



Ouvrage collectif

2009

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel

Chappuis, Christine (ed.); Winiger, Bénédicte (ed.)

How to cite

CHAPPUIS, Christine, WINIGER, Bénédicte, (eds.). La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel. Zurich, Bâle : Schulthess, 2009. (Collection genevoise. Droit de la responsabilité)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:28987>

Journée de la responsabilité civile 2008

La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel

Edité par
Christine Chappuis et Bénédicte Winiger

Faculté de droit
de Genève

Journée de la responsabilité civile 2008



Faculté de droit de Genève

Droit de la responsabilité

Journée de la responsabilité civile 2008

La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel

Edité par

Christine Chappuis et Bénédicte Winiger

Information bibliographique: <Die Deutsche Bibliothek.>

Die Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <<http://dnb.ddb.de>>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2009

ISBN 978-3-7255-5914-5

ISSN Collection Genevoise: 1661-8963

www.schulthess.com

Avant-propos

Les devoirs d'information se sont multipliés au cours de la dernière décennie. Fondés sur la loi, le contrat, les règles de la bonne foi, ou encore les règles professionnelles et déontologiques, les devoirs d'information, tels un gaz, envahissent tous les domaines de la vie professionnelle. Le moment était donc venu de faire le point sur cette évolution et d'en tirer les conséquences en droit de la responsabilité civile. C'est ainsi que la 5^e Journée de la responsabilité civile organisée par la Faculté de droit de l'Université de Genève a été consacrée à la Responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel. Le présent ouvrage rassemble les contributions et interventions prononcées à cette occasion.

Le lecteur y trouvera des indications concrètes, tenant compte des développements jurisprudentiels récents, sur les devoirs d'information incombant en particulier à l'avocat, au banquier et au notaire. Quant à l'assureur, il s'est vu imposer un devoir précontractuel d'information dont le contenu, les modalités et les conséquences sont examinées en détail (avec un aperçu de droit comparé). Une bonne place est également réservée à des domaines moins classiques. Les sociétés pharmaceutiques, qui sont soumises à des devoirs d'information précisément fixés par différentes lois et ordonnances, peuvent être recherchées notamment sur la base de la loi sur la responsabilité du fait des produits. L'Etat, lui-même, est devenu un important débiteur d'informations, mais – comme bien souvent – la violation de ses devoirs n'entraîne que des sanctions minimalistes en comparaison avec celles touchant les particuliers.

Un volet théorique s'imposait. C'est ainsi que la responsabilité fondée sur la confiance, complément utile de la responsabilité pour acte illicite ou pour violation d'une obligation, a été revisitée par celui qui l'a introduite dans la jurisprudence suisse en 1994 et était déjà intervenu sur ce sujet lors de la première Journée à Genève. Mentionnons pour terminer le nouvel éclairage théorique donné au devoir d'information par la question – posée d'emblée – de savoir s'il existe aujourd'hui un véritable droit subjectif absolu à être informé. Une suggestion trouvant écho dans le texte conclusif qui conçoit le droit à l'information comme un droit fondamental de la personne.

Le présent ouvrage a le mérite particulier de rassembler et de traiter sous un même angle des questions analysées jusqu'ici de façon disparate selon la profession considérée. A ce titre, il constitue une référence précieuse tant pour les juristes que pour les professionnels non juristes tenus d'informer leurs clients ou des tiers dans le cadre de leur activité.

Nous tenons à adresser nos vifs remerciements aux conférenciers et intervenants, qui ont assuré le succès de la journée et pris le temps nécessaire pour consigner leurs réflexions en un ouvrage de qualité. M^{me} Manjolia Manoku a assuré la coordination des travaux d'édition, MM. Philippe Avramov et Pierre-Emmanuel Fehr se sont chargés de la relecture des manuscrits et M^{me} Ariane Tschopp en a effectué la mise en pages ; qu'elles et ils soient chaleureusement remercié-e-s de leur collaboration.

Christine Chappuis et Bénédicte Winiger

Juin 2009

Sommaire

Avant-propos	5
Liste des auteurs	9
CHRISTINE CHAPPUIS	
La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel: vers un droit subjectif absolu à être informé?	11
ALAIN B. LÉVY	
Le devoir d'information de l'avocat	35
ETIENNE JEANDIN	
Le devoir de conseil du notaire selon la loi genevoise sur le notariat: une « Genferei » exemplaire?	59
SUSAN EMMENEGGER	
Le devoir d'information du banquier	67
VALÉRIE JUNOD	
La responsabilité de la société pharmaceutique pour l'information défectueuse sur son médicament	91
HANS PETER WALTER	
Responsabilité fondée sur la confiance et devoir d'information: 10 ans après	153
FRANÇOIS BELLANGER	
Le devoir d'information de l'Etat	175
VINCENT BRULHART	
Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur	201
FRANZ WERRO	
Le droit à l'information: un droit fondamental de la personne	229

Liste des auteurs

FRANÇOIS BELLANGER	Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève, avocat au barreau de Genève
VINCENT BRULHART	Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne
CHRISTINE CHAPPUIS	Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Genève
SUSAN EMMENEGGER	Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Berne
ETIENNE JEANDIN	Notaire à Genève
VALÉRIE JUNOD	Professeure associée à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, chargée de cours à la Faculté de droit de l'Université de Genève
ALAIN B. LÉVY	Avocat au barreau de Genève, docteur en droit, professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg
HANS PETER WALTER	Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Berne
FRANZ WERRO	Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg et Georgetown University Law Center, Washington, DC

La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel : vers un droit subjectif absolu à être informé ?

CHRISTINE CHAPPUIS*

Table des matières

I.	Le contexte	13
A.	Notion et terminologie	13
B.	Sources des devoirs, contenu et personnes protégées	15
C.	Fonction de l'information	17
II.	Les conditions de la responsabilité	20
A.	Défaut d'information	21
1.	Un simple prétexte ?	21
2.	La violation du devoir d'informer	22
3.	Les autres conditions	23
B.	Objections possibles	25
1.	Le consentement hypothétique de la victime	25
2.	Causalité incertaine et perte d'une chance	26
III.	Etre informé, un droit subjectif absolu ?	27
A.	Proposition de réponse	27
B.	Implications possibles de la réponse proposée	30
	Conclusion	31
	Ouvrages cités	32

Si seulement j'avais su...

- *ce qu'est une reprise de dette, je n'aurais pas consenti à cette transaction¹;*
- *que mon portefeuille présentait une concentration excessive d'actions Vivendi Universal, j'en aurais modifié la composition²;*
- *que la société recommandée ne possédait pas les autorisations nécessaires, je ne lui aurais pas confié l'organisation de cette descente en radeau³;*

* Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

¹ TF, arrêt 4A_38/2008 du 21 avril 2008.

² TF, arrêt 4C_385/2006 du 2 avril 2007, SJ 2007 I 499.

³ ATF 129 IV 119.

- *que la société était surendettée, je n’aurais pas conclu avec elle un contrat de placement*⁴;
 - *que cette opération de hernie comportait de si faibles chances d’amélioration et un risque si élevé de paraplégie, j’aurais à tout le moins demandé que l’intervention fût différée, afin de me renseigner sur d’autres méthodes de traitement*⁵;
 - *quels étaient les risques de cette opération chirurgicale, je n’aurais pas accepté une prothèse totale de la hanche droite*⁶;
- ... un reproche qui a conduit – dans deux cas⁷ – à l’admission de la responsabilité de celui qui n’a pas adéquatement informé la partie lésée.*

Les devoirs d’information se sont multipliés au cours des dernières années, et dans tous les domaines, c’est un véritable lieu commun que de le relever. Se sont-ils multipliés suffisamment pour que l’on puisse aujourd’hui parler d’un véritable « droit subjectif absolu à être informé » ? C’est sur cette question volontairement provocante que s’ouvre la Journée 2008 de la responsabilité civile consacrée à la *Responsabilité pour l’information fournie à titre professionnel*. Nous nous demanderons dès lors, si l’addition des droits à l’information dont chacun dispose aujourd’hui, conduit à reconnaître l’existence d’un véritable droit subjectif absolu. Les conséquences de la violation du droit d’être informé peuvent être multiples, d’ordre administratif, pénal ou civil. Ce sont les violations qui obligent l’auteur à réparer un dommage sur lesquelles se concentre la présente Journée.

La jurisprudence s’est penchée sur nombre de professionnels de l’information susceptibles d’être tenus pour responsables à l’égard de leurs clients, tels que l’expert⁸, le réviseur⁹, l’auteur d’un prospectus¹⁰, l’auteur d’un certificat¹¹, l’organisateur d’activités sportives¹² et l’administrateur¹³. Ce sont les devoirs

⁴ ATF 125 III 86, SJ 1999 I 305.

⁵ ATF 117 Ib 197, JdT 1992 I 214.

⁶ ATF 133 III 121.

⁷ Décisions citées n. 2 et 5 ; la décision (en matière pénale) citée en n. 3 retient l’existence d’une position de garant à charge de l’auteur de la recommandation, mais renvoie l’affaire à l’autorité cantonale sur la question de la causalité entre l’absence d’autorisations de la société recommandée et le dommage.

⁸ ATF 130 III 345.

⁹ ATF 129 III 129 ; TF, SJ 1998 553.

¹⁰ ATF 132 III 715 ; 131 III 306.

¹¹ ATF 101 II 69 ; 129 III 177, 180.

¹² ATF 129 IV 119.

¹³ ATF 125 III 86.

de l'avocat, du banquier, du notaire, du distributeur de médicaments, de l'assureur et de ses intermédiaires, ainsi que de l'Etat qui sont examinés dans le cadre du présent ouvrage. Notre ambition est de traiter la question de manière transversale en passant en revue les devoirs d'information incombant concrètement à ces divers professionnels. La grille d'analyse proposée par les divers intervenants et complétée par une mise en perspective du fondement de la responsabilité, permettra de mieux appréhender la responsabilité pour violation d'un devoir d'information. Après avoir replacé la question dans son contexte (I.), nous nous attacherons aux conditions de la responsabilité pour défaut d'information (II.) et proposerons notre réponse dans la dernière partie (III.).

I. Le contexte

L'information est une notion fuyante qu'il convient tout d'abord de clarifier, notamment du point de vue terminologique. Il s'agira ensuite d'en identifier les sources possibles et le cercle des personnes protégées. Pour terminer, la fonction de l'information sera abordée.

A. Notion et terminologie

L'information n'est pas un concept juridique dont il existerait une définition généralement admise dans la jurisprudence et la doctrine. En dépit de l'ouvrage de J. N. DRUEY (1995)¹⁴ et des rapports à la 133^e Assemblée annuelle de la Société suisse des juristes (1999)¹⁵, son objet demeure évanescant et dépend du contexte dans lequel le sujet est abordé¹⁶.

L'information (*Information, Aufklärung*) peut être définie de manière large comme une communication de fait ou d'opinion fondée sur les connaissances ou l'appréciation professionnelles du donneur d'information. Elle comporte deux aspects: d'une part, l'action d'informer et celle de s'informer soi-même et, d'autre part, le résultat de cette action, soit le renseignement obtenu. L'information entraîne un coût à la fois pour l'auteur de l'information et pour le bénéficiaire de celle-ci. L'auteur de l'information doit commencer par

¹⁴ DRUEY Jean Nicolas, *Information als Gegenstand des Rechts*, Zurich 1995.

¹⁵ CHERPILLOD Ivan, *Information et protection des intérêts personnels*; MAHON Pascal, *L'information par les autorités*; TSCHANNEN Pierre, *Amtliche Warnungen und Empfehlungen*; WEBER Rolf H., *Information und Schutz Privater*.

¹⁶ DRUEY, p. 65 s.

rassembler les éléments d'information pertinents, qu'il présentera ensuite à son interlocuteur d'une manière intelligible. Quant à ce dernier, il lui appartient de consacrer le temps nécessaire à prendre connaissance de l'information, puis à se déterminer en fonction de celle-ci. L'information a en effet pour but de permettre au destinataire de prendre une décision éclairée dans un domaine donné sur la base des connaissances professionnelles particulières mises à disposition par le biais de l'information obtenue¹⁷.

Diverses classifications ont été proposées, en particulier dans le domaine bancaire (information, conseil, mise en garde)¹⁸ et médical (diagnostic, pronostic, risques connus, alternatives thérapeutiques, coût du traitement)¹⁹. L'on tentera de réconcilier les approches de ces deux domaines et de proposer un bref glossaire mettant en évidence les divers aspects de l'information en une énumération qui passe du simple renseignement à la recommandation et impliquant une appréciation professionnelle croissante de la part du donneur d'information²⁰:

- le renseignement au sens étroit (*Auskunft*) est une indication de fait ou de droit ne comportant pas de prise de position personnelle (par exemple, la cotation en bourse d'un titre à une date donnée, l'indication des voies de recours); à rapprocher avec prudence du diagnostic médical et de l'indication des coûts de traitement;
- la mise en garde (*Warnung*) est un avertissement des dangers liés à une situation donnée (tel titre est en baisse); à rapprocher de l'indication des risques connus en matière médicale (ou de l'avertissement du médecin sur les risques liés à la prise d'un médicament²¹);
- l'avis (*Meinung*) est une prise de position personnelle sur un sujet (la cotation du titre va remonter, les chances de gagner un procès); le pronostic médical est proche de l'avis ainsi défini (de même que l'indication des alternatives thérapeutiques);
- le conseil (*Rat*) est une invitation à adopter un certain comportement, fondée sur un jugement de valeur (vendre immédiatement le titre en question; se soumettre à une opération malgré les risques);
- la recommandation (*Empfehlung*) est une invitation, plus pressante que le conseil, à adopter un certain comportement (des relations d'affaires sont

¹⁷ LOSER-KROGH, Vertrauenshaftung, N 9 s.

¹⁸ THÉVENOZ, p. 21; SCHÖNLE, Renseignements inexacts, p. 221.

¹⁹ MANAÏ, SJ, p. 348 ss.

²⁰ SCHÖNLE, Renseignements inexacts, p. 221.

²¹ TF, SJ 2002 I 161 (trithérapie).

recommandées²²; il faut vendre; il est impératif d'entreprendre telle opération chirurgicale d'urgence).

Cette énumération n'a qu'une valeur descriptive dans la mesure où ces termes, en particulier ceux d'information et de conseil, sont généralement utilisés sans souci de précision terminologique. Le Tribunal fédéral exprime le principe fondamental de la responsabilité pour renseignements inexacts de la manière suivante: «Celui qui, disposant de connaissances particulières dans un domaine, accepte de fournir des *renseignements* ou des *conseils* hors de tout rapport contractuel doit agir de bonne foi»²³. En allemand, la responsabilité pour renseignements inexacts est rendue par «*Haftung aus falschem Rat und mangelhafter Auskunft*»²⁴. Deux observations: contrairement au français, l'allemand place le conseil avant le renseignement; on notera aussi la relation floue entre le renseignement et le conseil, qui est alternative dans la formulation en français, alors qu'elle est cumulative en allemand. Il convient pourtant de distinguer la fourniture d'un simple renseignement et le conseil donné à l'autre partie. L'activité visée n'est pas la même: du renseignement sur les délai et voie de recours au conseil d'entreprendre un recours ou d'y renoncer, il y a un pas que le fondement envisagé n'autorise pas nécessairement à franchir.

La valeur purement descriptive de l'énumération résulte également de la tentative de rapprocher les aspects de l'information en matière bancaire de ceux identifiés dans le domaine médical. Une véritable classification commune ne paraît pas réalisable, mais son mérite est de préparer la vérification du respect du devoir.

B. Sources des devoirs, contenu et personnes protégées

L'obligation de fournir des renseignements ou informations exacts peut résulter d'une disposition expresse de la loi, d'un accord contractuel, de la bonne foi²⁵, ou des règles professionnelles et déontologiques²⁶. La loi est la source de

²² ATF 111 II 471, 472, JdT 1986 I 485: «Eine Geschäftsverbindung kann empfohlen werden».

²³ ATF 121 III 350, 355 (caractère italique ajouté).

²⁴ ATF 120 III 331 c. 5a, JdT 1995 I 360; ATF 124 III 363 c. 5, JdT 1999 I 402, SJ 1999 I 38 (Haftung für die falsche Auskunft; responsabilité pour le renseignement erroné; responsabilità per un'informazione sbagliata). REY, N 721 ss: Unrichtige Rat- oder Auskunfterteilung.

²⁵ Selon la formulation consacrée par la jurisprudence qui ne mentionne toutefois pas les règles déontologiques et professionnelles: ATF 129 IV 119 c. 2.3; 117 II 218 c. 6a, JdT 1994 I 167; ATF 116 II 431 c. 3a, JdT 1991 I 45.

²⁶ Par ex., les directives d'associations professionnelles (banquiers, médecins) ou les codes de déontologie (*best practices*).

nombreux devoirs d'information et l'art. 11 de la loi fédérale sur les bourses (LBVM)²⁷ en est un exemple de première importance²⁸. Il en va de même du contrat, au besoin interprété de manière « complétive »²⁹. La bonne foi est également une source, peut-être plus exceptionnelle, de devoirs d'informer, en particulier dans le cadre d'une relation précontractuelle³⁰. La source du devoir contribue à déterminer tant le contenu de l'information que le cercle des personnes bénéficiant de ce droit.

Source légale de devoirs d'information, l'art. 11 LBVM³¹ bénéficie aux clients d'un négociant. Le cercle des personnes protégées et des débiteurs se recoupe par conséquent avec le champ contractuel³². Il n'en va pas nécessairement ainsi de toutes les sources légales des devoirs d'informer. Ainsi, dans le domaine des médicaments, le cercle des débiteurs et celui des destinataires de l'information ne relèvent pas nécessairement d'un contrat. Lorsque l'on se place du point de vue de la loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits (LRFP)³³, c'est le producteur, au sens large de l'art. 2 LRFP, qui doit fournir des renseignements sur l'usage d'un médicament au cercle indéterminé des personnes susceptibles de l'utiliser, en particulier par le biais des notices d'emploi³⁴. En revanche, lorsque l'on envisage la situation du médecin qui prescrit un certain médicament, il incombe à celui-là de fournir à son patient une information plus ciblée relevant, cette fois, des obligations fondées sur le contrat le liant au patient.

Quant aux règles de la bonne foi, elles interviennent parfois pour ajouter une obligation d'informer dans le cadre d'une relation contractuelle existante même si le contrat ne la prévoit pas expressément³⁵. Elles peuvent également être une source indépendante de devoirs dans le cadre d'une relation précontractuelle et entraîner une responsabilité pour *culpa in contrahendo* qua-

²⁷ Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM), RS 954.1.

²⁸ Voir aussi par exemple, l'art. 7a de la Loi sur la protection des données – LPD, RS 235.1 (introduit par la révision de la LPD entrée en vigueur le 01.01.2008) qui institue une obligation d'information nouvelle à charge du maître d'un fichier.

²⁹ CR CC I-CHAPPUIS, CC 2 N 18 et réf. cit.

³⁰ CR CC I-CHAPPUIS, CC 2 N 19 et réf. cit.

³¹ Voir la contribution de Suzan EMMENEGGER au présent ouvrage, III.3.-4.

³² Sur l'analyse des relations entre le contrat et l'art. 11 LBVM du point de vue du droit à l'information, voir CHAPPUIS B. / WERRO, p. 560 ss. Voir, par ailleurs, la contribution de Franz WERRO au présent ouvrage.

³³ RS 221.112.944.

³⁴ Voir la contribution de Valérie JUNOD au présent ouvrage, I.A.

³⁵ Sur ce thème, voir la contribution de Hans Peter WALTER au présent ouvrage; pour une analyse en matière bancaire, voir la contribution de Suzan EMMENEGGER au présent ouvrage, III.2. Par ailleurs, voir SCHÖNLE, Bonne foi, *passim*.

lifiée aujourd'hui de responsabilité fondée sur la confiance³⁶. Le plus souvent, il conviendra de combiner ces différentes sources. Les règles de la bonne foi comme les règles déontologiques peuvent servir à préciser voire à compléter un contrat en imposant un devoir d'informer le cocontractant, ce que l'on observe notamment dans le domaine bancaire ou médical.

Le contenu et les modalités de l'information peuvent être précisés par la loi, le contrat ou les règles déontologiques. Les règles de la bonne foi invitent à prendre en considération un besoin reconnaissable en fonction du destinataire et de sa relation avec le professionnel. Tout autant que le besoin du bénéficiaire, le coût de l'information pour celui qui doit la donner est également un élément pertinent dans la détermination de l'existence, de l'étendue et des modalités du devoir. Il s'agit en fin compte de se demander ce que le destinataire peut raisonnablement attendre de l'autre partie.

C. Fonction de l'information

S'il paraît clair que l'information occupe aujourd'hui une place tout à fait centrale en droit civil³⁷, il n'est pas inutile de se demander à quoi elle sert. Postérieure à un acte, l'information permet de vérifier la bonne, respectivement mauvaise, exécution de celui-ci³⁸; antérieure à un acte, elle permet au destinataire de prendre une décision éclairée qui soit fondée sur les éléments de fait ou de droit pertinents³⁹. Cette décision peut concerner toute question que se pose le destinataire, relative à sa santé, ses finances, l'opportunité d'un procès ou la conclusion d'un acte (notarié), sur laquelle le praticien concerné dispose de connaissances spécifiques à son domaine. Elle est éclairée lorsque le destinataire la prend en pleine connaissance de cause, notamment des risques éventuels et des solutions alternatives envisageables. Peu importe de ce point de vue qu'il s'agisse d'une opération chirurgicale ou d'un investissement. L'information exacte, complète et pertinente est une condition de la décision que prend le destinataire. Cela signifie qu'une information inexacte ou incomplète peut l'amener à prendre une décision qu'il n'aurait pas prise du tout ou, du moins, pas aux mêmes conditions. La violation du devoir peut donc avoir pour conséquence un choix inopportun entraînant des conséquences désavantageuses pour le destinataire.

³⁶ Par ex., arrêt du Tribunal fédéral du 21 mars 2006, in SJ 2006 I 433, 438. Voir la contribution de Hans Peter WALTER au présent ouvrage; cf., de manière générale, CHAPPUIS / WINIGER, La responsabilité fondée sur la confiance; LOSER-KROGH, Vertrauenshaftung.

³⁷ CHAPPUIS B. / WERRO, p. 561.

³⁸ ATF 133 III 664 : information due par la banque aux héritiers du défunt.

³⁹ LOSER-KROGH, Vertrauenshaftung, N 9.

Illustrons la fonction de l'information au moyen des exemples mentionnés en préambule du présent texte. Dans la première affaire, le client reprochait (à tort) à son avocat de ne pas lui avoir expliqué le mécanisme de la reprise de dette qui était un élément de la transaction conclue⁴⁰. Il soutenait que, s'il avait su que la reprise de dette supposait l'accord du créancier, il n'aurait pas conclu la transaction, l'aurait conclue à d'autres conditions ou aurait dénoncé celle-ci ultérieurement; un tel raisonnement se rapproche de l'invocation d'un vice du consentement permettant d'invalidier le contrat (art. 24 al. 1 ch. 4 et 31 CO). Le client demandait en réalité la réparation du dommage résultant de son erreur, mais sans avoir déclaré l'invalidation de la transaction (dont les conditions n'auraient probablement pas été réalisées)⁴¹. Dans ce cadre, il apparaît qu'une information correcte et complète est une condition préalable au consentement constitutif de tout contrat.

Nonobstant l'absence de contrat de gestion conclu entre, d'une part, un client carreur et son épouse, de l'autre la banque, le Tribunal fédéral⁴² a admis, mais à titre exceptionnel, qu'il incombait à la banque un devoir d'attirer l'attention de ses clients sur les risques liés à une concentration de leurs placements sur une seule et même action (*Vivendi Universal*), laquelle avait entraîné de très lourdes pertes. L'arrêt se concentre sur l'existence d'un devoir exceptionnel d'information à charge de la banque ainsi que sur la notion de dommage. On doit comprendre, mais l'arrêt ne le dit pas, que le client n'aurait pas effectué le placement litigieux s'il en avait connu les risques.

Une décision pénale⁴³ examine la question de savoir s'il faut retenir l'infraction de lésions corporelles par négligence (art. 125 CP) à l'encontre du responsable d'une société déployant une activité d'intermédiaire entre des organisations sportives et les clients potentiels. Ce responsable avait recommandé une société en vue d'une descente du Rhône en radeau alors que cette société ne possédait pas les autorisations obligatoires requises. S'ensuit un accident au cours duquel un enfant décède et un autre est blessé. Il est admis que ledit responsable avait violé l'obligation de fournir des renseignements exacts résultant de la règle non écrite selon laquelle « celui qui est interrogé sur des faits qu'il est bien placé pour connaître doit donner un renseignement exact, dès qu'il est reconnaissable pour lui que le renseignement a ou peut avoir pour celui qui le demande une signification grosse de conséquences »⁴⁴. La

⁴⁰ Cf. *supra*, n. 1.

⁴¹ Sur l'invalidation d'une transaction, voir ATF 130 III 49, SJ 2004 I 285, JdT 2005 I 517.

⁴² Cf. *supra*, n. 2; LOMBARDINI, p. 420 n. 18; THÉVENOZ, p. 26 s., 29, 43.

⁴³ Cf. *supra*, n. 3.

⁴⁴ ATF 129 IV 119, 122 c. 2.3. Sur cette règle non écrite admise depuis fort longtemps par la jurisprudence, cf. SCHÖNLE, Renseignements inexacts, p. 231.

cause est renvoyée à l'autorité cantonale sur la question de savoir si le fait que les guides recommandés ne disposaient pas des autorisations nécessaires avait influé sur la survenance de l'accident, autrement dit si une bonne information aurait changé le choix du mauvais organisateur de la descente en radeau.

L'administrateur unique d'une société de placement conclut, en tant qu'organe, un contrat d'investissement avec un client, alors que la société est déjà surendettée. Le Tribunal fédéral⁴⁵ nie l'existence d'un devoir d'information spontanée sur la capacité de paiement et la solvabilité de la société incombant à l'administrateur unique envers le client. En effet, en l'absence de tout contact personnel préalable au moment des pourparlers précontractuels, la simple signature d'un contrat par l'organe d'une société surendettée ne suffit pas à engager la responsabilité de cet organe pour le dommage subi par les créanciers⁴⁶. L'existence même d'un devoir d'information incombant à l'administrateur en faveur du futur client de la société, donc d'une quelconque responsabilité de l'administrateur, est niée dans le présent cas.

Suite à des douleurs au niveau des épaules et à une faiblesse de la jambe gauche, un patient est envoyé par son médecin habituel dans un hôpital cantonal. Il est soumis à différents examens révélant une hernie discale intradurale qui est excisée, ce qui a pour effet une paralysie complète des deux jambes. Le Tribunal fédéral⁴⁷ relève que le devoir du chirurgien d'informer le patient, découlant de l'exigence du consentement, trouve son fondement dans les droits de la personnalité et tend aussi bien à garantir la libre détermination du patient qu'à protéger son intégrité corporelle. 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. Le médecin doit mettre le patient en mesure de se déterminer à bon escient et, s'il s'agit d'une intervention particulièrement délicate quant à son exécution ou à ses conséquences, le patient a droit à une information claire et complète à ce sujet. L'opération présentait des risques importants de décès ou de paralysie et des chances relativement faibles d'amélioration. Il s'imposait dès lors de renseigner expressément le patient sur le pronostic très défavorable et de lui indiquer au moins des pourcentages approximatifs. Rejetant l'objection du consentement hypothétique, les juges retiennent que si le patient avait connu les faibles chances de succès de l'opération envisagée et le risque important d'une paraplégie, il aurait demandé que cette intervention

⁴⁵ Cf. *supra*, n. 4.

⁴⁶ TF, arrêt du 11 décembre 1998, SJ 1999 I 305, p. 308; commentaire de CHAPPUIS C., SJ 1999 I 309 s.

