à la rente

La rente doit véritablement devenir une *ultima ratio* et ne peut être octroyée que si toutes les possibilités de réadaptation ont été épuisées. Le défaut de coopération de la part de l'assuré pourra être sanctionné d'une réduction ou d'un refus de prestations. La notion d'invalidité est en outre précisée (cf. infra).

La révision supprime le versement rétroactif de rente. Le droit à la rente prendra naissance au plus tôt à l'échéance d'une période de six mois à compter de la date à laquelle l'assuré fait valoir son droit aux prestations et sera versée dès le début du mois au cours duquel le droit prend naissance (art. 29 LAI)