⁴⁷ Cf. *supra*, n. 5.

fût différée afin de pouvoir observer l'évolution de son état et de se renseigner sur d'autres méthodes de traitement⁴⁸. La responsabilité du canton est admise.

Seize ans plus tard, dans une autre affaire médicale, le Tribunal fédéral⁴⁹ se montre moins généreux à l'égard d'une patiente ayant subi une prothèse totale de la hanche droite, qui a conduit à une lésion du nerf crural (cuisse) droit. S'agissant d'un risque dont la probabilité était inférieure à 1%, les membres de la Société suisse d'orthopédie ont pour pratique de ne pas le signaler, mais de se contenter d'une information générale sur les risques de lésions nerveuses ou vasculaires. La preuve de cette information n'a pas été apportée par le chirurgien. Cependant, les juges retiennent que, si la patiente avait reçu une telle information générale usuelle, il était vraisemblable qu'elle n'aurait pas renoncé à l'opération. La responsabilité du chirurgien n'est donc pas admise.

Les deux dernières affaires⁵⁰ mettent l'accent sur la nécessité d'une information propre à conduire au consentement éclairé du patient. Dans les deux cas, cette information n'a pas été prouvée. La différence quant au résultat tient sans doute à l'intensité du risque d'une lésion consécutive à l'opération dont le patient n'a pas été informé. Important dans le premier cas, faible dans le second, ce risque peut faire échec à l'admission du consentement hypothétique du patient propre à « guérir » l'absence d'information suffisante.

Ces exemples permettront de montrer que, quel que soit le débiteur d'information recherché en responsabilité, il convient de procéder en quatre temps et de déterminer le fondement d'un éventuel devoir (loi, contrat, bonne foi, autres), le contenu de l'information due, les modalités de celle-ci (information individualisée ou standardisée), ainsi que les destinataires protégés.

II. Les conditions de la responsabilité

Une responsabilité fondée sur un défaut d'information suppose tout d'abord que le devoir et sa violation soient établis. Il appartient ensuite à la partie lésée de démontrer les conditions habituelles de la responsabilité, soit l'exis-

⁴⁸ ATF 117 Ib 197 c. 5b, JdT 1992 I 214.

⁴⁹ Cf. *supra*, n. 6.

⁵⁰ Les deux dernières affaires sont exposées avec davantage de détails, vu l'absence de contribution centrée sur la responsabilité médicale dans le présent ouvrage. L'on se réfèrera notamment, sur ce thème, à: GUILLOD Olivier, Responsabilité médicale : de la faute objectivée à l'absence de faute; MANAÏ Dominique, Les droits du patient face à la médecine contemporaine; LA MÊME, Le devoir d'information du médecin en procès, in SJ 2000 II 341 ss.

tence d'un dommage en lien de causalité naturelle et adéquate avec le défaut d'information, ainsi que la faute lorsqu'elle est requise, à moins qu'elle ne soit présumée. Le responsable recherché dispose de certaines objections typiques des situations de défaut d'information : le consentement hypothétique de la victime et l'absence de preuve de la causalité.

A. Défaut d'information

Après une question préalable, l'on s'interrogera sur la violation du devoir d'informer, puis sur les autres conditions de la responsabilité.

1. *Un simple prétexte ?*

A la lecture de la jurisprudence sur le défaut d'information dans le contexte d'un procès en responsabilité civile, l'on ne peut s'empêcher de ressentir un certain malaise. Le client (le patient) qui ne réussit pas à démontrer une violation par le cocontractant de ses obligations – l'opération chirurgicale était conforme aux règles de l'art, le placement financier correspondait aux attentes exprimées par le client⁵¹ – cherche malgré tout à reporter le dommage qu'il subit sur son cocontractant, parfois avec succès. Ainsi, O. GUILLOD⁵² soutient-il, pour le domaine médical, que le développement de la théorie du consentement permet aux juges d'indemniser l'aléa thérapeutique à la seule condition d'un manquement à l'obligation d'informer. Dans ce cadre, le devoir d'information a tout du prétexte. Même si en matière bancaire, la jurisprudence ne va pas aussi loin, et que l'étendue de l'information due dépend du contenu du contrat conclu avec la banque (simple achat et vente de titre, conseil en investissements ou mandat de gestion)⁵³, on peut se demander si l'information dont le défaut est reproché au partenaire était réellement voulue au moment de prendre une décision qui se révèle ensuite préjudiciable aux intérêts de la prétendue victime.

Cette question prend un relief particulier si l'on songe au coût que représente la prise de connaissance de l'information pour son destinataire. Celui-ci doit en effet prendre le temps (donc l'argent) nécessaire à comprendre l'information pour former une décision bien pesée sur la base de celle-ci : Quel

⁵¹ Par ex., ATF 133 III 97, SJ 2007 I 252, JdT 2008 I 84 (en matière bancaire) ; ATF 133 III 121 (en matière médicale).

⁵² GUILLOD, p. 162.

⁵³ THÉVENOZ, p. 41 ss ; LOMBARDINI Carlo, Responsabilité de la banque dans le domaine de la gestion de fortune : état de la jurisprudence et questions ouvertes. Voir, par ailleurs, la contribution de Suzan EMMENEGGER au présent ouvrage, IV.1.

est le risque de tel placement? Quels sont les risques que le client est prêt à prendre? Quelles sont les solutions alternatives, leurs avantages et inconvénients? Le client (patient) doit se déterminer sur toutes ces questions pour prendre sa décision. L'information en tant que telle n'apporte aucune réponse magique aux questions que se pose la future victime. Elle demande un traitement qui peut se révéler coûteux pour son destinataire. Lorsque celui-ci n'est pas prêt à entrer dans une telle démarche, il ne se laisse pas influencer par l'information donnée et peut-être, ne modifierait pas son comportement face à une information donnée de manière complète, un conseil précis, une mise en garde nette. Une réponse possible aux prétentions éventuellement déraisonnables de la victime et aux difficultés de preuve concernant l'information donnée consiste dans la démonstration, ouverte au responsable recherché, que, même si l'information avait été complète et correcte, le dommage se serait tout de même produit. Ce raisonnement est mené au titre du consentement hypothétique sur lequel nous reviendrons⁵⁴.

Lorsque le reproche adressé au responsable recherché ne relève pas du simple prétexte, l'on doit encore se demander si le droit à être informé est véritablement justiciable, tant il est vrai que la victime se rend généralement compte de la violation de son droit alors qu'elle a déjà pris des dispositions qui se révèlent désavantageuses pour elle. En matière médicale, la question a pu être douteuse, mais on admet aujourd'hui que le patient dispose d'un véritable droit à être informé sur le diagnostic, la thérapie, ainsi que sur les questions financières relatives à l'assurance⁵⁵. Il s'agit d'un droit autonome qui s'émancipe peu à peu de son fondement premier: la justification d'un acte médical portant atteinte à l'intégrité corporelle du patient et dont l'illicéité est levée à la condition d'un consentement libre et éclairé. En règle générale, il sera trop tard pour tenter de contraindre le débiteur de l'information à fournir celle-ci. La question se pose alors que les conséquences dommageables se sont déjà produites. Ne reste alors que la question de la réparation du dommage. Il ne s'ensuit cependant pas que le droit comme tel ne soit pas justiciable.

2. *La violation du devoir d'informer*

Etablir le contenu du devoir revient à déterminer quel est le comportement que le responsable recherché aurait concrètement dû adopter. Il s'agit ensuite de comparer le comportement effectivement adopté avec le devoir ainsi concrétisé: le responsable recherché s'est tu alors qu'il aurait dû spon-

⁵⁴ Voir *infra*, II.B.1.

⁵⁵ ATF 131 III 121 c. 4.1.2.

tanément renseigner le client, a informé celui-ci mais de manière inexacte ou incomplète, a donné un mauvais conseil ou n'a pas averti le client d'un risque⁵⁶.

Concrétisons la violation du devoir avec les exemples introductifs. Le chirurgien aurait dû informer le patient des risques importants et du pronostic défavorable de l'opération de la hernie ; le banquier aurait dû mettre les clients en garde contre la concentration excessive d'une seule action dans leur portefeuille. La fiduciaire suisse⁵⁷ qui accepte de recevoir une garantie à son nom, puis la transfère à son client, assume un devoir de rendre celui-ci attentif à d'éventuels risques spécifiques liés à l'investissement, même si le client n'a pas expressément demandé à être conseillé. Lorsqu'elle se tait et ne signale pas à celui-ci qu'en réalité elle ne connaît guère les partenaires de l'opération et qu'elle n'a pas vérifié la validité de la garantie, la société fiduciaire viole ses devoirs à l'égard du client.

Dans une affaire récente⁵⁸, une obligation de conseil et de mise en garde est admise nonobstant l'absence d'un mandat formel de conseil sur la base des contacts étroits et de durée établis entre les parties. La banque, qui avait incité le client à la prudence et l'avait rendu attentif aux risques du placement qu'il avait choisi dans le domaine des technologies de l'information, a respecté le devoir qui lui incombait⁵⁹. Il ne suffit bien entendu pas d'établir l'existence d'un devoir d'informer, encore faut-il que le responsable recherché ait violé ce devoir pour être tenu de réparer le dommage.

3. *Les autres conditions*

La responsabilité du donneur d'information est engagée aux conditions habituelles, en particulier celles du dommage et de la causalité à prouver par la partie demanderesse. Celle-ci aura la charge – qui pourra se révéler délicate – de prouver que son patrimoine est diminué suite à la violation du devoir d'information. Il faudra donc s'interroger sur le comportement qu'aurait adopté la partie lésée si elle avait été informée correctement : aurait-elle modifié les mesures prises, ce qui aurait eu des répercussions positives sur son patrimoine ? Dans cette hypothèse, le lien de causalité (naturelle et adéquate) se confond presque avec le dommage. En effet, il faudra établir la différence

⁵⁶ LOSER-KROGH, Vertrauenshaftung, N 680 ss.

⁵⁷ ATF 131 III 377, JdT 2005 I 612, SJ 2005 I 409.

⁵⁸ ATF 133 III 97, JdT 2008 I 84.

⁵⁹ Les pertes importantes subies par le client n'étaient donc pas dues aux recommandations de la banque dont la responsabilité n'était pas engagée.

entre le patrimoine actuel (affecté par le défaut d'information) et le patrimoine hypothétique dans l'éventualité où l'information aurait été correctement donnée. Le fil conducteur de ce raisonnement est de replacer la partie lésée dans la situation qui serait la sienne si l'information aurait été correctement donnée. La partie lésée devra rendre vraisemblable qu'elle aurait adopté un certain comportement qui aurait eu des répercussions patrimoniales positives. S'agissant d'une hypothèse portant sur un fait, une preuve stricte ne peut certainement pas être exigée. L'on se trouvera donc dans une situation d'état de nécessité en matière de preuve (*Beweisnot*), un cas dans lequel le juge se contente de la « vraisemblance prépondérante » et n'exige pas la preuve stricte de l'hypothèse avancée par la partie lésée⁶⁰.

La tâche est particulièrement délicate dans le domaine bancaire, où il s'agira de déterminer ce qui se serait passé si, au lieu de garder une concentration excessive d'actions *Vivendi Universal*⁶¹, le carreur avait diversifié son portefeuille et si, dûment averti du risque, il avait renoncé à l'investissement qu'il s'appropriait à faire. Quel investissement de remplacement aurait-il alors choisi? Quel en aurait été le rendement? A quel moment doit-on évaluer le rendement de l'investissement de substitution? La difficulté est tout aussi grande dans d'autres domaines. Ainsi, le client que l'avocat n'avait pas renseigné sur le mécanisme de la reprise de dette⁶², n'a-t-il pas réussi à convaincre les juges que sa situation patrimoniale aurait été meilleure sans la violation du devoir d'information.

Ces questions délicates ne se posent en principe pas en matière médicale. En effet, une fois la violation du devoir d'informer retenue, la jurisprudence admet que le médecin répond de toutes les conséquences négatives de son intervention, même menée de manière parfaitement conforme aux règles de l'art. Cela signifie-t-il vraiment que le chirurgien pourra être condamné à une indemnité destinée à compenser entièrement l'atteinte à l'avenir économique du boucher qui a perdu l'usage de ses deux jambes? L'arrêt⁶³, limité au principe de la responsabilité, ne le dit pas.

On le voit, la tâche de la partie lésée, même si elle parvient à établir la violation d'un devoir d'information à son égard, n'est pas des plus faciles.

⁶⁰ CHAPPUIS C., *Causes du dommage*. p. 299 s. et réf. cit.

⁶¹ Voir *supra*, n. 2.

⁶² Voir *supra*, n. 1.

⁶³ Arrêt mentionné *supra*, n. 5.

B. Objections possibles

Le parcours du combattant de la partie qui s'estime victime d'une violation de son droit à être informée ne prend pas fin lorsqu'elle a établi – *prima facie* – les conditions de la responsabilité. Deux obstacles potentiellement sérieux doivent encore être pris en considération.

1. *Le consentement hypothétique de la victime*

Si l'information a pour fonction de permettre la formation d'un consentement ou la prise d'une décision éclairés, l'objection qu'une information correcte n'aurait rien changé au comportement adopté par la victime paraît tentante. Le consentement dit « hypothétique » est considéré comme une sous-catégorie du « comportement de substitution licite »⁶⁴. C'est bien ainsi que le Tribunal fédéral l'entend dans un arrêt récent déjà mentionné⁶⁵. Alors qu'il ne retient pas que le chirurgien avait apporté une preuve suffisante du consentement de la patiente, le Tribunal fédéral corrige ce premier résultat en admettant le consentement hypothétique de celle-ci.

L'objection du consentement hypothétique est-elle transposable aux autres devoirs d'information ? La réponse me paraît devoir être positive. Se poser la question du consentement hypothétique de la victime conduit à s'interroger sur la séquence causale des événements à la suite d'un comportement conforme au devoir d'information. Autrement dit, le comportement de substitution licite pose la question du lien de causalité naturelle entre la violation d'un devoir et le dommage allégué, dont le Tribunal fédéral⁶⁶ lit le fondement général dans les art. 55 al. 1 et 56 al. 1 CO (« ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire »).

Il faut par conséquent se demander si le client, dûment averti des risques d'un placement, aurait réellement modifié son comportement. Lorsque l'objection est admise, cela signifie que le patrimoine hypothétique – l'hypothèse étant celle du respect du devoir – du client est inchangé, donc que son dommage n'est pas en lien de causalité naturelle avec la violation du devoir⁶⁷. Ainsi, lorsque le défaut d'information n'est qu'un prétexte invoqué par la partie lésée pour reporter son dommage sur un tiers, l'argument perd sa pertinence apparente.

⁶⁴ WERRO, Comportement de substitution licite, p. 68.

⁶⁵ ATF 133 III 121 c. 4.

⁶⁶ ATF 131 III 115 c. 3.1, JdT 2005 I 179.

⁶⁷ TF, arrêt 4A_38/2008 du 21 avril 2008.

En matière médicale, il incombe au médecin de prouver qu'il a donné une information adéquate et s'il n'y parvient pas, que le patient aurait de toute façon donné son consentement⁶⁸. Qu'en est-il dans les autres domaines?⁶⁹ Il appartient à la partie lésée de prouver que l'information n'a pas été donnée ou a été mal donnée, donc que le devoir d'information a été violé. Cela laisse au responsable recherché la charge de prouver le consentement hypothétique de la victime, sous réserve des règles particulières de répartition du fardeau de la preuve.

2. *Causalité incertaine et perte d'une chance*

La causalité entre l'absence d'information et le dommage n'est pas certaine, nous l'avons vu, ce qui empêche, dans un cas concret, d'en apporter la preuve stricte. La théorie de la perte d'une chance⁷⁰ pourrait remédier à cette difficulté de preuve. Selon cette théorie, l'incertitude quant à l'existence du nécessaire lien de causalité entre le fait générateur de responsabilité et le dommage ne doit pas conduire à admettre ou à refuser l'existence de la causalité, donc à réparer tout le dommage ou à refuser toute indemnité. Au lieu d'en rester au lien de causalité entre le fait générateur et le dommage final – qui est incertain – cette théorie prend en compte la chance perdue de réaliser un gain ou d'éviter un préjudice, qui est certaine. La valeur économique de la chance se mesure à la probabilité que le gain soit réalisé ou le préjudice évité. Le dommage réparable ne consiste ainsi pas dans le dommage final, mais dans une fraction de celui-ci, qui correspond au degré de probabilité avec lequel le responsable a causé le préjudice. En définitive, «cette méthode a pour conséquence de limiter la réparation à la seule partie du dommage qui correspond au degré de probabilité avec lequel le responsable a causé le préjudice»⁷¹, ainsi que le relève le Tribunal fédéral dans un arrêt récent sur la question en matière médicale. Après avoir sobrement constaté que les auteurs ayant examiné la question se montrent «plutôt favorables» à l'introduction

⁶⁸ ATF 133 III 121 c. 4.1.3.

⁶⁹ Sur cette question, voir les conclusions de Franz WERRO dans le présent ouvrage; DU MÊME AUTEUR, *Comportement de substitution licite*, p. 70 s.

⁷⁰ La théorie de la perte d'une chance a pris une place importante dans des discussions avec le public lors de la Journée 2006 de la responsabilité civile (Chappuis/Winiger, *Les causes du dommage*): voir les contributions de Thomas KADNER GRAZIANO (La «perte d'une chance» en droit privé européen: «tout ou rien» ou réparation partielle du dommage en cas de causalité incertaine, p. 217 ss), Laurent HIRSCH (Le procès manqué, p. 249 ss) et Alain HIRSCH (Perte de chance et causalité, p. 279 ss).

⁷¹ ATF 133 III 462, 469 c. 4.2.

de la perte d'une chance par la voie prétorienne⁷², les juges rejettent cependant la théorie de la perte d'une chance comme non conforme à la théorie de la différence⁷³.

Cette décision a fait couler beaucoup d'encre⁷⁴. Il paraît en tout cas clair que la doctrine était, de manière générale, bien plus favorable à la théorie de la perte d'une chance que ne l'indique l'arrêt. Par ailleurs, la conclusion de l'arrêt rendu dans le cadre d'un recours en matière de droit public et pour arbitraire ne me semble pas clore la discussion. Au vu d'autres entorses à la théorie de la différence qui aboutissent à élargir la définition classique du dommage⁷⁵, au vu également de l'affaiblissement des exigences en matière de preuve de la causalité dans certains cas⁷⁶, une décision cantonale fondée au contraire sur l'admission de la théorie de la perte d'une chance aurait eu de bonnes chances de réussir également le test de l'absence d'arbitraire⁷⁷. Quoi qu'il en soit, la perte d'une chance n'a pas dit son dernier mot qui pourrait bien venir en aide à la victime d'un défaut d'information.

III. Etre informé, un droit subjectif absolu ?

A. Proposition de réponse

Avant de s'attaquer à la question de savoir s'il faut reconnaître l'existence d'un droit subjectif absolu à être informé, un bref rappel de la notion de droit subjectif s'impose⁷⁸. Le droit subjectif (privé) est une prérogative découlant du

⁷² ATF 133 III 462, 470 c. 4.3; le nombre d'auteurs favorables à la théorie de la perte d'une chance inventorié par MÜLLER (en n. 13) est pourtant impressionnant.

⁷³ ATF 133 III 462, 470 c. 4.4.3: « [La] réception en droit suisse de la théorie de la perte d'une chance développée notamment par la jurisprudence française est, à tout le moins, problématique. En l'espèce, le Tribunal administratif ne saurait se voir reprocher d'avoir manifestement méconnu les notions juridiques de causalité et de dommage et, partant, d'avoir appliqué le droit cantonal de manière arbitraire ».

⁷⁴ Voir à cet égard, les nombreux commentaires répertoriés sur le site (payant) du Tribunal fédéral, et par MÜLLER, *passim*.

⁷⁵ Sur le préjudice dit normatif, en particulier en cas de préjudice ménager, voir WERRO, N 48, 63 s.; SCHWENZER, N 14.10, 18.21, 18.33. Voir, par ailleurs, l'ATF 132 III 359, JdT 2006 I 295 (naissance d'un enfant non désiré).

⁷⁶ ATF 133 III 81 c. 4.2.2.

⁷⁷ Dans ce sens, CHAPPUIS C., *Causes du dommage*, p. 300 s. Une décision ultérieure non publiée du Tribunal fédéral (arrêt 4A_227/2007 du 26 septembre 2007 consid. 3.5.3-3.5.4) parue in JdT 2007 I 540, se réfère à l'ATF 133 III 81 sans rien apporter de nouveau, car le raisonnement suivi par les juges cantonaux ne se fondait en réalité pas sur la théorie de la perte d'une chance.

⁷⁸ STEINAUER, N 4 ss; le même, RDS, p. 212; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, *Vorb. vor Art. 1, N 78s-84*. ATF 114 II 91 c. 4a.aa, JdT 1988 I 310 (droit absolu, droit relatif).

droit objectif et permettant à son titulaire d'imposer un comportement donné à un ou plusieurs tiers. Le droit objectif fonde un certain nombre de droits subjectifs privés qui sont classés en quatre types: les droits de maîtrise, les droits de créance, les droits corporatifs et les droits de compétence. Contrairement aux droits de créance qui sont de nature relative et ne peuvent être exercés qu'envers une ou plusieurs personnes déterminées, les droits de maîtrise sont dits absolus parce que le titulaire peut les faire valoir contre quiconque. Ce sont ces derniers qui nous intéressent ici. Ils comprennent les droits réels, les droits de la propriété immatérielle et les droits de la personnalité.

Sans vouloir trop approfondir, il faut rappeler les trois tendances relatives à la structure des droits de maîtrise⁷⁹. Selon la première tendance, ces droits accorderaient à leur titulaire un pouvoir direct opposable à quiconque (*erga omnes*). La seconde insiste sur le devoir d'abstention imposé en faveur d'une personne aux tiers; le droit de maîtrise du titulaire est alors conçu comme la résultante de la somme des devoirs d'abstention incombant aux tiers. La dernière tendance combine les deux précédentes et décompose les droits de maîtrise en un aspect positif (le pouvoir direct) et un aspect négatif (abstention de la part des tiers). Dans cette optique, le droit subjectif n'a de sens que dans la mesure où il met le titulaire en présence d'autres sujets de droit⁸⁰. *Robinson Crusoe*, sur son île, n'a que faire de droits subjectifs aussi longtemps que *Vendredi* ne l'a pas rejoint. En effet, tant que personne n'y porte atteinte, le droit est latent et son contenu reste général en ce qu'il interdit à tout un chacun de troubler la maîtrise conférée par le droit. Il s'ensuit qu'à «chaque atteinte effective, le droit s'actualise et se concrétise en une prétention de contenu déterminé dirigée contre une personne déterminée»⁸¹.

Un regard rapide sur les situations examinées dans le cadre du présent colloque ne révèle apparemment aucun concept homogène relatif au droit à l'information. La victime d'un dommage peut faire valoir contre quiconque son droit à l'intégrité corporelle (médecin, banquier, avocat, pharmacien), mais elle peut uniquement faire valoir son droit à des renseignements sur sa situation financière ou des investissements conseillés envers son banquier ou son gérant de fortune. De même, seul son chirurgien devra l'informer complètement des risques d'une prothèse totale de la hanche, mais non son banquier, ni son notaire. En outre, le contenu de l'information due change selon le domaine considéré et surtout, en fonction du besoin du destinataire. L'information est une notion à géométrie hautement variable qui ne semble

⁷⁹ STEINAUER, N 15; LE MÊME, RDS, p. 213 s.

⁸⁰ STEINAUER, RDS, p. 214.

⁸¹ STEINAUER, RDS, p. 214.

pas pouvoir être réduite à un droit subjectif absolu susceptible d'être exercé contre tout un chacun.

Pourtant, si l'on considère un droit subjectif absolu comme par exemple la propriété, aussi longtemps que personne n'y porte atteinte, le droit reste à l'état latent. Seule la partie qui porte atteinte au droit de propriété d'autrui pourra faire l'objet d'une prétention en dommages-intérêts⁸². Le droit ne se concrétise en une prétention dirigée contre une personne déterminée qu'une fois atteint. Il est évident que seul mon médecin pourra violer mon droit à recevoir les informations me permettant de donner mon consentement éclairé à l'opération envisagée, de même que seul mon banquier pourra violer son devoir de me mettre en garde contre la concentration excessive d'une certaine action dans mon portefeuille, tout comme seul celui qui se risque à porter atteinte à mon honneur actualisera mon droit de la personnalité par l'atteinte qu'il y porte. S'il est vrai que la protection de la sphère privée n'a de sens que lorsqu'elle s'oppose à un tiers (journaliste) qui s'apprête à la violer ou qui l'a déjà fait, ne peut-on affirmer, de manière comparable, que le droit à être informé ne se concrétise que dans une situation donnée qui met son titulaire aux prises avec le détenteur d'une information utile ?

Prenons pour exemple le droit subjectif absolu protégeant l'intégrité corporelle, qui bénéficie d'une apparente uniformité. L'intégrité corporelle est protégée contre quiconque. Il en va ainsi du droit à l'intégrité corporelle du patient contre le médecin, de celui de l'utilisateur d'une piste de ski tant contre l'entreprise de remontées mécaniques que contre tout usager de la piste de ski, de celui du piéton contre l'automobiliste, de celui de l'utilisatrice d'une chaise roulante empruntant une rampe d'accès à la Place des Nations contre l'entrepreneur des travaux⁸³, du travailleur contre le responsable du chantier, des enfants jouant près d'un étang rendu dangereux par le chantier voisin contre le directeur des travaux à l'origine du danger⁸⁴, des occupants d'un radeau chaviré contre la personne ayant conseillé un organisateur ne disposant pas des autorisations nécessaires⁸⁵. Alors même que ces divers devoirs concrets sont d'un contenu entièrement différent, ils ont en commun l'objet de la protection, soit l'intégrité corporelle.

Pour déterminer si un tel point commun existe en matière de droit à l'information, il convient de partir du « droit à être informé » d'une partie mise en mesure d'exercer un choix éclairé quel que soit le domaine considéré. La

⁸² Il faut réserver les actions en prévention ou en cessation du trouble, ainsi qu'en constatation.

⁸³ TF, arrêt 4C.186/2001 du 5 novembre 2001, commenté par CHAPPUIS C., Faute concomitante, 37 s. (et reproduit en p. 77 ss).

⁸⁴ ATF 93 II 89, JdT 1968 I 323, commenté par CHAPPUIS C., Faute concomitante, 47 s.

⁸⁵ *Supra*, n. 3.

jurisprudence en matière médicale rattache clairement l'exigence du consentement éclairé, dont l'information est le préalable, à la liberté personnelle et à l'intégrité corporelle⁸⁶. Si l'on fait abstraction de l'intégrité corporelle, qui n'est souvent pas en cause hors du domaine médical, le point commun aux devoirs d'information statués dans les différents domaines réside dans le rattachement à la liberté personnelle et à l'un de ses aspects importants, l'autonomie de la volonté. Le libre exercice de l'autonomie de la volonté face aux multiples choix qu'exerce un sujet de droit intervenant dans le commerce juridique justifie que le droit à être informé soit intégré aux droits de la personnalité⁸⁷. Ces droits sont qualifiés de droits subjectifs absolus dont la violation constitue un acte illicite selon la conception dominante⁸⁸. Le droit à l'information, conçu comme l'une des nombreuses facettes des droits de la personnalité, peut donc lui aussi être qualifié de droit subjectif absolu.

B. Implications possibles de la réponse proposée

La réponse proposée étant positive, il convient de s'interroger sur les conséquences de la qualification du droit à l'information comme un droit subjectif absolu. Ces conséquences sont diverses. En premier lieu, la violation d'un devoir d'informer est constitutive d'un acte illicite puisqu'un droit subjectif absolu est violé, ce qui correspond à la conception dominante de l'illicéité. La situation est ici comparable à celle du médecin qui intervient nécessairement sur l'intégrité corporelle du patient, indépendamment de l'existence d'un contrat. En second lieu, lorsque les parties sont effectivement liées par un contrat, la victime dispose de prétentions contractuelles et délictuelles entrant en concours alternatif⁸⁹. Souvent, la victime ne trouve pas un avantage particulier à ce concours tant il est vrai que la prescription et la charge de la preuve de la faute lui sont plus favorables dans le cadre d'une responsabilité contractuelle (prescription longue, présomption de faute) que dans celle d'une responsabilité délictuelle (prescription courte, faute à prouver).

Admettre une responsabilité délictuelle pour défaut d'information ouvre cependant le cercle des responsables potentiels que la victime peut rechercher. En effet, l'auteur de la violation illicite du devoir d'informer répond personnellement à côté de son employeur ou de la personne morale dont il

⁸⁶ ATF 133 III 121, 128 c. 4.1.1: «L'exigence d'un consentement éclairé se déduit directement du droit du patient à la liberté personnelle et à l'intégrité corporelle, qui est un bien protégé par un droit absolu».

⁸⁷ Voir la contribution de Franz WERRO dans le présent ouvrage, I.

⁸⁸ STEINAUER, p. 212 n. 2. Voir, WERRO, N 289 et n. 274; pour l'énumération des droits subjectifs absolus: SCHWENZER, N 50.05.

⁸⁹ Cf. CHAPPUIS C., RDS, p. 363 ss, et l'opinion divergente de WERRO F., RDS, p. 367 ss.

est un organe (art. 41 CO contre l'auteur de l'acte illicite; art. 55 et 101 CO contre l'employeur d'un auxiliaire; art. 41 ou 97 CO et 55 CC contre la personne morale pour l'acte de son organe). A noter qu'un lien de subordination est nécessaire pour rendre l'employeur responsable de l'acte illicite de son auxiliaire (art. 55 CO), alors qu'un tel lien n'est pas exigé au plan contractuel (art. 101 CO). Enfin, la qualification délictuelle du défaut d'information soulève de délicates questions de droit international privé. Faut-il recourir à un rattachement contractuel (art. 112 ss LDIP) ou à un rattachement délictuel (art. 129 ss LDIP)?

Les différences les plus significatives ont trait à la prescription et à l'adjonction d'un responsable supplémentaire par le biais de la qualification délictuelle. Au chapitre de la prescription, il est possible que la réforme lancée en janvier par le Conseil fédéral sur le rallongement des délais de prescription en matière de responsabilité civile⁹⁰ vienne à modifier l'appréciation de cette question. Une unification générale de délais de prescription avec une prolongation à trois ans est souhaitée⁹¹, qui, si elle est adoptée, supprimerait dans une large mesure l'utilité du concours entre responsabilité délictuelle et contractuelle.

Conclusion

L'ampleur du phénomène de l'information, droit pour les uns, devoir pour les autres, est significative. L'information est devenue un bien précieux. Rattachée aux droits de la personnalité par le principe de l'autonomie de la volonté, elle bénéficie, malgré son contenu à géométrie variable, de la haute protection d'un droit subjectif absolu. Il s'ensuit que la violation du devoir d'informer constitue un acte illicite entraînant la responsabilité de l'auteur.

Il ne faut cependant pas se cacher que la mise en œuvre de ce droit est délicate. L'existence et la violation du devoir, ainsi que la causalité et le dommage seront difficiles à établir. Par ailleurs, l'objection du consentement hypothétique de la victime non ou mal informée permet d'assurer que le devoir d'information dont la violation est invoquée ne se transforme pas en un simple prétexte à responsabilité. La jurisprudence montre, dans ce domaine comme dans bien d'autres, une retenue suffisante pour qu'aucune dérive à l'américaine ne soit à craindre.

⁹⁰ www.bj.admin.ch/bj/fr/home/dokumentation/medieninformatoren/2009/ref_2009-01-21.html.

⁹¹ LOSER-KROGH, RDS, p. 197 ss, 217 s.

Ouvrages cités

- CHAPPUIS Benoît / WERRO Franz, Le devoir d'information de l'article 11 LBVM et son rôle en droit civil à la lumière des Règles de conduite de l'ASB, in *AJP/PJA* 2005, p. 560 ss
- CHAPPUIS Christine, in Foëx/Pichonnaz, *Commentaire romand, Code civil I*, à paraître (cité: CR CC I-CHAPPUIS, CC 2)
- CHAPPUIS Christine, Les causes du dommage: entre incertitudes et évolution, in Chappuis/Winiger, *Les causes du dommage*, Genève, Zurich, Bâle 2007, p. 295 ss (cité: Causes du dommage)
- CHAPPUIS Christine, La faute concomitante de la victime, in Werro, *La fixation de l'indemnité*, Berne 2004, p. 29 ss (cité: Faute concomitante)
- CHAPPUIS Christine, Note sur l'obligation d'information à charge de l'organe d'une société surendettée, in *SJ* 1999 I 309 ss (cité: SJ 1999)
- CHAPPUIS Christine / WERRO Franz, La responsabilité civile à la croisée des chemins, in *RDS* 2003 II 237 ss
- CHAPPUIS Christine / WINIGER Bénédicte, *La responsabilité fondée sur la confiance, Vertrauenshaftung*, Zurich 2001
- CHAPPUIS Christine / WINIGER Bénédicte, *Les causes du dommage*, Genève, Zurich, Bâle 2007
- CHERPILLOD Ivan, Information et protection des intérêts personnels, in *RDS* 1999 II 87 ss
- DRUEY Jean Nicolas, *Information als Gegenstand des Rechts*, Zurich 1995
- DRUEY Jean Nicolas, Informationsrecht – ein weiteres akademisches Gärtlein?, in *Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht*, Zurich 2004, p. 61 ss (cité: Informationsrecht)
- GUILLOD Olivier, Responsabilité médicale: de la faute objectivée à l'absence de faute, in *Responsabilités objectives*, Genève, etc. 2003, p. 155 ss
- LOMBARDINI Carlo, Responsabilité de la banque dans le domaine de la gestion de fortune: état de la jurisprudence et questions ouvertes, in *SJ* 2008 II 415 ss
- LOSER-KROGH Peter, *Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht*, Berne 2006 (cité: Vertrauenshaftung)
- LOSER-KROGH Peter, Kritische Überlegungen zur Reform des privaten Haftpflichtrechts – Haftung aus Treu und Glauben, Verursachung und Verjährung, in *RDS* 2003 II 127 ss (cité: RDS)
- MAHON Pascal, L'information par les autorités, in *RDS* 1999 II 199 ss

- MANAI Dominique, Le devoir d'information du médecin en procès, in SJ 2000 II 341 ss (cité: SJ)
- MANAI Dominique, Les droits du patient face à la médecine contemporaine, Bâle, etc. 1999
- MÜLLER Christoph, La perte d'une chance n'a pas perdu sa chance en droit suisse: Commentaire de l'ATF 133 III 462, in HAVE/REAS, 2008 55 ss
- REY Heinz, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4^e éd., Zurich, Bâle, Genève 2008
- ROMY Isabelle / BLOCH Olivier, Les devoirs d'information du banquier à la lumière de la jurisprudence fédérale récente, in Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genève, Zurich, Bâle 2008, p. 647 ss
- SCHÖNENBERGER Wilhelm / JÄGGI Peter, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht (art. 1-17 CO), Zurich 1973
- SCHÖNLE Herbert, La responsabilité des banques pour renseignements inexacts (1977), in Droit des obligations et droit bancaire, Etudes, Bâle et F-s-l-M 1995, p. 219 ss (cité: Renseignements inexacts)
- SCHÖNLE Herbert, La bonne foi dans les relations entre particuliers (1994), in Droit des obligations et droit bancaire, Etudes, Bâle et F-s-l-M 1995, p. 29 ss (cité: Bonne foi)
- SCHWENZER Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4^e éd., Berne 2006
- STEINAUER Paul-Henri, La propriété privée aujourd'hui, in RDS 1981/122 II 119 ss (RDS)
- STEINAUER Paul-Henri, Les droits réels, Tome I, 4^e éd., Berne 2007
- THÉVENOZ Luc, Information, conseil, mise en garde: risques et responsabilités dans les opérations sur valeurs mobilières, in Journée 2007 de droit bancaire et financier, Genève 2008, p. 19 ss
- TSCHANNEN Pierre, Amtliche Warnungen und Empfehlungen, in RDS 1999 II 353 ss
- WEBER Rolf H., Information und Schutz Privater, in RDS 1999 II 1 ss
- WERRO Franz, La responsabilité civile, Berne 2005
- WERRO Franz, L'objection du comportement de substitution licite: de son utilité et de sa place, in Chappuis/Winiger, Les causes du dommage, Genève, Zurich, Bâle 2007, p. 53 ss (cité: Comportement de substitution licite)

Le devoir d'information de l'avocat

ALAIN B. LÉVY*

Table des matières

I.	Introduction	36
II.	Les fondements du devoir d'informer	37
	1. Le droit des obligations	37
	2. Les règles professionnelles	38
	3. Les normes déontologiques	40
	4. L'obligation d'informer des tiers	40
III.	Objet et contenu de l'information due	41
	1. Information et conseil	41
	2. Les principes directeurs	42
	a) L'intérêt du client	42
	b) L'utilité de l'information	42
	c) Le cadre contractuel du devoir	43
	d) Les compétences de l'avocat et du client	44
	e) La qualité des informations	44
	f) L'étendue temporelle du devoir	45
	g) Limitation conventionnelle du devoir	46
	3. Objets particuliers du devoir d'information	48
IV.	Devoir d'informer du client et information due aux tiers	49
	1. L'information due par le client	49
	2. L'information due aux tiers	51
V.	La responsabilité pour la violation du devoir d'information	53
	1. Responsabilités contractuelle et extracontractuelle, pénale et disciplinaire	53
	2. La responsabilité contractuelle	54
	a) Le régime de responsabilité	54
	b) Le défaut de diligence	55
	c) Les conséquences de la responsabilité	57
VI.	Conclusion	58

* Avocat au barreau de Genève, docteur en droit, professeur titulaire à la faculté des sciences économiques de l'Université de Fribourg, ancien Président de la Fédération Suisse des Avocats. L'auteur tient à adresser tous ses remerciements à son associé Jean-Pierre Augier pour sa précieuse collaboration dans l'élaboration de cette contribution.

I. Introduction

L'avocat exerce une profession libérale et offre à ses clients des services relevant principalement de deux types : le conseil juridique et la représentation en justice. Quel que soit le type de service, la relation contractuelle entre l'avocat et le client constitue un mandat. En conséquence, le droit des obligations détermine en premier lieu les devoirs de l'avocat mandataire envers son mandant, en particulier son devoir d'information.

Le client n'a pas seulement un droit de recevoir des informations de son avocat, mais il a lui-même aussi l'obligation de lui en fournir. L'inobservation de cette obligation pourra avoir pour conséquence de modifier ou de retreindre le devoir d'information de l'avocat et le cas échéant de limiter sa responsabilité.

La profession d'avocat, à l'instar de celle de médecin, de banquier ou encore d'assureur, occupe dans la société une position particulière pour deux raisons. D'une part, la défense des droits d'un justiciable est une composante essentielle de l'Etat de droit. D'autre part, comme auxiliaire de la justice, l'avocat est en relation avec des tiers dont les intérêts sont protégés, notamment les parties adverses, les confrères, les magistrats et l'Etat lui-même. Il est donc justifié que l'exercice de la profession soit soumis à une autorisation et à un contrôle étatique, notamment au moyen de règles professionnelles contenues dans la Loi sur la libre circulation des avocats¹ (LLCA) et par des règles déontologiques émanant de la profession. Ces cautions ont pour corollaire le monopole de la représentation en justice. Les normes professionnelles et déontologiques constituent la seconde source principale du devoir d'information de l'avocat aux côtés d'autres sources légales ou principes généraux du droit, particulièrement envers des tiers.

En qualité de confident nécessaire, l'avocat est lié à son client par le secret professionnel protégé par le code pénal et la LCCA, pour la plus large part de ses activités, particulièrement celles qui relèvent spécifiquement du barreau. Cette obligation de secret, parallèlement au devoir de discrétion découlant du mandat, concerne la question de l'information dans la mesure où elle limite, voire exclut le devoir d'information que l'avocat peut avoir à l'égard de tiers.

La présente contribution examinera les fondements du devoir d'informer (II), l'objet et le contenu de l'information due (III), puis l'information due par le client et aux tiers (IV) et enfin la responsabilité pour la violation du devoir d'information (V).

¹ Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA) du 23 juin 2000, RS 936.61.

II. Les fondements du devoir d'informer

1. Le droit des obligations

Les relations entre l'avocat et son client sont indiscutablement régies par le droit du mandat lorsqu'elles ont pour objet une activité relevant de la profession d'avocat, qu'il s'agisse d'une activité protégée ou non par le monopole, ou d'une activité typique ou non de la profession.

La principale disposition légale relative aux obligations du mandataire, l'article 398 al. 2 CO, se borne à prescrire lapidairement la bonne et fidèle exécution du mandat, ce que l'on traduit ordinairement par l'obligation de diligence et l'obligation de fidélité. En matière d'information, l'article 400 al. 1 CO dispose que le mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion à la demande du mandant, ce qui est toutefois très loin de couvrir tous les aspects du devoir d'information, de l'avocat en particulier².

On peut débattre des questions de savoir si les obligations d'information et de conseil du mandataire découlent du devoir de diligence ou de celui de fidélité, ou encore si le devoir de fidélité s'impose à tous les mandataires ou seulement à ceux qui ont qualité d'intermédiaire ou de fiduciaire³.

Peu importe ici car, tel étant le cas de l'avocat, le devoir de fidélité s'impose à lui en toute hypothèse. A cet égard, il faut relever que ce devoir découle du statut de l'avocat, non de la nature du service qui lui est demandé⁴.

Dans le quasi silence de la loi, c'est donc à la jurisprudence civile ainsi qu'à la doctrine qu'il incombe de définir et cerner le devoir contractuel d'information, sa portée générale et ses contenus particuliers. On examinera donc plus loin quelles sont les normes de comportement que le mandat impose en la matière à l'avocat, notamment à la lumière des règles professionnelles et déontologiques.

² FELLMANN W., Berner Kommentar, Obligationenrecht, Bd VI.2.4, OR 394-406, Der einfache Auftrag, Bern 1992 (cité ci-après FELLMANN BK), art. 398 N° 146 et art. 400 N°s 53-54; WEBER R.H., Basler Kommentar, Obligationenrecht I, art. 1-529 OR, 4^e éd., Bâle 2007, (cité ci-après WEBER BaK), art. 400 N° 1; WERRO F., Commentaire romand, Code des obligations I, CO art. 1-529 (cité ci-après WERRO CR), art. 400 N°s 4-5. Cf. également TERCIER P., Les contrats spéciaux, 3^e éd., Zurich 2003 (cité ci-après TERCIER), N°s 4690 et 4699.

³ BRETTON-CHEVALIER C., Les rétrocessions perçues par l'avocat, in *Défis de l'avocat au XXI^{ème} siècle*, Genève 2008, p. 207 ss, p. 211; WERRO CR, art. 398 N°s 13, 16 et 27; cf. également FELLMANN BK, art. 398 N° 409; TERCIER N° 4689; WEBER BaK art. 398 N° 9.

⁴ BRETTON-CHEVALIER, op. cit. p. 213; cf. également LOMBARDINI C., La responsabilité civile de l'avocat vis-à-vis des clients, in *Défis de l'avocat au XXI^{ème} siècle*, Mélanges en l'honneur de Madame le Bâtonnier Dominique Burger, Genève 2008, p. 517 ss, p. 528.

Les règles professionnelles et déontologiques auxquelles l'avocat est par ailleurs tenu, à l'instar de règles de l'art, sont en effet propres à servir de critères pour déterminer l'étendue de certaines des obligations contractuelles envers le client ainsi que le niveau de la diligence requise⁵. En outre, il faut admettre que le mandat conclu entre le client et son avocat comprend a priori l'engagement de ce dernier de respecter les règles professionnelles, en tout cas dans la mesure où celles-ci ont une portée bénéficiant au client.

On peut en déduire que la violation d'une telle règle professionnelle présume la violation d'un devoir contractuel, avec pour conséquence que l'avocat aurait alors pour se libérer à prouver que la règle dépasse les exigences générales ou concrètes du mandat. A l'inverse, le respect de la norme professionnelle devrait présumer l'absence de violation, de sorte que ce serait alors au client de prouver que la règle est insuffisante au regard du droit du mandat ou du cas particulier⁶.

2. Les règles professionnelles

Depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} juin 2002 de la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats, dont le but n'est pas seulement de garantir cette libre circulation mais également d'unifier et de fixer les principes applicables à la profession d'avocat en Suisse, le droit fédéral régit de manière exclusive les règles professionnelles auxquelles est soumis l'exercice de la profession⁷.

Il n'y a donc en la matière plus place pour le droit cantonal, ce dernier, comme par exemple la loi genevoise sur la profession d'avocat, n'ayant dès lors plus d'autre vocation que celle de législation d'application de la loi fédérale. Il n'est pas question non plus d'une application directe des règles déontologiques, auxquelles renvoyaient expressément certaines lois cantonales. La LLCA conduit ainsi à opérer une distinction claire entre règles professionnelles, édictées par l'Etat, aujourd'hui la Confédération, et les règles déontologiques émises par les organisations professionnelles, ordres d'avocats ou barreaux⁸.

⁵ FELLMANN BK, art. 398 N° 178; TERCIER N° 4670; WERRO CR, art. 398 N° 14; cf. également CHAPPUIS B., Signification et fonction des règles déontologiques, in *Droit suisse des avocats*, Berne 1998, p. 127 ss, p. 129.

⁶ TERCIER N° 4671.

⁷ Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 28 avril 1999, FF 1999 (cité ci-après Message), p. 5335 et 5355; LÉVY A. B., Le Code Suisse de Déontologie, in *Défis de l'avocat au XXI^{ème} siècle*, Genève 2008, p. 147 ss, p. 150-151; REISER C., La Commission du Barreau et la surveillance des avocats sous l'angle de la LLCA et de la LPAV/Ge, in *SJ 2007 II 237*, p. 239-242.

⁸ Message p. 5367; ATF 130 II 270, cons. 3.1.2 p. 275.

Les règles professionnelles régissent l'activité d'avocat dans un but d'intérêt public, afin de protéger à la fois la confiance que le public doit pouvoir faire à la profession, les intérêts des particuliers qui ont recours aux services de l'avocat, ainsi que le fonctionnement de la justice dont les avocats sont les auxiliaires. Elles sont notamment le corollaire du monopole que l'Etat concède à l'avocat⁹. Tous les avocats y sont soumis quel que soit le canton au registre des avocats duquel ils sont inscrits, et qu'ils appartiennent ou non à un ordre d'avocats¹⁰.

La transgression des règles professionnelles est sanctionnée par une responsabilité disciplinaire instituée par la loi. Elle l'est indirectement seulement par la responsabilité à l'égard du client, dans la mesure où, comme on l'a indiqué ci-dessus, les règles en cause se trouvent comprises dans le droit du mandat, soit qu'elles permettent de préciser l'étendue des obligations découlant de la loi, soit qu'on les considère comme incluses dans les conditions du contrat conclu avec l'avocat.

La LLCA régit certes de manière exclusive la profession d'avocat en Suisse, mais on ne saurait dire, s'agissant des règles professionnelles, qu'elle le fasse de façon exhaustive¹¹. En effet, si plusieurs des règles posées à l'article 12 de cette loi sont assez précises, il en est d'autres de portée beaucoup plus générale, en particulier celle (lit. a) selon laquelle l'avocat exerce sa profession avec soin et diligence.

Le devoir d'information par exemple ne fait l'objet d'une disposition que sur un de ses aspects ponctuels, celui des honoraires (lit. i), les autres obligations en matière d'information devant être déduites de la notion générale de soin et diligence, notion dont il appartient le cas échéant à la jurisprudence disciplinaire de détailler la portée.

Les normes déontologiques gardent par conséquent une certaine portée juridique dans la mesure où elles peuvent aider à interpréter et préciser les règles professionnelles¹². Cependant, les dispositions de la LLCA doivent d'abord chercher à s'appliquer de manière autonome¹³. En outre, la référence à des règles déontologiques suppose qu'il s'agisse de normes reflétant une opinion largement répandue au niveau national¹⁴.

⁹ Message p. 5339.

¹⁰ Message p. 5367.

¹¹ Cf. Message, p. 5355 et 5368 où le terme d'exclusif serait préférable à celui d'exhaustif.

¹² Message p. 5368 et 5355; REISER, op. cit. p. 242.

¹³ ATF 130 II 270, cons. 3.1.3 p. 276; ATA/Ge 500/2006 du 19.09.06 in VALTICOS M. et JACQUEMOUD-ROSSARI L., La jurisprudence de la Commission du barreau 2002-2006 in SJ 2007 II 255, p. 260; LÉVY, op. cit. p. 151.

¹⁴ ATF 130 II 270, cons. 3.1.1 p. 275; ATA/Ge, ci-dessus note 12, ibidem.

3. Les normes déontologiques

L'unification des règles professionnelles au niveau suisse a en particulier pour but d'assurer la libre circulation des avocats en soumettant ceux-ci à des normes uniformes de comportement, quel que soit le canton où ils déploient leur activité. Il en découle que l'ordre juridique ne saurait se satisfaire de règles déontologiques matériellement différentes d'un canton à l'autre¹⁵.

C'est donc afin d'unifier les règles déontologiques sur tout le territoire de la Confédération que la Fédération suisse des avocats (FSA) a adopté le 10 juin 2005 un Code suisse de déontologie (CSD)¹⁶. Les règles de celui-ci s'imposent à tous les membres de la FSA, soit aux avocats eux-mêmes qui appartiennent aux différents ordres cantonaux d'avocats.

Les règles déontologiques, contrairement aux règles professionnelles qui s'imposent à l'ensemble des avocats, ne s'appliquent directement qu'aux membres de l'organisation professionnelle qui les émet. Elles possèdent néanmoins une certaine portée normative à l'égard de tous puisqu'elles peuvent servir à interpréter ou préciser le contenu des règles professionnelles.

A l'instar de la LLCA, le Code suisse de déontologie contient une norme générale (art. 1) selon laquelle l'avocat exerce sa profession avec soin et diligence et dans le respect de l'ordre juridique. En matière d'information, il est un peu plus précis que la loi puisque, en plus de la question des honoraires (art. 18), il fait obligation à l'avocat d'établir avec son client des relations clairement définies (art. 2 al.1) et d'informer son client de l'évolution du mandat (art. 2 al. 2).

Il faut en outre relever que le Code de déontologie des avocats européens, édicté par le Conseil des Barreaux de la Communauté Européenne (CCBE) et auquel la FSA a adhéré, s'applique aux avocats suisses membres de celle-ci dans leurs rapports professionnels avec des avocats de l'Union Européenne ou lorsqu'ils y déploient une activité¹⁷. Le contenu de ce code, quoique plus détaillé, est comparable au Code suisse de déontologie, notamment en matière d'information.

4. L'obligation d'informer des tiers

Si l'avocat a un devoir d'information principalement à l'égard de son client, il n'en est pas moins tenu dans l'exercice de sa profession à certaines obligations

¹⁵ Cf. notamment note 6 ci-dessus.

¹⁶ Sur la genèse du CSD, LÉVY, op. cit. p. 152-153.

¹⁷ Art. 14 et 15; cf. Message p. 5368.

d'information à l'égard de tiers, nonobstant la protection du secret professionnel dont bénéficie le client. Ces obligations, sur quelques unes desquelles on reviendra ci-dessous, ont des fondements très divers qui vont des principes généraux du droit, en particulier les règles de la bonne foi et le respect de l'ordre juridique, aux prescriptions ou règles jurisprudentielles plus précises, sur le blanchiment d'argent ou l'obligation de témoigner par exemple, en passant par des règles professionnelles ou déontologiques imposant des devoirs envers le juge ou les confrères.

III. Objet et contenu de l'information due

1. Information et conseil

On distingue généralement, parmi les devoirs découlant de la diligence ou de la fidélité, celui d'information ou de renseignement d'une part et celui de conseil et de mise en garde d'autre part, devoirs considérés comme des obligations accessoires, mais non moins importantes¹⁸. En substance, la différence entre l'information et le conseil réside en ce que la première consiste à fournir des données, des renseignements de fait, alors que le second consiste à donner des avis et des conseils. S'agissant de la profession d'avocat, ces distinctions sont toutefois relatives¹⁹.

En effet, le conseil, à côté de la représentation en justice, est le service typique de l'avocat, de sorte qu'il constitue le plus souvent l'objet même du mandat, donc une obligation principale²⁰. Cela est également valable pour l'information dans la mesure où l'avocat est amené, dans le cadre du conseil, à fournir des données au client, ne serait-ce déjà que sur l'état de la législation ou de la jurisprudence. Par conséquent, information et conseil sont étroitement liés et il est souvent difficile de déterminer si une obligation particulière incombant à l'avocat relève de l'une ou l'autre.

Il convient donc d'adopter ici une conception large du devoir d'information, celle-ci incluant en particulier le devoir de mise en garde ou de donner certains conseils essentiels indépendamment de l'objet du mandat. Ce devoir d'information au sens large sera examiné d'abord quant aux principes directeurs, ensuite quant à quelques aspects ponctuels de l'activité d'avocat.

¹⁸ Cf. notamment TERCIER N^{os} 4690-4691; WEBER BaK art. 398 N^o 26; WERRO CR, art. 398 N^{os} 13 et 16-18.

¹⁹ SOLDATI F., Il dovere di informazione dell'avvocato nei confronti del cliente, in *Droit suisse des avocats*, Berne 1998, p. 219 ss, p. 221.

²⁰ WERRO CR, art. 398 N^o 16.

2. Les principes directeurs

a) *L'intérêt du client*

Le principe cardinal régissant l'activité de l'avocat, notamment son devoir d'information, est celui de l'intérêt du client. Le premier devoir de tout mandataire est en effet de veiller diligemment et fidèlement aux intérêts du mandant²¹. Le Code de déontologie des avocats européens exprime le principe en ces termes : « *Sous réserve du strict respect des règles légales et déontologiques, l'avocat a l'obligation de toujours défendre au mieux les intérêts de son client* ». Il doit ainsi entreprendre tout ce qui peut être utile à son mandant et naturellement s'abstenir de tout acte qui pourrait être préjudiciable à ce dernier²².

La défense des intérêts du client connaît donc une limite générale, celle du respect de l'Etat de droit. Le Code suisse de déontologie (art. 1) stipule ainsi que l'avocat exerce sa profession « *dans le respect de l'ordre juridique* ». Il en découle que l'avocat ne doit pas inciter ou aider son client à violer la loi, question qui concerne cependant plus le conseil que l'information. Dans ce second domaine, le respect de l'ordre juridique se traduit par certaines obligations à l'égard de tiers, comme on le verra ci-dessous.

b) *L'utilité de l'information*

L'utilité de l'information est le critère essentiel qui en détermine l'objet et l'obligation de fournir des renseignements. L'avocat doit ainsi informer son mandant « *de tout ce qui est important pour lui* » (et ce « *en relation avec le mandat* », ce qu'on verra plus loin)²³. On pourrait parler ici d'information pertinente et nécessaire. Doit en particulier être considérée comme telle celle dont le client a besoin pour prendre les décisions qui lui reviennent, notamment les options stratégiques, et pour donner des instructions adéquates²⁴.

Comme pour la mesure de la diligence en général, savoir ce qui dans un cas concret constitue une information importante ou nécessaire doit être déterminé selon des critères objectifs et en fonction des circonstances particulières à l'espèce²⁵. Pour déterminer des critères objectifs, les règles profes-

²¹ Art. 398 al. 2 CO.

²² FELLMANN BK, art. 398 N^{os} 23-24; TERCIER N^o 4687; WEBER BaK art. 398 N^o 8.

²³ ATF 4C.398/2006 du 13.02.07, cons. 3.

²⁴ FELLMANN BK, art. 398 notamment N^{os} 160, 168 et 171; TERCIER N^o 4690; WERRO BaK, art. 398 N^o 17.

²⁵ ATF 134 III 534, cons. 3.2.2 p. 538; ATF 127 III 357 = JT 2002 I 192, cons. 1b p. 195; cf. également LOMBARDINI, op. cit. p. 525.

sionnelles, les normes déontologiques et les usages de la profession joueront un rôle important.

c) *Le cadre contractuel du devoir*

Les critères d'intérêt et d'utilité conduisent à un second principe relatif à l'objet de l'information due, celui de son cadre contractuel. Selon la jurisprudence et la doctrine, l'avocat doit informer son mandant de ce qui est important pour lui « *en relation avec le contrat* »²⁶. La question délicate est de déterminer jusqu'où va la notion de relation avec le mandat. Il est évident que l'avocat doit faire part à son client de toutes les informations utiles qui concernent précisément l'affaire qui lui est confiée.

Mais on peut se demander si le devoir d'information s'étend plus largement, au-delà de l'affaire confiée, à tous renseignements en possession de l'avocat et qui devraient lui apparaître utiles, eu égard aux intérêts de son client en général. Il en résulterait que l'avocat, du seul fait d'être consulté, serait tenu de veiller dans leur ensemble aux intérêts de son mandant. Une telle extension du devoir d'information irait trop loin car elle ferait de l'avocat le tuteur de son client²⁷ et ne serait guère compatible avec le droit du mandat.

Le mandataire est bien responsable de la bonne et fidèle exécution du mandat (art. 399 al. 2 CO), soit de l'affaire dont il est chargé ou des services promis (art. 394 al. 1). La question ne concerne donc pas l'étendue du devoir d'information, mais l'étendue du mandat, laquelle est déterminée par la convention des parties ou par la nature de l'affaire (art. 396 al. 1)²⁸. Dans la majorité des cas, le mandat de l'avocat ne fait pas l'objet d'un accord spécifique, de sorte que ce sera la nature de l'affaire, soit à nouveau les circonstances concrètes, qui détermineront l'étendue du devoir d'information²⁹.

Cependant, la notion de relation avec l'affaire confiée est sujette à interprétation et peut soulever des problèmes délicats³⁰. Par exemple, l'avocat chargé de rédiger un contrat et de conseiller sur le contenu de celui-ci doit-il s'enquérir et informer son client des conséquences fiscales de l'opération ? Doit-il de même rechercher des informations et renseigner son client sur la valeur de l'objet du contrat ou la solvabilité du cocontractant ? A défaut de vouloir ou pouvoir examiner lui-même de telles questions, l'avocat sera bien

²⁶ ATF 4C.398/2006 du 23.02.07, cons. 3 ; FELLMANN BK, art. 398 N° 168 ; WERRO CR, art. 398 N° 17.

²⁷ Cf. ATF 4C.336/2001 du 22.01.02, cons. 3b.

²⁸ FELLMANN BK, art. 398 N° 145 ; TERCIER N° 4633 ; WEBER BaK, art. 398 N° 9.

²⁹ FELLMANN BK, art. 398 N° 168, 171 et 173.

³⁰ FELLMANN BK, art. 398 N° 413.

inspiré, au regard de son devoir de conseil et de mise en garde, d'attirer l'attention du client et de l'inviter au besoin à consulter un fiscaliste ou à rechercher lui-même des renseignements³¹.

Il convient par ailleurs de réserver les cas extrêmes où l'avocat, totalement en-dehors du cadre de son mandat ou simplement et à l'occasion de celui-ci, aurait connaissance de faits concernant son client et à propos desquels l'omission d'information et de mise en garde serait génératrice de responsabilité extra-contractuelle. La question revient à examiner toute la problématique de l'illicéité objective voire de la responsabilité fondée sur la confiance.

d) Les compétences de l'avocat et du client

En qualité de mandataire professionnel spécialisé, de surcroît au bénéfice d'un monopole, jouissant d'une autorité accrue en vertu de ses connaissances et de sa position, l'avocat est soumis à un devoir d'information particulier à l'égard de son client³². Il en découle notamment que le principe selon lequel la diligence requise dépend des compétences du mandataire connues du mandant³³ n'a qu'une portée très limitée. Le mandataire doit en effet posséder les compétences qu'on est en droit d'exiger de toute personne diligente, de sorte que l'avocat ne doit pas accepter un mandat qu'il n'est pas en mesure d'assumer correctement³⁴. Le devoir d'information de l'avocat est susceptible de varier en fonction des qualités du client, en ce sens qu'elle doit être adaptée à l'expérience, aux connaissances et à la compréhension de celui-ci, en particulier dans la perspective des décisions et des instructions qui lui appartiennent³⁵. Le devoir d'information ne se concrétisera pas de la même manière si son destinataire est le service juridique d'une grande entreprise ou un profane sans aucune expérience des affaires.

e) La qualité des informations

L'information due, selon les critères d'utilité et d'importance ou de nécessité précédemment évoqués, est généralement décrite comme devant être com-

³¹ ATF 4C.42/2006 du 28.06.06, cons. 2.2.

³² Cf. notamment ATF 117 II 563 = SJ 1992.300 cons. 2a p. 303.

³³ ATF 134 III 534, cons. 3.2.2, p. 538; ATF 127 III 357 = JT 2002 I 192, cons. 1c p. 195.

³⁴ ATF 4C.80/2005 du 11.08.05, cons. 2.2.1; FELLMANN BK, art. 398 N^{os} 408-411; LOMBARDINI, op. cit. p. 524.

³⁵ FELLMANN W., Die Haftung des Anwaltes, in Droit suisse des avocats, Berne 1998, p. 185 ss (cité ci-après FELLMANN Haftung), p. 200 s.; SOLDATI, op. cit. p. 224.

plète, exacte et dispensée à temps³⁶. Il faut ajouter qu'elle doit être spontanée³⁷. Les renseignements doivent être complets dans la mesure du nécessaire, ne pas être tronqués ou comporter de lacunes. Leur exactitude s'entend avant tout de leur véracité. Leur fourniture à temps implique souvent qu'elle le soit régulièrement.

L'information doit être donnée par l'avocat de manière spontanée et pas seulement à la requête du client. C'est là que le devoir d'informer se distingue et va au-delà de l'obligation de fournir les renseignements nécessaires à rendre compte de la gestion selon l'article 400 al. 1 CO. Naturellement, la faute de l'avocat qui non seulement n'informe pas son client spontanément, mais de surcroît ne donne pas suite à sa demande, sera d'autant plus lourde.

Comme indiqué ci-dessus, l'information porte sur des faits alors que le conseil implique un avis, les deux étant étroitement imbriqués dans les services de l'avocat. L'exigence d'une information complète et exacte ne peut donc s'appliquer par analogie au conseil que dans une mesure limitée. D'une part, seules les données factuelles et les bases juridiques du conseil sont soumises à cette exigence. D'autre part, l'avocat ne sera tenu pour responsable d'un conseil erroné que dans la mesure où celui-ci était déraisonnable, en particulier parce qu'il procède d'une appréciation manifestement fautive des faits, d'une interprétation insoutenable de la loi ou d'une méconnaissance de la jurisprudence et de la doctrine³⁸.

Le risque inhérent à l'activité d'avocat, dont il faut tenir compte du point de vue de sa responsabilité³⁹ à côté de circonstances particulières telles que la complexité et la difficulté de l'affaire traitée, devrait cependant être susceptible d'atténuer aussi dans une certaine mesure la rigueur de l'exigence d'une information complète et exacte. Là encore tout dépendra de l'appréciation du cas d'espèce.

f) L'étendue temporelle du devoir

Le devoir d'information s'étend naturellement à toute la durée de l'exécution du mandat. Il existe cependant dès avant la conclusion du contrat et peut

³⁶ ATF 4C.398/2006 du 13.02.07, cons. 3; WERRO, art. 398 N° 17.

³⁷ ATF 115 II 62 = JT 1989 I 539, cons. 3a et 3d, p. 542 et 544; SOLDATI, op. cit. p. 223; WEBER BaK, art. 400 N° 2; WERRO CR, art. 400 N° 4.

³⁸ ATF 4C.336/2001 du 22.01.02, cons. 3b; ATF 127 III 357 = JT 2002 I 192, cons. 3d, p. 197; LOMBARDINI, op. cit. p. 527; sur la connaissance de la jurisprudence et de la doctrine, cf. ATF 134 III 534, cons. 3.2.3.3, p. 539.

³⁹ ATF 134 III 534, cons. 3.2.2 p. 537-538; ATF 127 III 357 = JT 2002 I 192, cons. 1b p. 194; ATF 117 II 563 = SJ 1992.300, cons. 2a p. 303.

perdurer après la fin de celui-ci. Au stade de la formation du contrat, lors des premiers contacts avec le client qui envisage de lui confier un mandat, l'avocat doit déjà lui fournir certains renseignements, notamment en ce qui concerne ses honoraires et la « faisabilité » a priori du mandat. Le défaut d'information à ce stade est donc susceptible de fonder une responsabilité pour culpa in contrahendo⁴⁰.

Même après la fin du mandat, la reddition de comptes, le règlement des honoraires et la clôture du dossier, on peut admettre que l'avocat assume encore un devoir résiduel d'information⁴¹, s'il parvient à sa connaissance des faits importants pour le client et en relation directe avec le mandat qui lui avait été confié. La durée d'un tel devoir résiduel devrait cependant rester limitée.

g) Limitation conventionnelle du devoir

En vertu de la liberté contractuelle et vu le caractère essentiellement dispositif du droit du mandat, les parties peuvent aménager leurs relations et obligations respectives, notamment dans une convention écrite, selon un contrat standard ou par référence à des conditions générales. Si cette pratique est courante dans plusieurs domaines, chez les banquiers ou architectes par exemple, tel n'est traditionnellement pas le cas dans la profession d'avocat. On constate toutefois depuis quelques années, sous l'influence de l'internationalisation de la profession, que certains grands cabinets font signer à leurs clients des conventions sous forme de lettre précisant notamment l'objet du mandat, la rémunération et le for en cas de litige. Sans tomber dans l'excès d'une convention fleuve, une telle pratique, ou simplement une lettre confirmant en particulier au client l'objet du mandat, peut apparaître opportune dans la perspective de circonscrire le devoir d'information.

Il serait théoriquement possible qu'un tel contrat de mandat comporte, dans les limites de l'article 100 CO, des clauses exonérant l'avocat de sa responsabilité, en général ou sur certains points particuliers, à raison de la négligence légère. Juridiquement, de telles clauses poseraient plusieurs questions non clairement résolues⁴²: premièrement, la profession d'avocat est-elle une industrie concédée par l'autorité au sens de l'article 100 al. 2 CO? Deuxièmement, une telle exclusion est-elle compatible avec la nature du contrat de mandat, l'obligation essentielle du mandataire étant la diligence? Troisième-

⁴⁰ FELLMANN BK, art. 398 N° 150.

⁴¹ Cf. SOLDATI, op. cit. p. 222.

⁴² FELLMANN Haftung, p. 211; LOMBARDINI, op. cit. p. 538.

ment, une telle exclusion est-elle admissible au regard des règles professionnelles auxquelles est soumis l'avocat ?

L'assimilation des professions réglementées, comme celle d'avocat, à une industrie concédée par l'autorité est discutable. Contrairement au cas des banques assimilées à une telle industrie⁴³, le Tribunal fédéral ne s'est pas penché sur la question et la doctrine reste partagée⁴⁴. Toutefois, vu en particulier les arguments relatifs à la concurrence et aux situations de monopole qui justifient les restrictions des articles 100 al. 2 et 101 al. 3 CO⁴⁵, la profession d'avocat, même dans la mesure où elle comprend la représentation en justice, ne devrait pas être soumise à ces restrictions.

Selon une conception défendue en particulier par Gautschi, une exclusion ou limitation de responsabilité serait exclue en matière de mandat, car cela serait incompatible avec la diligence inhérente à l'obligation de moyens⁴⁶. Alors que la question a été laissée ouverte par le Tribunal fédéral⁴⁷, la majorité de la doctrine rejette cependant cette opinion⁴⁸, avec certaines nuances toutefois⁴⁹, à juste titre. Des limitations de responsabilité dans le cadre des articles 100 et 101 CO sont donc en principe admissibles, à condition toutefois d'être clairement expliquées et convenues, et de ne pas vider de sa substance la diligence inhérente au mandat.

Au regard des règles professionnelles et déontologiques auxquelles est soumis l'avocat, des limitations de responsabilité apparaissent admissibles dans la mesure toutefois où elles ne vont pas au-delà de ce qui est usuel⁵⁰. Pourraient donc être admises par exemple une limitation de somme, l'exclusion de certains types de dommage ou le transfert au client de risques particuliers⁵¹. En revanche, on conçoit mal que sur la base de la différence de

⁴³ ATF 112 II 450 p. 455.

⁴⁴ Cf. WEBER R.H., Berner Kommentar, Band VI.1.5, Die Folgen der Nichterfüllung, art. 97-109, Berne 2000 (ci-après WEBER BK), art. 100 N° 116.

⁴⁵ WEBER BK art. 100 N°s 117-118; THÉVENOZ, L., Commentaire romand, Code des obligations I, CO art. 1-529, Genève/Bâle/Munich 2003 (ci-après THÉVENOZ CR) art. 100 N° 28; cf. aussi DU PASQUIER S. et FISCHER P., La responsabilité civile de l'avocat dans une étude constituée en personne morale, RSDA 6/2008, p. 548 ss, p. 55.

⁴⁶ WEBER BK art. 100 N° 43.

⁴⁷ ATF 124 III 155 = SJ 1998.689, cons. 3c p. 698-699.

⁴⁸ FELLMANN BK, art. 398 N° 515; THÉVENOZ CR art. 100 N° 18; WEBER BaK art. 398 N° 34.

⁴⁹ WEBER BK art. 100 N° 44; WIEGAND W., Basler Kommentar, Obligationenrecht I art. 1-529, Bâle 2007 (ci-après WIEGAND BaK), art. 100 N° 6.

⁵⁰ FELLMANN BK art. 398 N° 515 s.; WEBER BaK, art. 398 N° 34 s.; cf. aussi THÉVENOZ CR art 100 N° 18 s.

⁵¹ WIEGAND BaK, art. 100 N° 6.

régime entre obligé (art. 100 al. 2) et auxiliaire (art. 101 al. 2)⁵² le travail des collaborateurs fasse l'objet d'une exclusion de responsabilité plus étendue.

En pratique, les clauses limitatives de responsabilité, surtout si elles ont un caractère général, n'auront souvent qu'une efficacité relative face au pouvoir d'appréciation du juge. Si celui-ci entend qualifier la faute de grave, la clause sera inopérante vu l'article 100 al. 1 CO. S'il l'estime au contraire légère, il pourra, même en l'absence de clause, écarter la responsabilité en vertu d'une « pesée appréciative » considérant notamment les risques du métier et qualifiant le comportement d'acceptable et non pas inacceptable⁵³.

3. Objets particuliers du devoir d'information

Le Code suisse de déontologie (l'art. 2 du CSD) prescrit à l'avocat d'établir avec son client « *des relations clairement définies* ». Il en résulte que l'avocat doit informer d'emblée celui qui le consulte de l'acceptation ou du refus du mandat et au besoin préciser le cadre de celui-ci, les services qu'il envisage de rendre ou ce dont il n'entend pas se charger. A ce stade initial, l'avocat devra faire savoir à son client qu'il y a un éventuel risque de conflit d'intérêts. Il lui incombera si nécessaire de donner à son client des précisions sur les limites générales de l'activité d'avocat, le respect de la légalité, l'indépendance, le secret professionnel, la déontologie, etc.⁵⁴.

S'agissant en particulier des honoraires, la LLCA stipule (art. 12 lit. i) que, « *lorsqu'il accepte un mandat, (l'avocat) informe son client des modalités de facturation et le renseigne périodiquement ou à sa demande sur le montant des honoraires dus* ». Le Code suisse de déontologie dit pour sa part (art. 18) que « *l'avocat informe son client des principes de fixation des honoraires* », ce qui implique le refus d'un *pactum de quota litis*, mais la possibilité d'un *pactum de palmario* (art. 12 lit. e LLCA et 19 al. 3 CSD). Par analogie, devront également être indiqués les coûts autres que les honoraires, s'ils sont d'une relative importance, susceptibles d'être engendrés par l'exécution du mandat.

La diligence exige ensuite que l'avocat oriente objectivement son client sur le caractère réalisable ou utopique de ses buts ou instructions, sur les avantages ou les inconvénients des mesures qu'il envisage ou souhaite, en d'autres termes sur les risques que comporte l'affaire confiée⁵⁵. On se trouve

⁵² THÉVENOZ CR art. 101 N° 38.

⁵³ Cf. notamment ATF 134 III 534, cons. 3.2.1 p. 537-538 et ATF 127 III 357 = JT 2002 I 192, cons. 1b p. 194-195.

⁵⁴ FELLMANN Haftung, p. 193-195; FELLMANN BK, art. 398 N° 150-151.

⁵⁵ ATF 127 III 357 = JT 2002 I 192, cons. 1d p. 195; ATF 124 III 155 = JT 1999 I 125, cons. 3a p. 132-133.

là naturellement à la croisée de l'information et du conseil, car l'appréciation du risque repose nécessairement sur des données objectives, dont certaines doivent être fournies par l'avocat, l'état de la loi, de la jurisprudence et de la doctrine par exemple.

En matière judiciaire⁵⁶, l'information quant aux risques devra non seulement porter sur l'éventuelle perte du procès au fond, mais également sur les frais de justice et les dépens de la partie adverse auxquels le client pourrait être condamné. Elle devra également porter sur les difficultés et aléas de la procédure, notamment sa durée possible, les voies de recours, etc. Il incombe en particulier à l'avocat de dissuader son client de soutenir des procédures vouées à l'échec, et le cas échéant de lui conseiller la recherche de solutions transactionnelles.

Pendant toute la durée du mandat, il appartient à l'avocat d'informer son client de l'évolution de l'affaire dont il a été chargé (art. 2 al. 2 CSD et 3.1.2 CDAE – Code de déontologie des avocats européens). Cette obligation s'entend de ce qui est utile, c'est-à-dire nécessaire au client pour donner les instructions ou prendre les mesures qui lui incombent. Pour que celui-ci puisse le faire utilement, il faut que l'information soit transmise et reçue à temps. A cet égard, lorsque des délais impératifs, par exemple de recours, sont en jeu, l'avocat doit s'assurer que son client a effectivement été atteint⁵⁷.

Enfin, l'information doit être égale, que l'issue de l'affaire soit favorable ou défavorable au client. L'avocat ne doit en particulier pas taire l'échec des mesures qu'il a prises ou en occulter les conséquences, qu'il n'y soit pour rien ou qu'il en soit responsable⁵⁸. Dans ce dernier cas, l'avocat est naturellement tenu de relater la situation à son client, ce qui pourra impliquer qu'il lui indique avoir commis une erreur ou une faute, ou encore avoir déclaré le cas à son assurance responsabilité civile.

IV. Devoir d'informer du client et information due aux tiers

1. L'information due par le client

Dans son activité de conseil comme dans celle de représentant en justice, l'avocat est largement dépendant des informations, en particulier des données

⁵⁶ FELLMANN Haftung, p. 194-195; LOMBARDINI, op. cit. p. 529; SOLDATI, op. cit. p. 226-228.

⁵⁷ ATF 110 Ib 94, p. 95.

⁵⁸ Cf. WERRO CR art. 398 N° 17; SOLDATI, op. cit. p. 219-220.

de fait, qui lui sont fournies par son client⁵⁹. Les explications données peuvent non seulement manquer d'objectivité mais être lacunaires ou erronées, par inadvertance ou à dessein, le dossier remis être incomplet, certaines pièces être sans pertinence voire fausses. Si tel est le cas, les conseils de l'avocat, les informations qu'il donne lui-même et les démarches qu'il entreprend peuvent en être gravement affectées.

La fourniture d'une information défailante imputable au mandant pourra avoir plusieurs sanctions, que ce soit par application des principes sur la demeure du créancier (art. 91 CO) ou sur l'inexécution (art. 97 CO) ou encore sur le dommage subi du fait de l'exécution du mandat (art. 402 al. 2 CO). On pourra y voir soit un facteur faisant supporter au client les risques pouvant affecter la prestation de l'avocat ou empêchant le client d'invoquer l'inexécution, le manque de diligence de son mandataire, soit une faute concomitante ou exclusive atténuant la diligence requise ou libérant le mandataire, soit encore, dans des cas extrêmes, une faute pouvant obliger le client à indemniser son avocat du dommage éventuel résultant pour ce dernier de l'information défailante.

En dehors du paiement des honoraires (art. 294 al. 2 CO), du remboursement des impenses et de la libération des obligations (art. 402 al. 1 CO) ainsi que de la réparation du dommage (art. 402 al. 2 CO), le droit du mandat n'impose expressément pas d'obligation au mandant. Néanmoins, que ce soit au regard de la nature synallagmatique du contrat, des règles sur la demeure du créancier (art. 91 CO) ou selon les exigences de la bonne foi (art. 2 CC), il faut admettre que le mandant a l'obligation, ou à tout le moins l'incombeance, de mettre son mandataire en mesure d'exécuter le mandat dont il l'a chargé. Il faut en déduire notamment l'obligation pour le client de remettre à son avocat tous les documents nécessaires au mandat et de lui donner des explications exactes.

Cependant, il faut également admettre que l'avocat ne doit pas se fier aveuglément aux informations que lui donne son client. Il lui incombe donc de vérifier celles qui doivent lui paraître douteuses ou qui sont capitales, soit en procédant lui-même à des vérifications dans la mesure du possible, par exemple auprès des registres publics, soit en demandant à son client des précisions ou confirmations⁶⁰. La crédibilité des informations fournies par le client pourra naturellement dépendre de la personnalité et des compétences de celui-ci.

⁵⁹ Cf. ATF 4C.398/2006 du 13.02.07, cons. 4 ; LOMBARDINI, op. cit. p. 528.

⁶⁰ ATF 117 II 563 = SJ 1992.300, cons. 3b p. 304-305 ; cf. aussi FELLMANN BK, N° 415.

2. L'information due aux tiers

Le secret professionnel, comme le dit le Code de déontologie des avocats européens (art. 2.3.1) est un « *droit et devoir fondamental et primordial de l'avocat* ». Il sert non seulement les intérêts du client, mais également ceux de l'avocat lui-même et de l'administration de la justice⁶¹. Sa violation est sanctionnée par le droit pénal (art. 321 CP) et il soustrait en particulier l'avocat à l'obligation de témoigner ou de déclarer, même dans l'hypothèse où son client l'y autoriserait. On peut en outre considérer le secret comme l'un des garants de l'indépendance de l'avocat, autre principe essentiel de la profession⁶². L'article 13 LLCA stipule ainsi que « *l'avocat est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession* ».

La notion d'exercice de la profession s'entend des activités typiques de l'avocat, par opposition à celles que l'on peut qualifier de commerciales. Le secret professionnel protège ainsi non seulement l'activité judiciaire relevant du monopole de l'avocat mais aussi son activité de conseil extrajudiciaire. Sont en revanche soustraites à la protection du secret, ou plus exactement soumises à l'obligation de renseigner, les activités considérées comme atypiques à la profession, en particulier la gérance de fortune ou la gestion de fonds, les activités d'intermédiaire financier au sens de la loi sur le blanchiment d'argent, ainsi que dans plusieurs cas l'administration de sociétés⁶³. Cela étant, même dans les domaines où il peut être obligé de témoigner ou de renseigner l'autorité, l'avocat reste lié par le secret professionnel à l'égard des autres tiers et en toute hypothèse par un devoir contractuel de discrétion. Dans les situations où il serait susceptible de devoir témoigner ou renseigner, ou lorsque la question est douteuse, l'avocat devrait en informer son mandant.

Le secret professionnel dû au client s'impose « *à l'égard des tiers* » (art. 13 LCCA) autrement dit « *à l'égard de quiconque* » (art. 15 CSD). Il faut naturellement réserver les exceptions qui découlent du mandat lui-même ou des instructions du client. Il est en effet fréquent que le mandat confié comprenne une obligation pour l'avocat de fournir ou transmettre des renseignements à des tierces personnes. Cela ne constitue cependant pas à proprement parler un devoir d'information envers des tiers. L'avocat peut par ailleurs être contractuellement tenu envers son client de fournir des informations adéquates aux correspondants à l'étranger ou sous-mandataires spécialisés qu'il

⁶¹ Message, p. 5369.

⁶² ATF 130 II 87, cons. 4.1 p. 93.

⁶³ Message p. 5369; LÉVY A. B., L'avocat en tant que gestionnaire de fortune, in *Droit suisse des avocats*, Berne 1998 p. 515 ss, p. 522-525.

met en œuvre, ou encore aux avocats parallèlement ou conjointement mandats pour l'affaire. Il va de soi qu'il doit également informer correctement les auxiliaires dont il répond.

L'activité judiciaire implique pour l'avocat l'obligation de donner certaines informations au juge ou à la partie adverse, cela en vertu du droit procédural ou des règles professionnelles et déontologiques. De telles communications doivent être considérées comme autorisées par le mandat d'agir en justice. Au besoin, l'avocat devra rappeler à son client qu'il lui est en particulier interdit de sciemment donner au juge une information fautive ou de nature à l'induire en erreur, ou encore d'user envers la partie adverse de procédés contraires à la loyauté et aux règles de la bonne foi⁶⁴.

Certaines dispositions légales obligent le détenteur du secret professionnel à renseigner l'autorité. Pour les avocats, mais selon leur activité, tel est le cas de la Loi sur la prévention du blanchiment d'argent dans le secteur financier⁶⁵ qui impose à tout intermédiaire financier diverses obligations, notamment celle d'informer spontanément l'autorité en cas de soupçon sur l'origine délictueuse des fonds, et corollairement de ne pas informer son client de sa communication à l'autorité⁶⁶. La question essentielle, pas toujours aisée à trancher, est ici encore de distinguer si l'avocat agit dans le cadre typique de sa profession, auquel cas il n'est pas tenu à de telles obligations, ou en qualité d'intermédiaire financier.

L'avocat peut enfin se trouver dans une situation exceptionnelle où la révélation d'un fait couvert par le secret professionnel est indispensable à la protection d'intérêts supérieurs publics ou privés. Il peut en pareilles circonstances se faire délier du secret par son autorité de surveillance, à Genève la Commission du barreau, et, dans ce cas, ne sera pas pénalement poursuivable (art. 321 ch. 2 Code Pénal et art. 12 de la Loi genevoise sur la profession d'avocat⁶⁷).

⁶⁴ Cf. notamment art. 4.4 CDAE et 27 LPAv Ge; SOLDATI, op. cit. p. 226.

⁶⁵ Loi fédérale du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent (LBA), RS 955.0.

⁶⁶ LÉVY, op. cit. in note 62, p. 525-528.

⁶⁷ LPAvGe, RSGe E 6 10.

V. La responsabilité pour la violation du devoir d'information

1. Responsabilités contractuelle et extracontractuelle, pénale et disciplinaire

La responsabilité découlant de la violation par l'avocat de son devoir d'information à l'égard de son client est essentiellement une responsabilité contractuelle. Théoriquement, l'avocat pourrait aussi assumer une responsabilité précontractuelle, ce qui devrait toutefois être exceptionnel vu la présomption d'acceptation immédiate du mandat professionnel (art. 395 CO).

Une responsabilité fondée sur la confiance est théoriquement envisageable. Envers le client, on ne voit guère qu'elle puisse revêtir une portée indépendante. En revanche, elle pourrait être invoquée par un tiers, en particulier pour la délivrance de renseignements erronés⁶⁸. Vu toutefois les conditions posées par la jurisprudence en la matière, confiance et attentes éveillées puis déçues dans le cadre d'un rapport particulier et proximité chronologique⁶⁹, les cas où l'avocat pourrait être recherché par un tiers pour renseignements ou avis inexacts devraient en principe être limités à celui de « *third party legal opinion* », d'avis ou de renseignements propres à avoir des tiers pour destinataires⁷⁰.

Une violation du devoir d'information est susceptible de constituer un acte illicite engageant la responsabilité extracontractuelle de l'avocat. Toutefois, les règles professionnelles de l'article 12 LLCA visent à réglementer la profession dans un but d'intérêt public et non pas à protéger le patrimoine des clients⁷¹. Par conséquent, la responsabilité délictuelle ne devrait pratiquement concerner que des cas où une infraction pénale a été commise. Pour le client, ce chef de responsabilité ne serait du reste guère utile vu le concours d'actions. A l'égard des tiers en revanche, sous réserve de la responsabilité fondée sur la confiance, la responsabilité de l'avocat ne pourra être engagée que sur la base délictuelle⁷².

⁶⁸ ATF 130 III 345 = SJ 2004.461, cons. 2 p. 464-466; ATF 124 III 363 = JT 1999 I 402, cons. 5b p. 408.

⁶⁹ ATF 130 III 345 précité, *ibidem*; ATF 134 III 449 = JT 2008 I 325, cons. 4.1 p. 327-328; ATF 4C.202/2002 du 30.10.02 cons. 4.1; ATF 4C.237/1999 du 04.01.00 cons. 2b.

⁷⁰ Du PASQUIER / FISCHER, *op. cit.* p. 557.

⁷¹ Du PASQUIER / FISCHER, *op. cit.* p. 557.

⁷² FELLMANN Haftung, p. 186.

Dans des cas exceptionnels, la violation du devoir d'information de l'avocat, que ce soit à l'égard de son client, de tiers ou de l'autorité, qu'il s'agisse d'omission ou de faux renseignements, peut relever du pénal⁷³, notamment d'infractions contre le patrimoine, comme la gestion déloyale ou l'abus de confiance, ou de délits contre l'administration de la justice, en particulier le blanchiment et le défaut de vigilance en matière d'opérations financières. C'est toutefois dans le cadre disciplinaire professionnel seulement que la plupart des violations du devoir d'information sont poursuivies, indépendamment de leur sanction contractuelle, avec le cas échéant une incidence préjudicielle sur la responsabilité envers le client ou envers les tiers.

2. La responsabilité contractuelle

a) *Le régime de responsabilité*

La responsabilité contractuelle du mandataire est selon la jurisprudence soumise au régime général de l'article 97 CO⁷⁴. En pratique, la responsabilité de l'avocat est presque toujours recherchée à raison de la mauvaise exécution, essentiellement du défaut de diligence. Les cas d'inexécution totale, d'impossibilité ou de demeure apparaissent devoir être marginaux parce que le mandat n'implique pas une obligation de résultat et qu'il peut être révoqué ou répudié en tout temps. La mauvaise exécution du mandat connaît en réalité deux types de sanction; d'une part l'action en dommages-intérêts pour inexécution selon le régime général et d'autre part la perte totale ou partielle du droit aux honoraires⁷⁵.

Aux termes de la jurisprudence, l'action en dommages-intérêts du mandant est donc soumise à quatre conditions classiques que sont la violation du contrat, le préjudice et la causalité ainsi que la faute, qui est présumée mais dont le mandataire est censé pouvoir s'exculper⁷⁶. La doctrine débat de la condition de faute car, le mandat étant caractérisé par une obligation de moyens, on peut soutenir avec pertinence que la violation du contrat se confond avec la faute, la preuve du défaut de diligence prouvant du même

⁷³ Pour le cas d'un notaire: ATF 6B.530/2008 du 08.01.09, cons. 3.2.

⁷⁴ Notamment ATF 128 III 22, cons. 2b p. 24; ATF 4C.42/2006 du 28.06.06, cons. 2.1; ATF 4C.193/2001 du 14.05.02, cons. 2.3.

⁷⁵ ATF 124 III 423 = JT 1999 I 462, cons. 3b p. 465-466; ATF 117 II 563 = SJ 1992.300, cons. 2a, p. 303.

⁷⁶ ATF 127 III 357 = JT 2002 I 192, cons. 5a p. 200; ATF 4A.38/2008 du 21.04.08, cons. 2.1; ATF 4C.225/2000 du 08.03.01, cons. 2.a; FELLMANN BK, art. 398 N° 332; FELLMANN Haftung, p. 187; WEBER BaK art. 398 N° 32.

coup la faute⁷⁷. Il apparaît donc contradictoire de demander d'un côté au mandant de prouver le défaut de diligence et de l'autre au mandataire de prouver qu'il n'a pas commis de faute.

Ce débat apparaît toutefois assez théorique. En pratique, le client qui veut agir contre son avocat supportera le fardeau de la preuve d'une négligence de ce dernier. Il administrera celle-ci en démontrant, d'une part, l'étendue de la diligence qu'il était objectivement en droit d'attendre de son mandataire compte tenu des circonstances et, d'autre part, que celui-ci n'a pas agi conformément à une telle diligence. Si cette preuve est rapportée, la possibilité pour l'avocat d'invoquer une preuve libératoire est quasiment inexistante, sauf dans des situations tout à fait exceptionnelles.

Les conditions relatives au dommage et à la causalité, dont la preuve incombe au mandant demandeur, sont soumises aux principes ordinaires. S'agissant de la responsabilité de l'avocat, notamment pour insuffisance de conseils ou d'informations, il faut en particulier se demander quelle tournure l'affaire aurait prise et comment le patrimoine du mandant aurait évolué si le mandataire n'avait pas violé son devoir⁷⁸. Pour cette causalité hypothétique, il convient de se fonder sur le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie. Jusqu'ici, le Tribunal fédéral n'a pas fait sienne la jurisprudence allemande selon laquelle le défaut d'information fait présumer que le mandant aurait renoncé à l'affaire s'il avait été correctement informé⁷⁹.

b) Le défaut de diligence

L'étendue du devoir de diligence de l'avocat, notamment en matière d'information, se détermine selon des critères objectifs⁸⁰ et selon les circonstances du cas particulier⁸¹. Pour définir la diligence raisonnablement exigible, il convient donc de considérer, en particulier au regard des règles et usances de la profession, quel aurait été le comportement d'un mandataire consciencieux placé dans la même situation⁸². Il est en principe exclu que l'avocat puisse invoquer à sa décharge des circonstances personnelles, en particulier

⁷⁷ WERRO CR, art. 398 N° 38.

⁷⁸ ATF 128 III 322, cons. 2d p. 26 et cc p. 27; ATF 127 III 357 = JT 2002 I 192, cons. 5a p. 200; ATF 124 III 155 = JT 1999 I 125, cons. 3d p. 135; ATF 4C.256/2006 du 12.10.06, cons. 5.4; ATF 4C.381/2004 du 28.06.05, cons. 2.1-2.2.

⁷⁹ ATF 4A.38/2008 du 21.04.08, cons. 2.2-2.5.

⁸⁰ ATF 127 III 328 = JT 2001 I 254, cons. 3 p. 257; ATF 120 III 248, cons. 2c p. 260; ATF 117 II 563 = SJ 1992.300, cons. 2a p. 302.

⁸¹ ATF 134 III 534, cons. 3.2.1 p. 538; ATF 127 III 328 = JT 2002 I 192, cons. 1c p. 195.

⁸² FELLMANN BK, art. 398 N° 355; TERCIER N° 4665.

son ignorance du droit ou ses compétences insuffisantes dans un domaine particulier⁸³. Sous réserve des particularités du mandat confié, qui peut impliquer des exigences accrues, le critère sera celui de tout avocat ayant des connaissances et une capacité professionnelle moyennes. En bref, l'avocat méconnaît son devoir de diligence si le manquement qui lui est reproché représente la violation de règles généralement reconnues et admises.

Le fardeau de la preuve d'un manquement à la diligence due, qui vaut en pratique preuve à la fois de la violation du contrat et de la faute, incombe au client lésé. En principe, surtout si elle a fait l'objet d'une décision disciplinaire, la violation d'une règle professionnelle ou déontologique, si cette dernière a en tout ou partie pour but de protéger les intérêts du client, démontrera la violation de la diligence due. A l'inverse, le respect de telles règles démontrera l'absence de manquement à la diligence⁸⁴. En effet, vu notamment le caractère très général de la norme professionnelle imposant à l'avocat d'exercer sa profession avec soin et diligence, on imagine mal que faute professionnelle et faute contractuelle ne se recourent pas.

L'avocat répond en principe de toute faute professionnelle, sa responsabilité n'étant pas limitée à la faute lourde, à la négligence grave, mais étant aussi engagée en cas de faute légère, en particulier par négligence et omission⁸⁵. Le degré de gravité de la faute ne peut influencer que sur l'étendue de la réparation (art. 99 al. 3 et 43 al. 1 CO). De même cette dernière devra le cas échéant tenir compte de la faute concomitante du client, par exemple si celui-ci a fourni à son avocat des renseignements inexacts (art. 44 al. 1 CO)⁸⁶. Aussi, si l'on peut à grands traits esquisser les contours de la diligence incombant à l'avocat en matière d'information, tout cas particulier de responsabilité doit en définitive être résolu à la lumière des circonstances concrètes.

Dans ce cadre, le Tribunal fédéral considère que l'avocat «*exerce une activité qui comporte un risque dont il faut tenir compte du point de vue de la responsabilité civile*», en particulier «*pour qualifier une manière d'agir d'acceptable ou d'inacceptable*». Par conséquent, l'avocat ne répond pas nécessairement de chaque omission qui, rétrospectivement, aurait pu éviter un dommage et il faut tenir compte «*de certaines imperfections humaines mineures qui se manifestent nécessairement lors de l'exercice d'une telle profession empreinte de risques*»⁸⁷. Le risque du métier concerne sans doute d'abord l'activité de conseil de l'avocat, en parti-

⁸³ FELLMANN Haftung, p. 209-210; WERRO CR, art. 398 N^{os} 14 et 40.

⁸⁴ TERCIER N^o 4671.

⁸⁵ ATF 120 II 248 = JT 1995 I 559, cons. 2c p. 560; ATF 117 II 563 = SJ 1992.300, cons. 3a s. p. 304.

⁸⁶ ATF 117 II 563 = SJ 1992.300, cons. 4b p. 306; ATF 4C.193/2001 du 14.05.02, cons. 2.5.

⁸⁷ ATF 127 III 357 = JT 2002 I 192, cons. 1b-c p. 194-195, confirmé notamment par ATF 134 III 534, cons. 3.2.2 p. 537.

culier dans le domaine judiciaire. Toutefois, vu la très fréquente imbrication du conseil et de l'information, les considérants qui précèdent méritent certainement de trouver application en matière d'information.

c) *Les conséquences de la responsabilité*

Le manquement de l'avocat à son devoir de diligence peut, selon la jurisprudence, être contractuellement sanctionné de deux façons. D'une part, « *la violation objective du devoir de diligence entraîne la perte du droit aux honoraires et au remboursement des frais consentis pour l'exécution du mandat* », en tout ou partie selon que les prestations sont totalement ou partiellement utiles au mandant. D'autre part, si cette violation « *occasionne un dommage au mandant et qu'elle se double d'une faute de l'avocat, le client pourra obtenir des dommages-intérêts* », cela conformément aux dispositions générales sur l'inexécution⁸⁸.

Même en cas d'exécution défectueuse du mandat, le mandataire a droit à des honoraires pour l'activité qu'il a exercée en conformité avec le contrat. Ce n'est que dans le cas où l'exécution défectueuse est assimilable à une totale inexécution, parce que la prestation se révèle inutile ou inutilisable, que le mandataire perd tout droit à une rémunération. Par ailleurs, lorsque les effets de l'absence de diligence ont été corrigés et qu'il n'en résulte pas de préjudice pour le mandant, le travail du mandataire doit être honoré. De même, si le mandataire prend à sa charge le préjudice causé par la mauvaise exécution, son droit aux honoraires subsiste⁸⁹.

Il peut donc y avoir cumul entre le droit à la réduction des honoraires et celui à des dommages-intérêts, de même qu'il peut y avoir compensation entre créance d'honoraires et prétention en dommages-intérêts. Pour des manquements au devoir d'information, on imagine difficilement la seule réduction ou suppression de la rémunération, à moins que le mandat ait eu pour simple objet la fourniture d'informations ou que l'inexactitude des renseignements donnés ait été découverte par le client avant toute action préjudiciable. En pratique, la violation par l'avocat de son devoir d'information devrait donc déboucher sur le droit à des dommages-intérêts, que le client peut faire valoir lorsque les autres conditions de la responsabilité civile sont remplies.

⁸⁸ ATF 117 II 563 = SJ 1992.300, cons. 2a p. 303.

⁸⁹ ATF 124 III 423 = JT 1999 I 462, cons. 3b p. 465-467.

VI. Conclusion

La profession d'avocat s'exerce aujourd'hui dans un monde où l'information sous toutes ses formes tient une place de plus en plus importante. Ceci est un corollaire à la fois du développement des technologies, internet notamment, de l'internationalisation des échanges de toutes sortes et de la complexité croissante des cadres qui gouvernent les rapports sociaux, économiques et juridiques.

L'exercice de la profession n'échappe pas à cette évolution et aux risques qui en découlent. Par rapport à l'activité traditionnelle de représentation en justice, les avocats consacrent une large part de leur travail au conseil voire à des activités extérieures à la profession, comme l'administration de sociétés ou de patrimoines. Parallèlement, la mobilité interne et internationale des avocats va croissant, la profession connaît la concurrence des groupes fiduciaires, les cabinets internationaux se développent et l'on débat des cabinets pluridisciplinaires.

Dans ce contexte général et professionnel, l'avocat d'aujourd'hui n'est pas seulement appelé à recourir aux techniques modernes de l'information et de la communication. Il doit également répondre aux attentes et aux besoins accrus de ses clients d'être régulièrement et précisément informés. Cette exigence est devenue l'un des principaux aspects de l'obligation de diligence de l'avocat en même temps qu'une condition essentielle de la confiance du client.

Avec l'unification des règles professionnelles et déontologiques en Suisse, la violation du devoir d'information sous l'angle de la responsabilité est ainsi appelée à jouer un rôle croissant, peut-être aussi important que celui de la « mauvaise pratique ». A l'inverse, l'information dispensée de manière adéquate constituera pour l'avocat une protection contre les griefs de certains clients plus enclins à rechercher leur mandataire qu'à assumer leurs risques.

Le devoir de conseil du notaire selon la loi genevoise sur le notariat: une « Genferei » exemplaire ?

ETIENNE JEANDIN*

Table des matières

I. Introduction	59
II. Les fondements légaux du devoir d'informer du notaire	60
III. Objet et contenu de l'information	61
IV. Obligation de conseil ?	62
IV. Délimitation du contenu du devoir d'information et du devoir de conseil	63
V. Droit applicable	64
VI. Conclusions	65

I. Introduction

En marge des différents exposés traitant de la responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel, il paraît intéressant de consacrer ici quelques mots au thème de l'obligation d'informer du notaire.

L'activité notariale est par essence une activité d'information.

Le notaire est en effet appelé à intervenir comme tiers témoin lors de la signature de contrats dont la validité est subordonnée par la loi au respect d'une forme qualifiée, dite forme authentique. Ces contrats étant considérés comme revêtant une importance particulière, il est par conséquent nécessaire, que leur conclusion soit protocolée par un officier public à même de s'assurer du consentement éclairé des parties. Il s'agit plus particulièrement de contrats liés au droit de la famille (tels que contrats de mariage, testaments publics et pactes successoraux), au droit immobilier (contrats de vente et contrats portant sur la constitution de gages immobiliers), ou encore d'actes de cautionnement souscrits par des personnes physiques et d'actes de constitution de sociétés.

* Notaire à Genève.

L'information donnée aux parties est donc le corollaire nécessaire de la forme authentique.

II. Les fondements légaux du devoir d'informer du notaire

Le Code civil fait peu de références au droit notarial. Il faut attendre son titre final pour découvrir à l'article 55 que les cantons «déterminent pour leur territoire les modalités de la forme authentique» et «établissent également les règles à suivre pour la rédaction des actes authentiques dans une langue étrangère».

Il est bien connu qu'il existe parmi les cantons suisses une multitude de notariats de nature très différente les uns des autres, chaque canton ayant tenu à conserver sa tradition et ses usages. Certains ont opté pour un notariat de fonction ou notariat d'Etat, le notaire étant ici un fonctionnaire d'Etat, rémunéré par lui¹. D'autres cantons² ont institué un notariat indépendant, le notaire exerçant alors en son nom et sous sa seule responsabilité une fonction qui lui est déléguée par l'Etat. Mentionnons pour être complet le système mixte, où les activités notariales sont confiées aussi bien à des fonctionnaires qu'à des personnes indépendantes de l'Etat³.

Cela dit, malgré l'absence de texte légal fédéral et au-delà des différentes législations mises en place par les cantons, il est admis par la doctrine et la jurisprudence que le droit fédéral fixe aux cantons des exigences minimales en matière de droit notarial, dont notamment le devoir d'information («*Behrungsspflicht*») qui nous occupe aujourd'hui⁴.

Ainsi, dans un arrêt rendu en 1992⁵, le Tribunal fédéral rappelle que «quand le législateur fédéral soumet un contrat à la forme authentique, il entend protéger les parties contre des décisions irréflechies, les amener à comprendre la portée de leur engagement et à manifester leur volonté clairement et complètement». Notre haute Cour a eu l'occasion de préciser les exigences minimales de droit fédéral qui s'imposent aux cantons. Ainsi, dans un arrêt

1 Tels le notariat zurichois; Notariatsgesetz vom 9. Juni 1985 (NotG), OSZH 242.3.059.

2 Tous les cantons romands et le Tessin; voir par exemple la Loi genevoise sur le notariat du 25 novembre 1988, (LNot), RSG E 6 05.

3 Bâle-Campagne, Soleure et Lucerne; par exemple pour Bâle-Campagne, Notariatsgesetz vom 28. September 1997, SGS/BL 217.

4 MOOSER Michel, *Le droit notarial en Suisse*, Berne 2005, page 94.

5 ATF 118 II 32 / JdT 1993 I 390.

rendu à propos de la nouvelle Loi sur le notariat du canton de Bâle-Ville⁶, le Tribunal fédéral a examiné la conformité de cette loi sur différents aspects, tels que l'indépendance du notaire, la limite d'âge et la propriété des actes⁷. Dans un autre arrêt rendu sur le thème de la procédure d'instrumentation et le devoir d'information⁸, le Tribunal fédéral a établi qu'une participation active du notaire à la préparation du document, assortie de son rôle actif pour que les signataires en comprennent le contenu, constitue l'une des exigences du droit fédéral (par opposition à une intervention se limitant à authentifier une signature apposée en présence du notaire).

III. Objet et contenu de l'information

Quel est le contenu du devoir d'information que le droit fédéral impose à tous les cantons suisses ?

L'information donnée par le notaire doit permettre aux parties de comprendre clairement le contenu du contrat qu'elles concluent, l'importance des obligations souscrites et l'étendue de la responsabilité des parties à l'acte. Plus concrètement, l'obligation d'informer porte sur la forme des actes, les exigences de procédure, le contenu des actes, leur portée juridique et les aspects inhabituels⁹.

Ceux qui souhaiteraient découvrir dans le détail le contenu de cette obligation d'informer du notaire dans les différents domaines de son activité (droit de la famille, droit des sociétés, immobilier et droit fiscal) pourront consulter les travaux des journées de séminaire organisées par la Fondation Notariat Suisse en septembre 2005 à Zurich et à Lausanne, et qui ont fait l'objet d'une publication¹⁰.

Dans le domaine du droit de la famille (successions et régimes matrimoniaux) le devoir d'information revêt une importance particulière dans la mesure où la loi prévoit une solution applicable par défaut (régime matrimonial légal, dévolution légale des successions); l'information donnée doit alors

⁶ Notariatsgesetz des Kantons Basel-Stadt vom 18. Januar 2006, SGS/BS 292.100.

⁷ ATF 133 I 259.

⁸ ATF 125 III 131.

⁹ MOOSER Michel, op. cit., page 101 ss.

¹⁰ *Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, l'obligation d'informer du notaire*, Genève, Zurich, Bâle 2006.

permettre de comprendre en quoi la solution choisie par la signature de l'acte authentique s'écarte du système légal¹¹.

Notons ici que cette obligation d'informer prescrite par le droit fédéral ne concerne que les activités ministérielles du notaire, soit l'activité d'instrumentation d'actes authentiques. Les notaires qui exercent des mandats de droits privé (notamment la liquidation de successions et l'activité de conseil, la rédaction de contrats sous seing-privé et les contrats de dépôt) ne sont pas tenus par ces règles de droit fédéral, mais par les prescriptions du Code des obligations applicables à ces diverses activités¹², notamment les dispositions applicables au contrat de mandat.

IV. Obligation de conseil ?

Le devoir d'information est un standard minimum imposé par le droit fédéral. Il se distingue de devoir de conseil, « *Beratungspflicht* », qui consiste pour le notaire à donner des informations dans une perspective plus large que la seule analyse de l'acte en cours d'instrumentation. Le conseil doit permettre aux parties de choisir entre différentes solutions, différents types d'actes ou de stipulations. Ainsi, « les parties envers lesquelles le notaire a assumé son obligation d'informer savent ce qu'elles font ; celles qui bénéficient du conseil savent en plus pourquoi elles ont choisi cette solution plutôt qu'une autre »¹³.

Comme nous le verrons plus loin, certaines législations imposent au notaire non seulement un devoir d'information, mais plus encore une obligation de conseil. C'est notamment le cas dans certains cantons de notariat latin, où le notaire déploie une activité globale allant du conseil et de la préparation de l'acte jusqu'à son exécution ; les parties attendent dès lors du notaire qu'il leur donne des conseils « quant à la meilleure façon d'arriver au but qu'elles recherchent »¹⁴.

L'activité de conseil déployée en marge de l'instrumentation d'un acte ne doit pas aller à l'encontre des autres devoirs du notaire. On pense en parti-

¹¹ STEINAUER Paul-Henri, in *Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, l'obligation d'informer du notaire*, Genève, Zurich, Bâle 2006. Application en droit matrimonial et successoral page 91 et également MOOSER Michel, op. cit., page 49.

¹² MOOSER Michel, op. cit., page 95.

¹³ MOOSER Michel, in *Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, l'obligation d'informer du notaire*, Genève, Zurich, Bâle 2006 (présentation générale du sujet page 50 et citations note 27).

¹⁴ TRIGO TRINDADE Rita, GRIESSEN COTTI Annie, in *Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, l'obligation d'informer du notaire* (application en droit des sociétés page 220).

culier au devoir d'impartialité qui l'empêche de prendre en compte les intérêts de l'une des parties au détriment de l'autre (auquel cas le devoir d'information porte sur la nécessité pour une des parties de prendre des conseils auprès d'un tiers)¹⁵.

Le devoir de conseil peut aussi concerner d'autres activités exercées par les notaires en marge de leur activité d'officier public (rédaction de contrats non soumis à la forme authentique, liquidation et partage de successions, conseils fiscaux). Ces activités sont soumises aux dispositions du mandat (article 398 CO), à moins que le droit cantonal applicable à l'activité du notaire ne soumette toutes ses activités au droit cantonal comme les cantons sont en droit de le faire¹⁶.

IV. Délimitation du contenu du devoir d'information et du devoir de conseil

Prescrire qu'un minimum d'information doit être donné, c'est affirmer aussi que tout défaut d'information n'engage pas nécessairement la responsabilité du notaire. On pense immédiatement au notaire qui s'empressera de se défendre en arguant du fait que l'information litigieuse relevait d'une activité de conseil (activité à laquelle il n'est pas nécessairement soumis par le droit cantonal).

Dans ce sens, la distinction a pour effet de mieux définir la responsabilité de notaire.

Il faut toutefois relever dans ce contexte que la doctrine récente tend à relativiser cette distinction (voire à la nier), en privilégiant le devoir de conseil. C'est en particulier le cas en matière de droit successoral et de droit matrimonial, où l'activité du notaire ne peut être réduite à une série d'informations plus ou moins claires données lors de la lecture de l'acte. Bien au contraire, dans ces domaines le notaire doit s'assurer que la solution retenue est bien comprise et adaptée à la situation des comparants¹⁷.

¹⁵ TRIGO TRINDADE Rita, GRIESSEN COTTI Annie, op. cit., page 221.

¹⁶ MOOSER Michel, in *Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, l'obligation d'informer du notaire* (présentation générale du sujet page 48). Voir aussi le chapitre V ci-après.

¹⁷ STEINAUER Paul-Henri, op. cit., page 92.

V. Droit applicable

La distinction entre information et conseil peut également avoir une conséquence directe sur le droit applicable: dans la mesure où le conseil donné ne dépend pas d'une obligation issue du droit cantonal, la responsabilité du notaire est analysée à la lumière des dispositions du Code des obligations. Dans le cas contraire, c'est le droit notarial cantonal qui s'applique¹⁸.

Pour être plus précis, il existe traditionnellement deux méthodes d'analyse: une division bipartite et une division tripartite. La division bipartite oppose le devoir d'information (droit fédéral) et le devoir de conseil (relevant du mandat); la division tripartite consiste à distinguer, outre le devoir d'information fédéral, d'une part le conseil imposé dans certains cas par la loi cantonale en marge de l'instrumentation (en particulier sur demande des parties) et d'autre part, le devoir de conseil résultant d'un contrat de mandat conféré en annexe à l'activité d'instrumentation¹⁹.

A titre d'illustration de la conception tripartite, mentionnons la Loi vaudoise sur le notariat²⁰ et son article 43 alinéa 4 qui subordonne expressément l'existence d'une obligation de conseil à la demande des parties: «S'il en est requis, le notaire doit fournir un conseil juridique plus étendu.»²¹

Ces distinctions et leur mise en œuvre devant les tribunaux n'étant pas très claires, y renoncer peut constituer un réel progrès. Ainsi, la Loi genevoise sur le notariat²² instaure à son article 8 un devoir général de conseil, sans condition de requête préalable, et qui se confond avec l'obligation d'informer: «Information des parties: A l'égard des parties, le notaire a un devoir de conseil [...]». De même, l'article 38 de la Loi valaisanne sur le notariat²³, qui détaille le contenu du devoir d'information, précise en son dernier alinéa que le notaire a également un devoir de conseil.

Quant à la jurisprudence, elle a bien heureusement pris en compte la difficulté de déterminer si les faits relèvent d'une activité de conseil (droit privé fédéral) ou strictement ministérielle (droit cantonal). Le Tribunal fédéral a en

¹⁸ MOOSER Michel, in *Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, l'obligation d'informer du notaire*. Présentation générale du sujet page 51.

¹⁹ PIOTET Denis, in *Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, l'obligation d'informer du notaire*, Genève, Zurich, Bâle 2006. Application en droit immobilier, page 166 et MOOSER Michel, op. cit., page 50.

²⁰ Loi sur le notariat du 29 juin 2004 (LNo), RSV 178.11.

²¹ PIOTET Denis, op. cit., page 166.

²² Loi sur le notariat du 25 novembre 1988, (LNot), RSG E 6 05.

²³ Loi sur le notariat du 15 décembre 2004, RS/VS 178.1.

particulier reconnu aux cantons la compétence, selon l'article 6 du Code civil, de régir la responsabilité des notaires pour l'ensemble de leur activité²⁴, en précisant que: «On reconnaît de la sorte au droit cantonal public une force expansive, qui va au-delà d'une simple réserve, et qui permet de tenir compte de l'intérêt général dans des domaines déjà régis par le droit privé [...]. En conséquence, il faut reconnaître aux cantons le pouvoir de soumettre par voie législative l'ensemble de l'activité des notaires à un régime particulier de responsabilité, pour autant que celui-ci ne soit pas allégé par rapport aux dispositions fédérales.»

Aux termes de cet arrêt, le recours en réforme dans un litige portant sur la rémunération du notaire a été déclaré irrecevable. En effet, la responsabilité du notaire genevois étant entièrement soumise au droit cantonal, le recours en réforme auprès du Tribunal fédéral était dès lors exclu (quand bien même le droit cantonal renvoie au Code des obligations à titre de droit supplétif).

VI. Conclusions

Dans le cadre des réflexions du présent séminaire, ce bref aperçu des principes applicables au devoir d'information du notaire appelle deux commentaires:

- A. Il est satisfaisant que la doctrine et la jurisprudence aient permis de compléter les dispositions légales fédérales en matière de droit notarial, garantissant ainsi en Suisse un standard minimum en matière de devoir d'information des notaires dans tous les cantons, indépendamment des particularités des législations cantonales sur le notariat.
- B. La disparité des systèmes de notariat choisis par les cantons suisses et la grande variété des activités notariales qui en découlent, a pu amener à élaborer des distinctions parfois laborieuses. Dans ce contexte, on peut saluer les évolutions doctrinales et les législations cantonales visant à restreindre la portée de la distinction entre le devoir d'information et le devoir de conseil, ainsi que l'admission par la jurisprudence fédérale d'une soumission globale de la responsabilité du notaire au droit notarial de son canton.

²⁴ ATF 126 III 370 / SJ 2001 I 149.

Le devoir d'information du banquier

SUSAN EMMENEGGER*

Table des matières

I.	Introduction	67
II.	Terminologie	68
III.	Sources juridiques du devoir d'information	69
1.	Droit du mandat	69
2.	Responsabilité fondée sur la confiance	70
3.	L'art. 11 de la loi sur les bourses	71
4.	Art. 20 de la loi sur les placements collectifs	72
5.	Les règles déontologiques	73
6.	Nouveau développement: la FINMA, législateur en matière de droit privé?	74
IV.	Etendue du devoir d'information	75
1.	Distinction selon les transactions bancaires	76
a.	Execution-Only	76
b.	Conseil en placement	78
c.	Gestion de fortune	79
2.	Information standardisée?	80
V.	Bases du calcul du dommage	81
1.	Intérêt positif ou négatif?	82
2.	Scénarios possibles	83
3.	Moment du calcul du dommage	84
	Bibliographie	87

I. Introduction

Si l'on parle du devoir d'information du banquier, l'on doit d'abord se poser la question de savoir quelle est la définition de « banque » au sens de la loi. La loi sur les banques¹ ne donne pas de définition à ce sujet; elle retient seulement en son article premier que les banques, les banquiers privés et les

* Professeure à la faculté de droit de l'Université de Berne. Je remercie M. Claas Bernhardt, lic. iur., avocat, de l'aide qu'il a fourni dans la rédaction de cet article.

¹ Loi fédérale du 8 novembre 1984 sur les banques et les caisses d'épargne (LB), RO 51 121.

caisses d'épargne sont soumis à la loi. Elle précise en outre que les banquiers privés sont organisés sous forme de raisons individuelles, sociétés collectives et sociétés en commandite, ce qui signifie que ces formes de banques sont soumises à une responsabilité illimitée des associés. La définition de la notion de banque a été introduite pour la première fois seulement en 1994, par le moyen d'une ordonnance, à l'art. 2a lit. a de laquelle se trouve le noyau de la définition². Selon cette définition, sont considérées comme banques les entreprises actives principalement dans le secteur financier et qui, en particulier, acceptent des dépôts du public à titre professionnel ou font appel au public pour les obtenir dans le but de financer pour leur propre compte, de quelque manière que ce soit, un nombre indéterminé de personnes ou entreprises avec lesquelles elles ne forment pas une entité économique.

La « banque » au sens de la loi est ainsi une entreprise qui pratique une activité de crédit – ou plus précisément – une activité de différence d'intérêts : il s'agit d'une entreprise qui reçoit du public de l'argent contre intérêt et prête cet argent à un taux d'intérêt plus élevé. Au vu de la définition légale de ce qu'est un banquier, il semble que la question de son devoir d'information ne devrait pas se poser : on exigera en premier lieu des informations de l'emprunteur qui bénéficie du financement par la banque³.

Cependant, lorsque l'on regarde la réalité des activités bancaires, on s'aperçoit que les opérations classiques de crédit jouent un rôle secondaire dans les comptes de résultats des banques. Les revenus principaux proviennent aujourd'hui des activités de commission et de service. En réalité, le « banquier » n'est pas d'abord celui qui prête de l'argent, mais il est surtout conseiller en placements, gérant de fortune, dépositaire de papiers-valeurs et négociant en valeurs mobilières. Ici, le banquier joue le rôle de prestataire de services financiers et c'est principalement dans ces cas que se posent les questions concernant son devoir d'information envers ceux qui font appel à ses prestations.

II. Terminologie

Le « devoir d'information » du banquier est une notion générale, laquelle comprend différents devoirs qui existent dans le cadre de la communication

² Ordonnance du 12 décembre 1994, en vigueur depuis le 1^{er} février 1995 (RO 1995 253).

³ Cf. cependant ATF 133 III 97 consid. 7.1.1. p. 102, et références citées au sujet des devoirs d'information qui peuvent exister dans le contexte d'un contrat de crédit. Cf. aussi : ROMY / BLOCH, *Mélanges Tercier*, p. 658 et références citées.

avec le client : renseignement, mise en garde, avis, conseil, recommandation⁴. Reste à préciser que ces devoirs ne coexistent pas sans se recouper, ce qui explique que l'on parle souvent des « devoirs d'information », sans spécifier la sous-catégorie visée. Cela sera aussi le cas dans la présente contribution.

III. Sources juridiques du devoir d'information

Le Tribunal fédéral se réfère en général à trois sources de droit distinctes pour fonder les devoirs d'information de la banque : les dispositions concernant le mandat⁵, le principe de confiance⁶, ainsi que l'art. 11 de la Loi sur les bourses^{7/8}. Selon la jurisprudence de notre Cour suprême, ces sources du droit poursuivent un même but, à savoir la sauvegarde loyale des intérêts d'autrui⁹. S'y ajoutent l'art. 20 de La loi sur les placements collectifs¹⁰ et, comme source de droit qui fournit des précisions, les règles déontologiques. En plus, une autre source de droit indirecte est en train de gagner du terrain : le droit public, plus précisément le droit de la surveillance des marchés financiers.

1. Droit du mandat

Les services financiers offerts par les banques dans le domaine des placements portent les empreintes, non pas exclusivement, mais dans une large mesure, du droit du mandat et plus précisément, des devoirs de diligence et de fidélité. Ces derniers fournissent, à leur tour, les bases aux devoirs d'information¹¹.

⁴ En ce qui concerne ces différents aspects, on pourra se référer à la contribution de Christine Chappuis dans le présent ouvrage. Cf. aussi THÉVENOZ, JDBF 2007, p. 21.

⁵ Art. 394 ss CO.

⁶ Art. 2 CC.

⁷ Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM), RO 1997 68.

⁸ Voir par exemple à ce sujet : TF, 4C.205/2006, consid. 3.2, arrêt du 21 février 2007.

⁹ TF, 4C.205/2006, consid. 3.2, arrêt du 21 février 2007.

¹⁰ Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (LPCC), RO 2006 5379.

¹¹ Cf. TF, 4A_351/2007, consid. 2.2, arrêt du 15 janvier 2008 ; ATF 131 III 377 consid. 4.1.1. p. 381 ; ATF 124 III 155 consid. 3a p. 162 ; ATF 119 II 333 consid. 5 p. 355 ; ATF 115 II 62 consid. 3a p. 65. Cf. références citées in : ROMY/BLOCH, Mélanges Tercier, n. 2.

2. Responsabilité fondée sur la confiance

Le Tribunal fédéral mentionne un deuxième fondement juridique des devoirs d'information: la confiance de l'art. 2 CC, ou la responsabilité fondée sur la confiance. Cependant, la question se révèle plus complexe.

Tout d'abord, il faut retenir que le Tribunal fédéral admet des devoirs d'information aussi bien dans le domaine précontractuel que dans le domaine contractuel. Ces devoirs peuvent dès lors conduire à une responsabilité classique pour culpa in contrahendo, absorbée par la responsabilité contractuelle en cas de conclusion ultérieure du contrat¹².

En ce qui concerne la responsabilité fondée sur la confiance, les cas principaux sont ceux dans lesquels la banque se contente d'exécuter ponctuellement les ordres de bourse du client selon les instructions ciblées données par celui-ci. Pour ces cas, le Tribunal fédéral a retenu à plusieurs reprises qu'il n'existe en principe aucun devoir de conseil de la banque. Toutefois, il existe un devoir de mise en garde dans des cas exceptionnels. Parmi ces exceptions se trouve le cas où un rapport particulier *de confiance* s'est développé dans le cadre de la relation d'affaire durable entre le client et la banque, rapport en vertu duquel le client peut, sur la base des règles de la bonne foi, attendre conseil et mise en garde même s'il n'a rien demandé¹³.

Le fondement juridique de ce devoir d'information reste toutefois vague. Dans la plupart des cas, le Tribunal fédéral ne parle pas de responsabilité fondée sur la confiance mais des règles de la bonne foi et de la confiance¹⁴. Il se peut bien que le malaise résulte de la fonction traditionnelle de la responsabilité fondée sur la confiance, qui est de créer des devoirs contractuels en l'absence d'un contrat. Dans le présent contexte, les parties sont cependant liées par un réseau contractuel: elles ont au moins conclu un contrat de compte/dépôt, le plus vraisemblablement aussi un contrat de dépôt et un contrat de commission pour l'exécution des transactions. Le problème réside en ceci que le Tribunal fédéral ne voit dans ces contrats aucun fondement pour les devoirs d'information qu'il considère comme étant dus. Il comble cette lacune par le détour de la responsabilité fondée sur la confiance sans la nommer de manière explicite.

¹² TF, 4C.68/2007, consid. 7.1, arrêt du 13 juin 2008; TF, 4C.205/2006, consid. 3.2 et références citées, arrêt du 21 février 2007.

¹³ Voir par exemple à ce sujet: ATF 133 III 97 consid. 7.1.2 p. 103. Cf. aussi TF, 4C.45/2001, consid. 4a, arrêt du 31 août 2001; TF, 4C.385/2006, consid. 2.2, arrêt du 2 avril 2007, commenté par BRETTON-CHEVALLIER, Actualité CDBF n° 554; THÉVENOZ, JDBF 2007, p. 28 s.

¹⁴ Cf. par exemple TF, 4C.385/2006, consid. 3.2, arrêt du 2 avril 2007.

Dans des décisions récentes, le Tribunal fédéral a néanmoins trouvé une autre issue à ce dilemme : il admet la conclusion tacite d'un contrat de conseil en placement fondé sur le principe de la bonne foi¹⁵. L'on retrouve ainsi le terrain sûr des devoirs d'information extensifs. Ce raisonnement vaut au moins pour les cas dans lesquels le client et la banque ont entretenu des contacts réguliers s'étendant sur la durée. Dans les autres situations, le devoir d'information reste pour le moment fondé sur la « confiance ».

3. L'art. 11 de la loi sur les bourses

Le Tribunal fédéral mentionne l'art. 11 de la Loi sur les bourses comme un troisième fondement des devoirs d'information¹⁶. Cette norme crée des devoirs spécifiques pour le négociant en valeurs mobilières, en particulier le devoir d'information, le devoir de diligence et le devoir de loyauté. Presque toutes les banques sont des négociants en valeurs mobilières. En ce qui concerne le devoir d'information, la loi précise que le négociant informe ses clients en particulier sur les risques liés à un type de transactions donné (art. 11 al. 1 lit. a LBVM)¹⁷. Dans l'accomplissement de ce devoir, le négociant tiendra compte de l'expérience des clients et de l'état de leurs connaissances dans les domaines concernés (art. 11 al. 2 LBVM).

L'art. 11 LBVM est aussi bien une norme de comportement relative à la surveillance que le fondement d'une prétention (autonome) de droit privé. Ces dispositions sont de droit impératif, raison pour laquelle un accord contractuel n'est valable que s'il ne contredit pas l'art. 11 LBVM. En outre, l'art. 11 LBVM trouve également application lorsque le contrat ne prévoit pas ces devoirs¹⁸. Enfin, cette disposition est également applicable – ce qui devrait se produire rarement en dehors du cadre précontractuel – lorsqu'il n'existe aucun contrat¹⁹.

Il reste à se demander quand l'art. 11 LBVM trouve application. La loi parle des devoirs du négociant en valeurs mobilières. L'on pourrait en déduire

¹⁵ ATF 133 III 97 consid. 7.2. p. 103; TF, 4C.394/2005, arrêt du 29 mars 2006; TF, 4C.205/2006, consid. 3.4.1., arrêt du 21 février 2007; ATF 133 III 97 consid. 7.2 p. 103; TF, 4C.410/1997 consid. 3b, SJ 1999 I 205.

¹⁶ La première fois dans un obiter dictum in: TF, 4C.45/2001, consid. 4a, arrêt du 31 août 2001. Une discussion approfondie de la norme n'a eu lieu qu'en 2007, cf. ATF 133 III 97 consid. 5 p. 99 ss; TF, 4C.205/2006, consid. 3.3., arrêt du 21 février 2007; TF, 4C.385/2006, consid. 4.2.2, arrêt du 2 avril 2007.

¹⁷ Voir à ce sujet TF, 4C.205/2006, consid. 3.3, arrêt du 21 février 2007.

¹⁸ ATF 133 III 97 consid. 5.2 p. 99; TF, 4C.205/2006, consid. 3.3, arrêt du 21 février 2007. Pour la doctrine, voir par exemple CHAPPUIS/WERRO, AJP/PJA 2005, 564 ss.

¹⁹ Cf. aussi ROMY/BLOCH, *Mélanges Tercier*, p. 651.

que tout négociant agréé par la Commission fédérale des banques est soumis à ces devoirs²⁰. Le Tribunal de district de Zurich a choisi une interprétation restrictive. Dans l'affaire en question, une banque s'était obligée à une livraison contre paiement et n'avait donc pas exécuté elle-même les transactions boursières. Ces transactions furent effectuées par l'intermédiaire d'un autre négociant, la banque se limitant à livrer les titres du client à ce négociant en cas de vente, et à créditer le compte du client en cas d'achat des titres. Bien entendu, cette banque détenait l'autorisation pour agir comme négociant. Le Tribunal de district a cependant nié l'application de l'art. 11 LBVM pour le motif que la banque n'avait pas agi en tant que négociante, raison pour laquelle elle n'était pas soumise aux devoirs de l'art. 11 LBVM²¹.

Toutefois, le Tribunal fédéral retient une interprétation plutôt large de l'art. 11 LBVM²². Il décida ainsi que l'art. 11 LBVM était également applicable en cas de transfert interne de parts de fonds sur un compte de client. La banque n'avait certes pas entrepris une transaction boursière pour le client, mais elle avait agi en tant que banque dépositaire. A ce titre, elle aurait évidemment vendu les titres en tant que négociant si le client avait décidé de liquider ceux-ci. En outre, la banque était autorisée à intervenir comme négociant et était généralement active en tant que telle²³. En d'autres termes, l'art. 11 LBVM est applicable dès lors que la banque a reçu l'autorisation d'exercer l'activité de négociant et que l'achat ou la vente de valeurs mobilières pour le compte du client est envisagé comme une possibilité dans la relation d'affaires convenue ou effective.

4. Art. 20 de la loi sur les placements collectifs

Les devoirs d'information, de diligence et de fidélité de l'art. 11 LBVM sont également stipulés, sous une forme différente, dans la nouvelle loi sur les placements collectifs à l'encontre des détenteurs d'autorisation et des mandataires soumis à la LPCC. Les banques sont également actives dans ce domaine, raison pour laquelle les devoirs d'information de la LPCC sont pertinents pour elles. La loi prescrit à ces personnes de fournir des comptes transparents et de donner une information appropriée sur les placements collectifs qu'elles administrent (art. 20 al. 1 lit. c LPCC). De plus, l'autorité de surveillance est habilitée à décréter que les règles de conduite adoptées

²⁰ ROMY/BLOCH, *Mélanges Terrier*, p. 650. Dans ce sens aussi ATF 133 III 221 consid. 5.2. p. 225 (cependant en lien avec un rapport *Execution-Only*).

²¹ BezGer ZH, ZR 106 (2007), n° 57. A ce sujet aussi LOMBARDINI, JDBF 2007, 161.

²² TF, 4C.205/2006, passim, arrêt du 21 février 2007.

²³ TF, 4C.205/2006, consid. 3.5.1, arrêt du 21 février 2007.

par une organisation professionnelle ont valeur d'exigence minimale pour la branche (art. 20 al. 2 LPCC).

Il n'existe pour l'instant aucun arrêt de notre Cour suprême qui attesterait le caractère de double norme de l'art. 20 LPCC. Les réflexions qui ont conduit à cette conclusion en ce qui concerne l'art. 11 LBVM peuvent cependant être sans autre transposées à l'art. 20 LPCC. Le message concernant la LPCC mentionne en effet explicitement l'analogie avec l'art. 11 LBVM²⁴. La LPCC forme donc une autre source juridique de droit privé pour les devoirs d'information de la banque.

5. Les règles déontologiques

Les contrats bancaires font l'objet de nombreuses réglementations. Une part importante de celles-ci intervient toutefois de manière indirecte, du fait que l'autorité de surveillance reconnaît les règles des organismes d'autorégulation comme standard minimal de surveillance (art. 7 al. 3 LFINMA)²⁵. Les règles les plus importantes sont celles de l'Association suisse des banquiers. Nombreuses sont ces règles déontologiques qui prévoient des devoirs d'information. L'on mentionnera, par exemple, la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB 08), les Directives relatives au mandat de gestion de fortune, les Règles de conduite pour négociants en valeurs mobilières, les Directives visant à garantir l'indépendance de l'analyse financière, les Directives d'attribution concernant le marché des émissions et les Directives concernant l'information des investisseurs sur les produits structurés²⁶. Il y a aussi lieu de mentionner comme autres acteurs de l'autorégulation l'Association suisse des gérants de fortune et la Swiss Funds Association. Elles ont aussi adopté des réglementations qui prévoient des devoirs d'information²⁷.

Une telle profusion suffit à démontrer que les règles déontologiques jouent un rôle capital dans le domaine bancaire. La question qui se pose est celle de savoir dans quelle mesure ce droit déontologique déploie des effets

²⁴ Message du Conseil fédéral du 23 septembre 2005 concernant la LPCC, FF 2005 5993, 6445.

²⁵ Loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA), RO 2008 5207. Sur le rôle de l'autorégulation, cf. le rapport de la FINMA (alors: CFB) sur l'autorégulation dans le secteur financier suisse, passim, disponible sur le site: www.finma.ch, archives, CFB, publications, communiqués de presse 2007. Pour un résumé cf. ZULAUF/ZIBUNG, ZSR/RDS 127 (2008), p. 14 s., 17 ss.

²⁶ Les règles déontologiques sont disponibles sur le site: www.swissbanking.org.

²⁷ Le Code de Conduite de l'ASG (Association suisse des gérants de fortune) est disponible sur le site: www.vsv-asg.ch. Les règles de conduite de la Swiss Funds Association sont disponibles sur le site: www.sfa.ch.

sur le standard des devoirs en droit privé. Le Tribunal fédéral considère, en se référant à la doctrine, que les règles déontologiques de l'Association suisse des banquiers ne lient certes pas le juge, mais peuvent le guider en tant qu'expression de l'usage professionnel dans l'interprétation et le complètement d'un contrat liant une banque à son client. Il convient de souligner le mot « pouvoir » dans ce contexte. L'Association suisse des banquiers étant une association de banques et non de clients de banques, les usages professionnels des banques ne correspondent pas *per se* aux exigences posées par le droit privé quant aux devoirs relatifs à une affaire bancaire. Cela ressort à l'évidence de la pratique des ordres de rétrocession et des clauses usuelles de répartition des risques contenues dans les conditions générales. C'est également pourquoi, du point de vue de l'autorité de surveillance, les règles déontologiques constituent un standard minimal, mais non des *best practice rules*.

6. Nouveau développement : la FINMA, législateur en matière de droit privé ?

Il y a finalement lieu de signaler un développement supplémentaire : dans le domaine des activités de placement, nous vivons une influence toujours plus forte du droit public sur le droit privé. C'est ce que montrent déjà les doubles normes citées ci-dessus (art. 11 LBVM, art. 20 LPCC). Or, depuis peu, la FINMA également est active dans des domaines qui concernent indubitablement la relation entre la banque et le client. Les devoirs d'information qui nous intéressent ici sont justement concernés par ces activités.

Le 5 septembre 2008, la FINMA (alors : CFB) a ouvert une procédure de consultation concernant deux documents qui contiennent une concrétisation des devoirs d'information pertinents pour les placements. Le premier document est la circulaire « Règles-cadres pour la gestion de fortune », en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2009²⁸. La FINMA y fixe les conditions-cadres pour la reconnaissance des règles de conduite adoptées par des organisations professionnelles qui sont actives dans le domaine de la gestion de fortune. La circulaire concerne en premier chef les gestionnaires de fortune jusqu'alors quasiment non-régulés, et non pas les banques. Elle mérite cependant d'être mentionnée ici, parce que le but de la règle, quant au fond, touche les questions fondamentales du droit privé (forme et teneur du contrat ; devoirs de fidélité, de diligence et d'information ; dédommagements). Le deuxième document est un document de discussion sur le thème des systèmes d'incitation et

²⁸ Circ.-FINMA 09/1 « Règles-cadres pour la gestion de fortune », disponible sur le site : www.finma.ch, réglementation, circulaires.

des conflits d'intérêts lors de la distribution de produits financiers²⁹. Il s'agit donc de la problématique des ristournes qui a été la cause de nombreuses discussions et de publications depuis l'arrêt du Tribunal fédéral en 2006³⁰. Une des propositions vise à définir les devoirs de transparence contenus dans le projet de circulaire sur la gestion de fortune comme le standard général³¹. La procédure de consultation sur les deux documents a été clôturée le 10 novembre 2008³².

Ce développement est nouveau en ce sens que jusqu'à présent, les autorités de surveillance s'étaient imposées une certaine retenue en ce qui concerne la relation de droit privé entre la banque et sa clientèle, en se référant à leur mandat légal (de surveillance). La nouveauté réside en particulier dans le degré de concrétisation et le fait qu'il ne s'agit plus de domaines annexes du droit privé, mais des questions fondamentales dont il traite.

Il est trop tôt pour déterminer quelles seront les conséquences effectives de cette avancée de la régulation sur les devoirs d'information fondés sur le droit privé. L'on devra au minimum tenir pour acquis qu'elle seront des règles qui fournissent des précisions – à l'instar des règles déontologiques – dont le juge civil pourra, mais ne devra pas tenir compte, lors de l'interprétation des devoirs d'information fondés sur le droit privé³³.

IV. Etendue du devoir d'information

Une fois les sources juridiques dont découle le devoir d'information de la banque déterminées, se pose ensuite la question de savoir quelle est l'étendue de ce devoir d'information. Il existe une riche doctrine et jurisprudence à ce propos ; dans ce qui suit, nous mettrons l'accent sur la jurisprudence.

²⁹ Rapport de la CFB/FINMA sur les « Commissions de distribution », disponible sur le site: www.finma.ch, archives, Commission fédérale des banques, réglementation, auditions.

³⁰ ATF 132 III 460. A la suite de cela: KGer GR, 30 janvier 2007: ZF/06/48, Arrêt après le renvoi in ATF 132 III 460, résumé par THÉVENOZ / EMMENEGGER, SZW/RSDA 2008, p. 425. Cf. entre-temps aussi HGer ZH, ZR 107 (2008), n° 35, p. 129 ss et à ce sujet SCHÄREN, AJP/PJA 2008, p. 1204 ss. Pour la doctrine par exemple ROTH, Dreiecksverhältnis, passim; ABEGLLEN, SZW/RSDA 2007, p. 122 ss; EMMENEGGER, Anlagekosten, p. 59 ss.

³¹ Rapport de la CFB/FINMA sur les « Commissions de distribution », p. 79 s.

³² Les résultats de l'audition sont publiés sur le site Internet de la FINMA (www.finma.ch, réglementation, auditions).

³³ D'autres réflexions sur l'influence du droit de la surveillance sur les devoirs d'information fondés sur droit privé se trouvent dans: EMMENEGGER, Festschrift von Büren, en particulier point G (à paraître).

1. Distinction selon les transactions bancaires

Selon les termes du Tribunal fédéral, les devoirs d'information et de conseil de la banque sont « des notions à géométrie variable »³⁴. L'objet et l'étendue du devoir d'information dépendraient, selon le Tribunal fédéral, du genre de service et des circonstances du cas d'espèce, notamment de l'expérience et des connaissances du client. Il faudrait donc plutôt parler de « devoirs d'information » au pluriel que d'« un devoir » au singulier³⁵. Toutefois une première grande subdivision résulte de la distinction entre le conseil en placement, la gestion de fortune et le simple rapport de compte/dépôt (*Execution-Only*)³⁶.

a. *Execution-Only*

Dans les rapports *Execution-Only*, la banque exécute, sur les instructions ciblées du client, des transactions boursières. Aujourd'hui, de telles instructions sont souvent transmises par voie électronique.

En principe, les règles du mandat sur les devoirs d'information (soit directement ou sur la base du renvoi de l'art. 425 al. 2 CO), sont ici aussi applicables. Mais, l'étendue de ce devoir est limitée en cas de rapports *Execution-Only*. Nous avons déjà signalé que la banque qui exécute seulement de manière ponctuelle des transactions boursières pour son client n'a pas un devoir général de sauvegarder les intérêts dudit client. Elle n'est en principe pas non plus soumise à un devoir général de conseil, lorsque le client signale par des mandats ou instructions inconditionnels qu'il n'a pas besoin ou ne désire pas recevoir d'informations ou de conseils de la part de la banque. Un devoir de mise en garde n'existe qu'exceptionnellement³⁷.

Ces principes du devoir d'information doivent être relativisés à plusieurs égards. Premièrement, il faut rappeler que dans des cas exceptionnels, il existe malgré tout un devoir de mise en garde. Tel est par exemple le cas, si la banque doit reconnaître, en faisant preuve de l'attention requise, que le client n'a pas identifié un risque lié au placement, ou si le client peut, compte tenu de la relation d'affaires, attendre conseil et mise en garde selon les règles de

³⁴ TF, 4C.205/2006, consid. 3.2, arrêt du 21 février 2007.

³⁵ TF, 4C.205/2006, consid. 3.2, arrêt du 21 février 2007.

³⁶ Cf. par exemple ATF 133 III 97 consid. 5a p. 102.

³⁷ Voir supra III./2. Pour la jurisprudence cf. par exemple ATF 133 III 97 consid. 7.1.2 p. 103; TF, 4A_189/2007, consid. 2.3, arrêt du 31 juillet 2007; TF, 4C.45/2001, consid. 4a, arrêt du 31 août 2001.

la bonne foi, même s'il ne les a pas demandés³⁸. Deuxièmement, il existe un devoir accru d'information au cas où la banque consent au client un crédit pour financer l'investissement³⁹. Troisièmement, la banque doit renseigner *sur demande*⁴⁰.

Au-delà de ces exceptions propres, on constate des atténuations du principe de la « non-information » : premièrement, il faut rappeler que le Tribunal fédéral a admis relativement facilement, ces dernières années, l'existence d'un contrat tacite de conseil en placement, et par conséquent, des devoirs d'information plus extensifs⁴¹. Deuxièmement, la jurisprudence récente manifeste un intérêt croissant pour l'art. 11 de la loi sur les bourses⁴². Cette norme forme une base autonome et indépendante d'un accord contractuel pour le devoir d'information en cas de commerce de valeurs mobilières. Elle impose (au moins) un devoir (actif) d'information concernant la structure du risque de certaines transactions⁴³. En d'autres termes, le standard minimal de l'art. 11 LBVM va au-delà des devoirs d'information admis jusqu'à présent par le Tribunal fédéral en cas d'absence d'un contrat de conseil ou de gestion de fortune⁴⁴. Cependant, le Tribunal fédéral doit encore tirer cette conséquence dans sa jurisprudence. Rappelons en outre que ces dispositions sont de droit impératif et que l'on ne saurait y déroger⁴⁵.

Finalement, il faut retenir une autre extension possible du devoir d'information, dont les contours sont toutefois encore vagues. Il s'agit de l'examen dit de la *suitability* qui provient du droit américain et qui a déjà été introduit dans le droit de l'Union européenne⁴⁶. La *suitability* exige un examen de la

³⁸ Parmi d'autres : ATF 133 III 97 consid. 7.1.2 p. 103. Pour un résumé des constellations des cas récents, voir ROMY/BLOCH, *Mélanges Tercier*, 657 s.

³⁹ ATF 133 III 97 consid. 7.1.1. p. 102.

⁴⁰ TF, 4A_301/2007, consid. 2.3, arrêt du 31 octobre 2007 ; TF, 4C.205/2006, consid. 3.4.2, arrêt du 21 février 2007 ; TF, 4C.366/2007, consid. 3.1. Cf. aussi ROMY/BLOCH, *Mélanges Tercier*, p. 658.

⁴¹ Voir supra III./2 (responsabilité fondée sur la confiance), à la fin.

⁴² Cf. ATF 133 III 97 consid. 5 p. 99 ss ; TF, 4C.205/2006, consid. 3.3, arrêt du 21 février 2007 ; 4C.385/2006, consid. 4.2.2.2, arrêt du 2 avril 2007.

⁴³ ATF 133 III 97 consid. 5.3. p. 100 ; TF, 4C.205/2006, consid. 3.3, arrêt du 21 février 2007. L'art. 11 LBVM n'oblige cependant pas la banque à renseigner le client en détail sur le fonctionnement de la bourse suisse, cf. ATF 133 III 221 consid. 5.3. p. 228.

⁴⁴ Cf. CHAPPUIS/WERRO, *AJP/PJA* 2005, 568 s., et réf. cit. ; SIBBERN/VON DER CRONE, *SZW/RSDA* 2007, 183.

⁴⁵ Pour les conséquences en lien avec les règles déontologiques, notamment l'art. 3 des Règles de conduite pour négociants en valeurs mobilières applicables à l'exécution d'opérations sur titres 1997 (présomption de connaissance des risques usuels (al. 2), renonciation à des informations (al. 5)) voir CHAPPUIS/WERRO, *AJP/PJA* 2005, 570 s. ; THÉVENOZ, *JDBF* 2007, p. 44 ; SIBBERN/VON DER CRONE, *SZW/RSDA* 2007, 178.

⁴⁶ Pour les détails cf. THÉVENOZ, *JDBF* 2007, p. 32 ss.

situation financière du client et une évaluation de la question de savoir si une transaction est adaptée à un certain client. Dans un de ses arrêts, le Tribunal fédéral a retenu qu'un devoir à procéder à un examen de *suitability* ne saurait être déduit de l'art. 11 LBVM⁴⁷. Néanmoins, le Tribunal fédéral a laissé une porte ouverte à cette question en retenant qu'une partie de la doctrine avait soutenu le point de vue selon lequel le négociant devait procéder à un examen et à un conseil de *suitability* et que ce devoir ne résultait pas directement de l'art. 11 LBVM, mais d'un contrat de conseil conclu implicitement, ou d'une adaptation ultérieure de la loi sur les bourses au droit de l'Union européenne⁴⁸. Ainsi, le sort de l'examen de *suitability* est encore ouvert en droit suisse⁴⁹. La question ne reste cependant ouverte qu'en lien avec les rapports *Execution-Only*. En cas de conseil en placement ou de gestion de fortune, le Tribunal Fédéral exige, *de facto*, que la banque procède à un tel examen⁵⁰.

b. Conseil en placement

Retenons préalablement par rapport au conseil en placement que le Tribunal fédéral a mis à la base de ce contrat des devoirs qui vont au-delà de l'art. 11 LBVM. Par conséquent, le devoir d'information pour le conseil en placement se distingue clairement de celui qui prévaut dans un rapport d'*Execution-Only*, où l'on applique les devoirs d'information restreints décrits plus haut.

La situation juridique actuelle régissant le devoir d'information pour les conseils en placement est résumée dans un arrêt non publié de 2007. Cet arrêt contient d'un côté une délimitation avec les devoirs d'information selon la LBVM et de l'autre côté, les points essentiels concernant le devoir d'information selon la jurisprudence. Ces points sont les suivants :

[...] la banque doit fournir à son client une information véridique et complète chaque fois que, dans un cas concret, le client souhaite information et conseil qui lui sont fournis par la banque professionnellement compétente. De plus, un devoir d'information marqué existe dans l'hypothèse où la banque recommande au client, même spontanément, certaines dispositions patrimoniales, en particulier des placements de capitaux (...). Le renseignement donné par la banque dans un tel cas doit être juste, compréhensible, donné sur la base des éléments disponibles, précis et exhaustif (...). Selon les circonstances, la banque ne répond des conséquences d'un conseil objectivement faux que si, au moment où elle s'est exprimée, le conseil était manifes-

⁴⁷ ATF 133 III 97 consid. 5.4. p. 101.

⁴⁸ ATF 133 III 97 consid. 5.4. p. 101.

⁴⁹ En ce sens aussi : ROMY / BLOCH, *Mélanges Tercier*, p. 651.

⁵⁰ TF, 4C.68/2007, consid. 7.2, arrêt du 13 juin 2008, commenté par BENSANEL / MICOTTI, *Jusletter* 15 déc. 2008, en particulier N. 36 ss.

tement déraisonnable. En effet, le spéculateur doit savoir qu'il ne peut se fier sûrement à un conseil relatif à un événement futur et incertain ; en principe, il doit assumer lui-même les risques, s'il suit le conseil de la banque (...).⁵¹

Il faut ajouter la remarque du Tribunal fédéral, selon laquelle le renseignement sur les risques doit avoir lieu une seule fois. Si la banque a rendu le client attentif aux risques d'investissements dans le domaine de la technologie de l'information, elle n'est pas obligée de répéter cette mise en garde si le client a exprimé son souhait de poursuivre cette stratégie de placement⁵². Il faut en outre ajouter que les principes juridiques développés par le Tribunal fédéral en rapport avec la gestion de fortune s'appliquent ici également, tels notamment le principe *Know-Your-Customer* et le devoir accru d'information, au cas où la banque consent au client un crédit pour financer l'investissement⁵³ et au cas où la banque propose des opérations spéculatives et risquées⁵⁴.

On retiendra que pour le conseil en placements comme pour la gestion de la fortune, l'examen de *suitability* fait de facto partie des devoirs de la banque⁵⁵.

c. *Gestion de fortune*

Lorsque l'on parle de l'étendue du devoir d'information en lien avec la gestion de fortune, il ne s'agit pas tellement de l'information concernant des transactions individuelles, mais plutôt de la fixation d'une stratégie d'investissement. Les devoirs d'information surgissent donc antérieurement à l'exécution effective, et peut-être même avant la conclusion formelle du contrat de gestion de fortune. Cette obligation a toutefois, selon le Tribunal fédéral, la même portée dans le domaine contractuel et précontractuel ; en cas de conclusion du contrat, la responsabilité contractuelle absorbe en outre la responsabilité pour culpa in contrahendo⁵⁶.

Dans l'ensemble, il existe dans le domaine de la gestion de fortune des devoirs de renseignement, d'avertissement et de conseil étendus, qui se recoupent pour l'essentiel avec ceux du conseil en placement : une information

⁵¹ TF, 4C.205/2006, consid. 3.4.1, arrêt du 21 février 2007.

⁵² ATF 133 III 97 consid. 7.2. p. 104.

⁵³ Cela vaut même pour les rapports *Execution-Only*, voir dernièrement ATF 133 III 97 consid. 7.1.1. p. 102, et réf. cit. Par conséquent, ce devoir existe *e fortiori* dans le cas du conseil en placement, qui demande une sauvegarde générale des intérêts de la part du mandataire.

⁵⁴ Cf. TF, 4C.68/2007, consid. 7.1, arrêt du 13 juin 2008. Cela vaut également pour le mandat de gestion, cf. TF, 4C.51/2005, consid. 3.2, arrêt du 5 juillet 2005 ; ATF 124 III consid. 3a p. 163.

⁵⁵ TF, 4C.68/2007, consid. 7.2, arrêt du 13 juin 2008.

⁵⁶ TF, 4C.205/2006, consid. 3.2 et réf. cit., arrêt du 21 février 2007.

circonscrite est exigée au regard du *client spécifique*. Afin que la banque puisse remplir ses devoirs d'information, elle doit au préalable se renseigner en détail sur le niveau de connaissance et d'expérience du client, l'état de ses revenus et de son patrimoine, ses besoins en matière de placements (y compris l'horizon des placements), ainsi que sa disposition à prendre des risques⁵⁷. En d'autres termes, la banque est soumise à un devoir de se renseigner étendu que l'on peut décrire en trois mots par la formule: «know your customer»⁵⁸. Ce n'est que si la banque honore son devoir de se renseigner qu'elle peut honorer diligemment son devoir d'information⁵⁹. Ainsi, l'étendue des renseignements qu'elle donnera au sujet des placements individuels et de leurs risques, en particulier, dépendra essentiellement du niveau de connaissance du client⁶⁰. Le devoir d'information est particulièrement marqué lorsque la banque propose des opérations spéculatives et risquées. Le client inexpérimenté dans ce type d'affaires doit être clairement renseigné sur le risque de perte. La banque doit s'assurer (par des questions) que le client est effectivement prêt à courir les risques en question. Il ne suffit pas que la banque mentionne simplement le risque de perte et qu'elle recueille formellement, sur cette base, le consentement du client⁶¹. Finalement, du devoir de sauvegarde générale des intérêts du client décole en plus un devoir de renseignement extensif lorsque la banque met à disposition des crédits en vue du financement des investissements dans le cadre d'un contrat de gestion de fortune⁶².

2. Information standardisée ?

L'activité bancaire est une activité de masse. Les documents bancaires sont presque exclusivement utilisés sous une forme standardisée. Les informa-

⁵⁷ TF, 4C.68/2007, consid. 7.1, arrêt du 13 juin 2008 (client proche de sa retraite), commenté par BENSANEL / MICOTTI, Jusletter 15 déc. 2008, en particulier N. 33 ss; ATF 124 III 155 consid. 3a p. 162. En détail également GUTZWILLER, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, p. 112 ss.

⁵⁸ Cf. TF, 4C.158/2006, consid. 3.3.1, arrêt du 10 novembre 2006 (en principe, devoir de rassembler un profil du client).

⁵⁹ Sur le lien étroit entre le devoir de question et le devoir d'information de la banque, voir GUTZWILLER, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, p. 111.

⁶⁰ TF, 4C.51/2005, consid. 3.2, arrêt du 5 juillet 2005; 4C.151/2001, consid. 3, arrêt du 23 octobre 2001; ATF 124 III 155 consid. 3a p. 162 f.

⁶¹ TF, 4C.51/2005, consid. 3.2, arrêt du 5 juillet 2005; ATF 124 III 155 consid. 3a p. 162; 119 II 333 consid. 5a p. 335; 115 II 62 consid. 3a p. 65. Pour le contrat de gestion cf. TF, 4C.68/2007, consid. 7.1, arrêt du 13 juin 2008.

⁶² Ceci vaut même dans les relations d'Execution Only, voir dernièrement ATF 133 III 97 consid. 7.1.1. p. 102, et réf. cit. Ce devoir existe *e fortiori* dans le cas du mandat de gestion, puisque le gestionnaire est tenu à la sauvegarde générale des intérêts du client, cf. TF 4C.265/2001 consid. 2a, arrêt du 22 janvier 2002; OGer ZH, 106 (2007), n° 14, p. 70.

tions des banques au sujet des risques de perte des activités de placement sont également concernées. Ici aussi, l'on distinguera à nouveau en fonction du type d'activité bancaire, et au sein de chaque catégorie, l'on devra de plus se baser sur le cas d'espèce.

Au sujet de l'art. 11 al. 1 lit. a LBVM, le Tribunal fédéral a retenu que l'information peut être fournie sous forme standardisée. Il faut dans ce cas partir du principe que le client est inexpérimenté. L'étendue et le contenu de l'information doivent s'adresser à des clients disposant d'un degré d'expérience et de connaissance objectivement bas. Une standardisation présuppose de plus que l'information puisse être délivrée en une forme généralement compréhensible et de manière identique pour tous les clients. Dans la pratique, les informations standardisées sont régulièrement délivrées au moyen de brochure d'information sur les risques encourus (les *Risk Disclosure Statements*)⁶³.

L'art. 11 de la loi sur les bourses vaut certes pour toutes les activités de placement; or, il forme un «standard minimal» qu'il faut surtout respecter dans les activités d'*Execution-Only*. Dans ce domaine d'activités, une information individualisée serait cause de coûts que le client souhaite en général éviter. L'on comprend sans autre que dans le cas d'un conseil en placement ou d'une gestion de fortune, on ne peut en règle générale pas remplir ses devoirs d'information simplement en donnant des brochures⁶⁴. Dans ce cas, la banque doit par ailleurs établir au préalable le degré d'expérience du client ainsi que ses connaissances particulières avec la diligence que l'on peut raisonnablement exiger d'elle selon les circonstances⁶⁵.

V. Bases du calcul du dommage

Différentes constellations peuvent surgir au regard d'actions en dommages et intérêts pour violation des devoirs d'information. Une constellation importante est celle de la recommandation erronée, une autre est celle de l'absence de renseignements. Même en nous limitant à ces cas, une étude de toutes les questions ouvertes dépasserait le cadre de cette contribution⁶⁶.

⁶³ ATF 133 III 97 consid. 5.3. p. 100 s. Cf. aussi TF, 4C.385/2006, consid. 4.2, arrêt du 2 avril 2007.

⁶⁴ Sur la question de l'information détaillée, voir aussi THÉVENOZ, JDBF 2007, p. 41.

⁶⁵ Cf. art. 3 al. 4 Règles de conduite pour négociants en valeurs mobilières applicables pour l'exécution d'opérations sur titres, Directives de l'Association Suisse des Banquiers du 22 janvier 1997 et à ce sujet TF, 4C.385/2006, consid. 4.2.2, arrêt du 2 avril 2007.

⁶⁶ Pour cela, nous renvoyons à l'exposé complet de CHAPPUIS, JDBF 2008, p. 83 ss.

1. Intérêt positif ou négatif?

Si la banque donne au client une recommandation erronée ou omet de donner les renseignements nécessaires, le client peut en principe réclamer des dommages-intérêts. Il y a tout d'abord lieu de se demander quelle nature du dommage-intérêt est déterminante. Dans un contexte contractuel, on tient majoritairement pour acquis que l'intérêt positif (intérêt à l'exécution) est déterminant⁶⁷. Il arrive cependant que l'on différencie: dans le cas de la gestion de fortune, ce serait l'intérêt positif, dans le cas du conseil en placement l'intérêt négatif qui serait déterminant. Cela tiendrait à la nature du conseil en placement, car dans ce cas, l'on ne peut – contrairement à ce qui se passe avec la gestion de fortune – partir du principe qu'il y aurait eu un investissement alternatif en cas de conseil correct, mais seulement qu'il n'y aurait pas eu d'investissement du tout⁶⁸. De fait, le Tribunal fédéral, dans un cas de conseil en placement, a placé le demandeur dans la situation où il aurait été si le contrat n'avait pas été conclu⁶⁹.

A juste titre, c'est dans les deux cas que l'intérêt positif est déterminant. Cela dit, dans les constellations examinées ici, l'intérêt positif peut se recouper avec l'intérêt négatif. L'exemple suivant devrait éclairer ceci: si une recommandation erronée a lieu, le client (selon l'intérêt positif) doit être placé dans la situation où il aurait été si la recommandation avait été correcte⁷⁰. Une recommandation correcte devrait dans notre cas prendre la forme d'une absence de recommandation, ou d'un avertissement. En d'autres termes, une recommandation correcte aurait conduit à ce que le client renonce à l'investissement. Dans le cas d'espèce, cela peut se recouper avec le résultat que l'on atteint si l'on part du principe que le client n'aurait jamais conclu le contrat de conseil (intérêt négatif).

Dans la doctrine, des voix plaident pour qu'au vu de cette particularité, l'on n'opère pas avec les catégories d'intérêt positif et négatif en cas d'activités de placement. Au lieu de cela, on parle « d'intérêt à une information correcte »

⁶⁷ TF, 4A_351/2007, consid. 3.2.2, arrêt du 15 janvier 2008; TF, 4C.158/2006, consid. 4.2.2, arrêt du 10 novembre 2006; CARRANZA/MICOTTI, Jusletter 26 mai 2008, N. 9; CHAPPUIS, HAVE/REAS 2008, 142 s.; CHAPPUIS, JDBF 2008, p. 84 s.; WALTER, ZSR/RDS I 2001, 113; GUTZWILLER, SJZ/RSJ 101 (2005), 362.

⁶⁸ MOOR/MOLO, SSZP/RSPC 2007, p. 439. Cf. aussi LOMBARDINI, Gestion de fortune, p. 152 n. 26.

⁶⁹ ATF 124 III 155 consid. 3d p. 166. Sur les particularités de ce cas, cf. GUTZWILLER, SJZ/RSJ 101 (2005), p. 362.

⁷⁰ TF, 4C.158/2006, consid. 4.2.2, arrêt du 10 novembre 2006; WALTER, ZSR/RDS I 2001, 113; GUTZWILLER, SJZ/RSJ 101 (2005), 362.

[*Richtigkeitsinteresse*] ou « d'intérêt à l'intégrité » [*Integritätsinteresse*]⁷¹. Il y a de bonnes raisons pour cela. Il semble cependant encore plus important que l'on garde à l'esprit la teneur de l'intérêt déterminant – indépendamment de la terminologie : le client est à placer dans la situation qui aurait été la sienne s'il avait été correctement informé.

2. Scénarios possibles

Si l'on se base sur le fait que le client doit être mis dans la situation qui aurait été la sienne s'il avait été correctement informé, on arrive à différents scénarios qui peuvent être mis à la base du calcul du dommage⁷² :

- Le client n'aurait pas effectué l'investissement en cas d'information correcte ;
- En cas d'information correcte, le client n'aurait pas effectué l'investissement et, au lieu de cela, aurait conclu une affaire alternative ;
- En cas d'information correcte, le client aurait effectué l'investissement à un prix plus bas.

Lequel de ces scénarios doit être envisagé doit se décider au cas par cas et sous un angle pratique, en fonction du fait qu'il soit prouvable ou pas. La solution la plus simple est de se baser sur le premier scénario ; le Tribunal fédéral a d'ailleurs déjà choisi cette façon d'analyse pour le calcul du dommage⁷³.

La preuve dans le deuxième scénario est nettement plus difficile à apporter, car on doit en particulier prouver la conclusion d'un investissement alternatif. Il est pensable que l'on puisse faire valoir avec succès le gain manqué (ou la réduction du dommage) dans le cas d'un contrat de gestion de fortune lors duquel l'on n'a pas été informé des risques de l'investissement. Dans de tels cas, le lien de causalité adéquate indique peut-être qu'un autre investissement moins risqué, mais néanmoins rentable, aurait eu lieu. Pour le calcul du dommage, la jurisprudence récente donne quelques points de référence, en lien avec un cas de gestion de fortune où la stratégie d'investissement décidée n'avait pas été respectée : en principe, on compare le résultat du portefeuille administré en violation du mandat avec celui d'un portefeuille hypothétique de même ampleur géré pendant la même période conformément aux

⁷¹ Cf. WEBER, *Anlageschäden*, p. 139 ss (*Richtigkeitsinteresse*) ; ABEGLLEN, *Aufklärungspflichten*, p. 86 (*Integritätsinteresse*).

⁷² Cf. à ce sujet aussi WEBER, *Anlageschäden*, p. 140.

⁷³ ATF 124 III 155 consid. 3d p. 166.

instructions du contrat⁷⁴. Il faut cependant prendre garde au fait qu'en cas de violation du devoir d'information, on ne peut pas toujours prouver qu'un autre investissement aurait *effectivement* été effectué. Il est aussi possible et plausible que dans l'ensemble, l'investissement n'aurait pas eu lieu. C'est pourquoi le calcul du dommage qui est actuellement utilisé lors du non-respect de la stratégie d'investissement convenue ne peut pas automatiquement être appliqué à la violation des devoirs d'information.

La situation est encore plus compliquée dans le troisième scénario car l'on doit établir la variation hypothétique du cours d'un papier-valeur en cas d'information correcte.

3. Moment du calcul du dommage

Le moment du calcul du dommage est également cause de discussion. Il est communément admis que le dommage juridiquement reconnu correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait eu ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit⁷⁵. Le moment du calcul du dommage fixe le jour de référence auquel la différence entre les deux états du patrimoine doit être calculée. De manière générale, la règle suivante est valable: en matière contractuelle, selon la doctrine majoritaire, le dommage se calcule aux choix du créancier, au moment le plus favorable entre la violation du contrat et le jour du jugement⁷⁶. En matière extracontractuelle, on apprécie en général le dommage au moment de l'événement dommageable ou au moment du jugement⁷⁷. Il y a de nombreuses exceptions à ces règles⁷⁸. Les dommages résultant de placements sont concer-

⁷⁴ Dernièrement TF, 4A_351/2007, consid. 3.2.2, arrêt du 15 janvier 2008, commenté par BRETTON-CHEVALLIER, Actualité CDBF n° 576; CARRANZI / MICOTTI, Jusletter 26 mai 2008; CHAPPUIS, *Have* 2008, 141 ss. Cf. aussi TF, 4C.295/2006, consid. 5.2.2, arrêt du 30 novembre 2006; TF, 4C.18/2004, consid. 2, arrêt du 3 décembre 2004. Il faut ajouter que selon la formule du Tribunal fédéral, il faut se baser sur une performance *moyenne*, tandis que notre Cour suprême, in: TF, 4A_351/2007, consid. 3.2 s., arrêt du 15 janvier 2008, a cautionné la conclusion de l'instance cantonale qui s'orientait à la performance du fonds qui avait apporté le plus mauvais rendement. Sur la question de la *compensatio lucri cum danno* cf. enfin consid. 3.4., avec critique de CARRANZO / MICOTTI, Jusletter 26 mai 2007 N 22 ss, 29, avec référence de la jurisprudence contraire.

⁷⁵ Cf. ATF 128 III 22 consid. 2.e.aa. p. 26.

⁷⁶ ATF 130 III 591 consid. 3.1 p. 597 (en cas de violation positive du contrat); ATF 120 II 296 consid. 3b p. 300 (en cas de prestation impossible); THÉVENOZ, *Commentaire Romand*, art. 97 CO N 59. Pour un aperçu (avec différenciations): GAUCH / SCHLUEP / EMMENEGGER, OR AT II, N 2925 ss. En détail et partiellement critique: CHAPPUIS, *Le moment du dommage*, N 656 ss; N 873 ss.

⁷⁷ ATF 99 II 214 consid. 3b (dernière instance cantonale qui peut encore connaître des faits nouveaux); OTT / TENCHIO, ZSR/RDS I 117 (1998), 189; CHAPPUIS, *Le moment du dommage*, N 864 ss.

⁷⁸ Cf. CHAPPUIS, *Le moment du dommage*, N 864 ss, N 873 ss.

nés par une telle exception. Ceci est dû à plusieurs raisons. La spécificité de ce dommage est notamment due au fait qu'au moment de la violation du devoir d'information, l'on ne fait que créer une cause pour une diminution ultérieure du patrimoine ; à ce moment, il n'existe ainsi encore aucune diminution mesurable du patrimoine. Or même lors des développements ultérieurs, il n'existe pas de moment « naturel » servant à déterminer le dommage, car celui-ci varie en fonction de la dynamique du marché des papiers-valeurs. A un moment, la différence entre l'état actuel du patrimoine et l'état du patrimoine au cas où l'investissement n'avait pas été effectué, ou si un investissement alternatif avait été effectué pourra être plus grande, à un autre elle sera plus petite⁷⁹. Il n'est donc pas étonnant qu'il existe différentes conceptions quant à savoir sur quel moment il faut se baser pour constater le dommage. Selon une conception, le dommage ne pourra être chiffré que lorsque l'investissement aura été liquidé ; il faudra donc se baser sur le moment de la vente des titres⁸⁰. Selon un autre avis, l'investisseur pourra choisir librement le moment, mais il sera par la suite lié à son choix⁸¹. Selon un troisième avis, le moment déterminant sera la durée hypothétique de la relation contractuelle⁸². Un quatrième avis se base sur la résiliation effective ou possible (ou la plus tôt possible) du contrat⁸³. Enfin, un cinquième avis différencie entre la gestion de fortune (résiliation effective du contrat) et les conseils en placement (connaissance du dommage ainsi que possibilité de se défaire des titres)⁸⁴.

Le Tribunal fédéral opère avec différents moments. Dans les cas de gestion de fortune ou de conseils en placement violant des obligations contractuelles, il s'est désormais déjà plusieurs fois basé sur le moment de la résiliation du contrat⁸⁵. Dans un autre arrêt, il a admis la manière de procéder de la Cour de Justice de Genève qui a fixé la fin de la période de calcul de la différence au moment auquel la cliente avait pu intervenir contre la violation du contrat. La

⁷⁹ Cf. aussi CHAPPUIS, JDBF 2008, p. 87, 89 s.

⁸⁰ Ainsi par exemple SCHALLER, Finanzanalysten-Recht, p. 166, et réf. cit. ; LOMBARDINI, Le dommage du client, p. 3. Critique à ce sujet CHAPPUIS, Le moment du dommage, p. 353.

⁸¹ Ainsi par exemple WEBER, Anlageschäden, p. 144.

⁸² Ainsi l'intimée in TF, 4A_531/2007, consid. 3.1, arrêt du 5 mars 2008 (mandat de gestion de 3 à 5 ans).

⁸³ Résiliation effective ou la plus rapide possible du contrat : CHAPPUIS, Le moment du dommage, N 768 ss (en principe) ; LE MÊME, JDBF 2008 (à paraître) II./B./b. sur les exceptions possibles. Résiliation effective du contrat : BENSÄHEL/MICOTTI/SCHERRER, SJ 2008 II, p. 349 ; BENSÄHEL/MICOTTI, Jusletter 15 déc. 2008, N. 41 s. (pour la gestion de fortune).

⁸⁴ BENSÄHEL/MICOTTI, Jusletter 15 déc. 2008, N. 43.

⁸⁵ En dernier lieu TF, 4C.68/2007, consid. 11, arrêt du 13 juin 2008, commenté par : BENSÄHEL/MICOTTI, Jusletter 15 déc. 2008 (conseils en placement). Cf. aussi TF, 4A_351/2007, consid. 3.2.3, 3.4, arrêt du 15 janvier 2008, commenté par : BRETTON-CHEVALLIER, Actualité CDBF n° 576 ; CARRANZA/MICOTTI, Jusletter 26 mai 2008 ; CHAPPUIS, HAVE/REAS 2008, 141 ss (Gestion de fortune). Cf. en outre TF, 4C.18/2004, consid. 1.2, arrêt du 3 décembre 2004.

relation contractuelle avait cependant été poursuivie et la cliente avait conservé dans son portefeuille une partie des actions acquises en violation du contrat. Le Tribunal fédéral a souligné que dans les activités de placement, le dommage est très difficile à déterminer et que c'était à bon droit que l'autorité cantonale s'était référée à l'art. 42 al. 2 CO⁸⁶. Cette disposition aura encore à l'avenir un rôle central à jouer pour le calcul des dommages résultant de placements; le Tribunal fédéral s'en est déjà servi dans d'autres arrêts⁸⁷. Une analyse de la jurisprudence actuelle par la doctrine montre aussi que le Tribunal fédéral veut, dans l'ensemble, conserver une flexibilité complète pour le calcul du dommage⁸⁸.

⁸⁶ TF, 4C.295/2006 consid. 5.2.2, arrêt du 30 novembre 2006.

⁸⁷ TF, 4A_351/2007, consid. 3.3.1, arrêt du 15 janvier 2008. Sur le rôle de l'art. 42 al. 2 CO lors des dommages résultants de placements cf. MOOR/MOLO, SSZP/RSPC 2007, 431 ss. Sur le fardeau de la preuve dans cette disposition en lien avec les dommages résultants de placements, cf. TF, 4C.412/2004, consid. 3.2, arrêt du 23 février 2005. Egalement en faveur d'une considération au cas par cas: CHAPPUIS, Le moment du dommage, N. 768.

⁸⁸ Cf. l'analyse de CHAPPUIS, JDBF 2008, p. 89 ss.

Bibliographie

- ABEGGLEN, SANDRO, « Retrozession » ist nicht gleich « Retrozession » : Zur Anwendbarkeit von Art. 400 Abs. 1 OR auf Entschädigungen, die an Banken geleistet werden, insbesondere im Fondsvertrieb, SZW/RSDA 2007, p. 122-134.
- Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft: Entwurf eines Systems zu ihrer Konkretisierung (thèse Berne), Berne 1995.
- BENSAHEL, FRÉDÉRIQUE / MICOTTI, SÉBASTIEN, Nouveautés en matière de conseil en placements, Jusletter 15 décembre 2008.
- BENSAHEL, FREDERIQUE / MICOTTI, SEBASTIEN / SCHERRER, JEAN-FRANÇOIS, Certains aspects du dommage dans la gestion de fortune, SJ 2008 II, p. 333-361.
- BRETTON-CHEVALIER, CLAUDE, Gestion de fortune, faute grave et calcul du dommage, Actualité CDBF n° 576, www.unige.ch/cdbf, sous: actualité n° 576.
- Devoir d'information en l'absence d'un mandat de gestion de fortune, Actualité CDBF n° 554, www.unige.ch/cdbf, sous: actualité n° 554.
- CARRANZA, CALROS JAÏCO / MICOTTI, SÉBASTIEN, Gestion de fortune et dommage causé au client. Quelques commentaires à l'arrêt 4A_351/2007, du 15 janvier 2008, in: Jusletter 26 mai 2008, disponible sur le site: www.jusletter.ch.
- CHAPPUIS, BENOIT, La détermination du dommage dans la responsabilité du gérant de fortune, in: Journée de droit bancaire et financier (JDBF) 2008, p. 83-107.
- Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_351/2007 du 15 janvier 2008. L'évaluation du dommage face aux fluctuations de la bourse, in HAVE/REAS 2008, p. 141-145.
 - Le moment du dommage: analyse du rôle du temps de la détermination et la réparation du dommage (thèse Fribourg), Zurich 2007.
- CHAPPUIS, BENOIT / WERRO, FRANZ, Le devoir d'information de l'article 11 LBVM et son rôle en droit civil à la lumière des règles de conduite de l'ASB, AJP/PJA 2005, p. 560-572.
- EMMENEGGER, SUSAN, Die Informationspflichten der Bank bei Anlagegeschäften: Tout devient du droit public?, in: Festschrift für Roland von Büren, à paraître.

- Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: S. Emmenegger (édit.), *Anlagerecht*, Bâle 2007, p. 59-127.
- GAUCH, PETER / SCHLUEP, WALTER R. / EMMENEGGER, SUSAN, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, vol. II, 9^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2008.
- GUTZWILLER, PETER CHRISTOPH, *Rechtsfragen der Vermögensverwaltung*, Zurich 2008.
- Schadensstiftung und Schadensberechnung bei pflichtwidriger Vermögensverwaltung und Anlageberatung, *SJZ/RSJ* 101 (2005), p. 357-364.
- Der Beweis der Verletzung von Sorgfaltspflichten, insbesondere der Aufklärungspflicht, im Anlagegeschäft der Banken, in: *AJP/PJA* 2004, p. 411.
- LOMBARDINI, CARLO, *Chronique de la jurisprudence civile*, in: Thévenoz/Bovet (édit.), *Journée 2007 de droit bancaire et financier*, Genève/Zurich/Bâle 2008, p. 153-172.
- Le dommage du client dans la gestion de fortune: un sujet complexe, relevant 2005 n^o 4 (15 avril 2005), p. 1-7 (deutsche Fassung unter relevant 2006 no. 1, p. 1-7).
- *Droit et pratique de la gestion de fortune*, 3^e éd., Bâle 2003.
- MOOR, LORENZO / MOLO, GIOVANNI, *Qualificazione del danno e facilitazione probatorie (ex. art. 42 cpv 2 CO) nelle vertenze di diritto bancario*, *SSZP/RSPC* 2007, p. 431-448 (*Zeitschrift für schweizerisches Zivilprozessrecht*).
- OTT, WALTER / TENCHIO-KUZMIC, KRISTINA, *Der massgebende Zeitpunkt der Schadensberechnung im Delikts- und Vertragsrecht*, in: *ZSR/RDS* 117 (1998) I, S. 183-207.
- ROMY, ISABELLE / BLOCH, OLIVIER, *Les devoirs d'information du banquier à la lumière de la jurisprudence fédérale récente*, in: Peter Gauch et al. (édit.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Zurich 2008, p. 647-663.
- ROTH, MONIKA, *Das Dreiecksverhältnis Kunde – Bank – Vermögensverwalter: Treue- und Sorgfaltspflichten in Anlageberatung und Vermögensverwaltung unter besonderer Berücksichtigung von Retrozessionen, Finder's Fees und andern Vorteilen*, Zurich 2007.
- SCHALLER JEAN-MARC, *Finanzanalysten-Recht: die Berufstätigkeit der Finanzanalysten im Rahmen des Privat-, Straf- und Aufsichtsrechts (thèse Zurich)*, Zurich 2004.
- SCHÄREN, SIMON, *Rechenschafts- und Herausgabepflicht des Vermögensverwalters im Bezug auf „Retrozessionen“*, Urteil des Handelsgerichtes Zürich vom 26. Juni 2007 und dessen Einordnung im Lichte der bisherigen Lehre und Rechtsprechung, in: *AJP/PJA* 2008, p. 1204-1212.

- SIBBERN, ERIC / VON DER CRONE, HANS CASPAR, Informationspflichten im Anlagegeschäft. Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.270/2006 (BGE 133 III 97) vom 4. Januar 2007 i.S.X. (Kläger und Berufungskläger) gegen Y. AG (Beklagte und Berufungsbeklagte, SZW/RSDA 2007, p. 173-183.
- THALMANN, CHRISTIAN, Von der vorvertraglichen Aufklärungspflicht der Bank zur börsengesetzlichen Informationspflicht des Effekthändlers, in: Rainer J. Schweizer et al. (édit.), Festschrift für Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zurich 2002, p. 971-992.
- THÉVENOZ, LUC, Information, conseil, mise en garde: risques et responsabilité dans les opérations sur valeurs mobilières, in: Thévenoz/Bovet (édit.), Journée 2007 de droit bancaire et financier, Genève/Zurich/Bâle 2008, p. 19-57.
- Art. 97 CO, in: Thévenoz/Werro (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, Genève/Bâle/Munich 2003.
- THÉVENOZ, LUC / EMMENEGGER, SUSAN / GOMEZ RICHA, LUCIA / ZBINDEN, ANDREA, Le droit bancaire privé suisse 2007-2008 / Das schweizerische Bankprivatrecht 2007-2008, Zusammenfassung der Rechtsprechung, in: SZW/RSDA 2008, p. 418-438.
- WALTER, HANS PETER, Prozessuale Aspekte beim Streit zwischen Kunden und Vermögensverwalter, ZSR/RDS I 2001, p. 99-134.
- WEBER, ROLF H., Anlageschäden, in: S. Emmenegger (édit.), Anlagerecht, Bâle 2007, p. 129-158.
- WIEGAND WOLFGANG, Art. 97-109 OR, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 4^e éd., Bâle 2007.
- ZULAUF, URS / ZIBUNG, OLIVER, Aufsichtsregeln zur Vermögensverwaltung in der Schweiz – Status Quo und Ausblick, in: ZSR/RDS 127 (2008) I, p. 9-40.

La responsabilité de la société pharmaceutique pour l'information défectueuse sur son médicament

VALÉRIE JUNOD*

Table des matières

I.	Introduction	92
II.	Les obligations des sociétés pharmaceutiques	94
A.	L'information sur le médicament: les deux notices d'emploi	94
1.	Le cadre légal fixé par l'OMéd et l'OEMéd	95
2.	Les précisions apportées par Swissmedic	96
B.	La pharmacovigilance	98
1.	Les essais cliniques post-AMM	98
2.	Les annonces d'effets indésirables	99
C.	La mise à jour des notices d'emploi	100
D.	L'information directe au patient	101
III.	Les conditions de la responsabilité	103
A.	Le lien de causalité	104
1.	Lien de causalité entre le médicament et l'atteinte à la santé	106
2.	Lien de causalité entre la lacune dans l'information et le dommage?	108
3.	Le rôle du médecin	109
4.	Le rôle du patient dans la chaîne causale	110
a)	Le patient n'informe pas correctement son médecin	110
b)	Le patient est trop sensible	112
c)	Le patient passe outre une contre-indication claire	113
5.	La collaboration de l'autorité	114
6.	La perte d'une chance	114
B.	Le dommage	115
1.	La prédisposition du patient	115
2.	Le suivi médical	117
3.	Le remboursement du prix du médicament	117
C.	L'acte illicite	118
1.	L'atteinte au droit absolu à l'intégrité physique (illicéité du résultat)	119
a)	Médicament obtenu sans prescription	120
b)	Médicament prescrit par le médecin	121
2.	La violation de règles protégeant la santé du patient (illicéité du comportement)	123
3.	L'acte illicite de l'auxiliaire selon l'art. 55 CO	124

* Professeure associée à l'Université de Lausanne, chargée de cours à l'Université de Genève. L'auteur remercie Charles-André Junod pour ses conseils et remarques critiques.

D. Le défaut	125
1. La notice d'emploi mentionne l'effet indésirable	126
2. Les notices d'emploi ne mentionnent pas l'effet indésirable	129
3. Seule une des deux notices mentionne l'effet indésirable	131
4. La notice d'emploi mentionne mal l'effet indésirable	131
5. L'effet indésirable est seulement suspecté	132
6. Le patient est trop sensible	133
7. Le rôle du médecin	134
8. Il existe un nouveau médicament plus sûr	134
9. Le degré de preuve	135
E. La faute selon l'art. 41 CO	136
1. La société est-elle tenue de mener des études supplémentaires ?	138
2. La société est-elle tenue de mentionner des effets indésirables incertains ?	140
F. Les preuves libératoires	141
1. Les preuves libératoires de l'art. 55 CO	142
a) La diligence dans le choix, l'instruction et la surveillance de l'auxiliaire	142
b) Dommage inévitable	143
2. Les preuves libératoires de la LRF	143
a) La conformité avec des règles impératives	143
b) Les risques de développement	145
IV. Conclusion	148
Bibliographie	150

I. Introduction

Quelle responsabilité assume la société pharmaceutique vis-à-vis des patients qui prennent son médicament ?

On est tenté de répondre: en pratique, aucune. En effet, en Suisse, cette responsabilité n'est quasiment jamais mise en œuvre¹; il n'existe, à ma connais-

¹ Pourtant, les lésions causées par les médicaments sont loin d'être rares. Une étude américaine publiée en 1998 estime que 6,7% des patients hospitalisés subissent un effet indésirable grave causé par un médicament (y compris les effets liés à un mauvais usage); 0,32% en meurent. Les auteurs concluent que les effets indésirables des médicaments représentent entre la 4^e et la 6^e cause de tous les décès. LAZAROU Jason et al., *Incidence of Adverse Drug Reactions in Hospitalized Patients, A Meta-analysis of Prospective Studies*, 279 Journal of the American Medical Association (JAMA) p. 1200-1205 (1998). Une autre étude a constaté que plus de 5% des motifs d'hospitalisations étaient attribuables à des effets indésirables de médicaments. Cf. KONGKAEW Chuenjid et al., *Adverse Drug Reactions, Hospital Admissions Associated with Adverse Drug Reactions: A Systematic Review of Prospective Observational Studies*, 42 The Annals of Pharmacotherapy p. 1017-1025 (2008). De même, une étude canadienne estime qu'une hospitalisation sur neuf aux services des urgences hospitalières est due à un médicament. ZED Peter J. et al., *Incidence, severity and preventability of medication-related visits to the emergency department: a prospective study*, 178 Canadian Medical Association Journal (CMAJ) p. 1563 (2008). En Suisse, voir la note 26 *infra*.

sance, aucun arrêt publié ayant donné raison à un patient et forcé la société pharmaceutique à l'indemniser². A l'inverse, un jugement fribourgeois, non publié, a débouté un patient³. Si les médecins sont fréquemment condamnés, les sociétés pharmaceutiques semblent tirer leur épingle du jeu. Cette constatation surprend, car les innombrables procès américains créent l'impression que l'industrie pharmaceutique est une cible facile, agrémentée de « *very deep pockets* »⁴. L'absence de tels procès en Suisse tient en bonne partie aux nombreuses embûches semées sur la route du patient lésé⁵; ces difficultés sont attribuables aux nombreuses incertitudes factuelles et juridiques. S'il est fort difficile de pallier l'incertitude médicale, est-il possible de minimiser l'insécurité juridique? Le présent article s'y attèle, sans toutefois pouvoir prétendre apporter des réponses définitives.

Le premier chapitre décrit les obligations des sociétés pharmaceutiques, en se concentrant sur les modalités du devoir d'information. Le second chapitre tire les conséquences d'une information défectueuse⁶; il examine successivement les différentes conditions à satisfaire pour qu'une action en responsabilité soit admise. L'article conclut sur une appréciation critique des avantages et inconvénients d'un droit plus favorable aux procès pharmaceutiques sur le modèle américain.

2 Dans son article sur la Loi sur la responsabilité du fait des produits (LRFP), Guy CHAPPUIS mentionne quelques affaires mettant en cause des dispositifs médicaux; cependant, les dispositifs médicaux ne sont pas des médicaments et obéissent à des règles bien différentes. Cf. « La responsabilité civile du fait des produits: les expériences d'un assureur », in Chappuis/Winiger (édit.), *Responsabilités objectives*, Zurich 2003, p. 148. Par ailleurs, l'affaire pénale « 5-FU » pourrait donner lieu à un futur arrêt sur la responsabilité pour défaut (probablement de fabrication) d'un médicament. Cf. arrêt de renvoi du Tribunal fédéral 6B_646/2007 du 24 avril 2008.

3 Jugement du 13 août 2007 du Tribunal civil de la Veveysse. L'arrêt, non publié, m'a été communiqué à titre confidentiel.

4 Même en 2008, l'industrie pharmaceutique occupe la troisième position des industries les plus profitables (calcul en fonction du profit sur le chiffre d'affaires). Cf. le classement de Fortune 500 sur CNN Money (site consulté le 1^{er} mars 2009).

5 L'autre raison majeure tient au système suisse d'assurance sociale. En Suisse, le patient lésé peut se tourner vers l'assurance-maladie, l'assurance-accident et/ou l'assurance-invalidité pour la prise en charge financière des soins médicaux et de sa perte de gain. Ces assurances couvrent le dommage à des conditions moins strictes que celles applicables à la responsabilité de la société pharmaceutique. Cependant, elles ne couvrent pas toujours l'entier du préjudice, des plafonds étant notamment fixés pour la perte de gain. L'action de l'assureur subrogé envers le responsable civil est bien sûr possible, mais, à nouveau, il n'existe à ma connaissance aucun arrêt suisse admettant la responsabilité de la société pharmaceutique. Sur le rôle des assurances, voir WERRO Franz, « Les fondements de la responsabilité civile: quoi de neuf? » in: Franz Werro (édit.), *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile*, Berne 2002, p. 15-21.

6 A titre de point de départ du raisonnement, la responsabilité pour une information correcte est tout de même examinée.

II. Les obligations des sociétés pharmaceutiques

A quelques exceptions près⁷, pour pouvoir être mis sur le marché suisse⁸, les médicaments doivent être au bénéfice d'une autorisation préalable délivrée par Swissmedic. Cet institut fédéral des produits thérapeutiques examine un volumineux dossier établi par la société pharmaceutique requérante⁹; sur cette base, il décide si le rapport bénéfice-risque du médicament est favorable¹⁰. Il évalue tout particulièrement les essais cliniques (c'est-à-dire des études contrôlées menées sur des sujets de recherche) pour s'assurer que le médicament est sûr et efficace. Cette sécurité et cette efficacité sont appréciées en comparaison avec un placebo (une substance inerte) ou un autre médicament déjà sur le marché.

A. L'information sur le médicament : les deux notices d'emploi

Si, pour une utilisation médicale donnée (l'indication thérapeutique), Swissmedic parvient à la conclusion que les bénéfices du médicament surpassent ses risques, il octroie l'autorisation de mise sur le marché (AMM). En même temps, il approuve le contenu de l'information professionnelle et de l'information destinée aux patients. Ces deux textes fournissent les renseignements utiles sur le médicament; en langage commun, ce sont les notices d'emploi. L'information destinée aux professionnels de la santé (*Fachinformation*; abrégée ci-après: FI) est nettement plus détaillée que l'information destinée aux patients (*Patientinformation*; abrégée ci-après PI). La FI résume les essais cliniques et précliniques (études en laboratoire et sur l'animal) soumis par la société pharmaceutique; elle insiste tout particulièrement sur les risques du médicament (contre-indications, précautions, effets indésirables). La PI est nettement plus brève et met l'accent sur l'information nécessaire à l'usage sûr du médicament; elle utilise un vocabulaire médical simplifié. Le patient la trouve à l'intérieur de chaque emballage du médicament.

Les deux textes (ici appelés ensemble « notices d'emploi ») sont préparés par la société pharmaceutique. Celle-ci les soumet à Swissmedic, qui décide des changements à apporter et arrête la version définitive. Le contenu des no-

⁷ Pour les exceptions au principe de l'autorisation de mise sur le marché (AMM), voir l'art. 9 al. 2 de la Loi fédérale sur les produits thérapeutiques (LPT) ainsi que son art. 15.

⁸ Cf. art. 9 al. 1 LPT.

⁹ Le dossier à soumettre doit respecter les conditions fixées à l'art. 11 LPT.

¹⁰ Les conditions de l'octroi d'une AMM sont énoncées à l'art. 10 LPT.

tices, surtout la FI, fait parfois l'objet d'intenses négociations entre la société et l'autorité. En effet, la FI, en tant que description censément objective du médicament, constitue un argument de vente majeur ; les médecins sont supposés l'étudier afin de choisir le médicament à prescrire à leurs patients¹¹.

Les PI et les FI sont réglementés au niveau fédéral. Même si la Loi fédérale sur les produits thérapeutiques¹² (LPTh) n'y fait guère allusion¹³, l'Ordonnance sur les médicaments (OMéd¹⁴) et l'Ordonnance sur les exigences relatives aux médicaments (OEMéd¹⁵) en fixent les contours.

1. *Le cadre légal fixé par l'OMéd et l'OEMéd*

L'OMéd prévoit à son art. 14 que la FI doit être rédigée au moins en allemand et en français, tandis que la PI doit être disponible dans les trois langues. Son art. 16 exige des titulaires des AMM qu'ils tiennent à jour les informations sur leurs médicaments, en les adaptant à « l'état des connaissances techniques et scientifiques ainsi [qu'aux] faits et résultats nouveaux ». Ces adaptations doivent cependant être soumises à l'approbation préalable de Swissmedic ; en d'autres termes, la société pharmaceutique ne peut changer d'elle-même le texte des notices d'emploi.

Conformément à l'art. 43 OMéd, Swissmedic est habilité à « préciser les exigences techniques et les modalités nécessaires à l'exécution de la présente loi ». Il l'a fait en adoptant l'OEMéd, dont la section 4 traite des exigences relatives à l'information sur les médicaments. Les art. 13 et 14 OEMéd exigent que la FI, respectivement la PI, soient mises à disposition des médecins, respectivement des patients¹⁶. Les deux dispositions renvoient aux annexes 4 et 5 qui énoncent des règles plus précises quant à la structure et au contenu des FI et PI. Ces annexes posent le principe que seules les données « en relation

¹¹ Au risque de caricaturer, la société souhaite indiquer un maximum de risques là où cela ne nuit pas aux ventes (souvent des risques banals qui ne découragent pas les médecins d'administrer le médicament, par ex. diarrhée chez l'adulte, mais dont la mention peut minimiser sa responsabilité). Inversement, elle souhaite indiquer un minimum de risques là où elle fait face à la concurrence d'autres médicaments (donc éviter la mention de la somnolence si c'est l'argument de vente prévu pour différencier le nouveau médicament des rivaux déjà sur le marché). Cf. U.S. House of Representatives Committee on Oversight and Government Reform, Majority Staff Report prepared for Chairman Henry A. Waxman, FDA Career Staff Objected To Agency Preemption Policies (2008).

¹² Loi entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002 ; RS 812.212.

¹³ Voir toutefois l'art. 11 al. 1 let. f et al. 2 let. b LPTh.

¹⁴ Ordonnance du Conseil fédéral entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002 ; RS 812.212.21.

¹⁵ Ordonnance de Swissmedic entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002 ; RS 812.212.22.

¹⁶ A ce sujet, voir mon article sur la décision « Documed » de la Commission de la concurrence, à paraître dans les *Mélanges P.*

directe avec l'utilisation du médicament » peuvent figurer dans les notices ; de surcroît, ces données doivent « être essentielles pour la santé du patient ». Elles inventorient ensuite les rubriques des FI, respectivement des PI. Ainsi, la FI d'un médicament doit contenir vingt rubriques, allant du nom et de la composition du médicament (rubriques 1 et 2) à la désignation du titulaire de l'autorisation et à la dernière date de mise à jour de l'information (rubriques 19 et 20), en passant par les contre-indications (rubrique 6), les mises en garde et précautions (rubrique 7), les interactions (rubrique 8) et les effets indésirables (rubrique 11). L'annexe 5 sur les PI est encore plus précise, puisque non seulement elle énumère seize rubriques, mais elle fournit également des textes-types qui peuvent ou doivent, selon les cas, figurer au sein d'une rubrique¹⁷.

2. Les précisions apportées par Swissmedic

Swissmedic a complété son ordonnance en publiant deux commentaires, intitulés exigences relatives à la FI et à la PI¹⁸. Celles-ci reprennent les rubriques des annexes 4 et 5 susmentionnées, en leur adjoignant des explications. Par exemple, pour la rubrique 11 de la FI, Swissmedic explique comment les effets indésirables doivent être indiqués¹⁹. Ainsi, un effet indésirable suspecté doit être mentionné même si les preuves scientifiques manquent pour l'attribuer

¹⁷ Ainsi, la rubrique 1 contient typiquement la clause « Lisez attentivement cette notice d'emballage avant de prendre ou d'utiliser ce médicament », tandis que la rubrique 9 comporte la clause « Si vous remarquez des effets secondaires qui ne sont pas mentionnés dans cette notice, veuillez en informer votre médecin ou votre pharmacien ».

¹⁸ Ces textes d'octobre 2006 sont disponibles sur le site de Swissmedic à partir de www.swissmedic.ch/org/00064/00067/00331/00632/index.html?lang=fr.

¹⁹ Il convient de décrire les effets indésirables de la manière suivante :
 « – Brève description générale indiquant en pour-cent le nombre de patients traités chez lesquels des effets indésirables sont apparus (les remarques générales telles que « bonne tolérance » ou « généralement rares » ne sont pas admises).
 – Tableau des effets indésirables, répertoriés en fonction des classes d'organes selon le schéma MEDDRA (cf. *annexe 2*) et de la fréquence en %. Si la fréquence est >10%, la mention en % est obligatoire. Dans les autres cas, cette mention est possible, mais elle peut aussi être indiquée comme suit :
 – « très fréquents » (>=1/10), « fréquents » (>=1/100, <1/10), « occasionnels » (>=1/1000, <1/100), « rares » (>=1/10 000, <1/1000), « très rares » (<1/10 000).
 – Description spéciale des effets indésirables graves et/ou fréquents.
 – Mention des effets de classe possibles ou des effets indésirables *théoriquement possibles et pertinents, mais non encore observés jusqu'alors*.

Tous les effets indésirables *au moins « potentiellement » en rapport avec le traitement* (« possibly related ») doivent être mentionnés. Toutes les données disponibles doivent être prises en compte (études cliniques et épidémiologiques, données PMS, etc.) » (mise en évidence de l'auteur).

de manière certaine au médicament²⁰. Même un risque inférieur à 1/10 000 doit être signalé, ce qui sous-entend d'ailleurs qu'à ce niveau de rareté les certitudes scientifiques font presque nécessairement défaut.

Les exigences relatives à la PI suivent le même schéma. Elles commencent cependant par une clause générale :

« La notice d'emballage doit permettre au patient d'utiliser le médicament dans des conditions sûres et appropriées, en donnant toutes les informations nécessaires sans pour autant nuire à la compliance [sic] du patient. La notice d'emballage doit être rédigée de manière claire et intelligible. Les expressions publicitaires, les termes scientifiques, les mots étrangers peu accessibles au profane sont à proscrire. Tout terme spécialisé doit être expliqué. »

Les explications qui doivent figurer dans les différentes rubriques de la PI sont simplifiées par rapport à la FI. Les effets indésirables doivent être mentionnés « par ordre de fréquence et évalués selon leur importance », en mettant l'accent sur les mesures à prendre et le comportement à adopter pour réduire les risques²¹.

Malgré ces règles, les éléments concrets à faire figurer dans les notices d'emploi sont avant tout fonction des résultats des essais cliniques ; ce sont les études menées par la société pharmaceutique qui alimentent leur contenu. Au moment où le médicament arrive sur le marché, la liste des effets indésirables est issue d'études menées sur seulement quelques milliers de sujets de recherche. Ces études ont de surcroît été effectuées en milieu étroitement contrôlé, limitant la possibilité de découvrir des risques rares. La mise sur le marché du médicament change la donne. Ce sont maintenant des millions de patients qui prennent le médicament dans des circonstances pratiques qui se distinguent nettement de l'environnement contrôlé des essais cliniques. Aussi, dès ce stade, les connaissances sur le médicament évoluent ; la pharmacovigilance permet alors d'intégrer ces nouvelles connaissances dans les notices d'emploi.

²⁰ La FI du Viagra, médicament de Pfizer, indique par exemple : « Depuis la mise sur le marché du médicament, quelques rares cas de NAION [neuropathie optique ischémique antérieure non artéritique] ont été observés dans un rapport temporel avec l'utilisation d'inhibiteurs de la PDE5 [dont fait partie le Viagra]. Il est impossible de déterminer si ces événements sont en relation directe avec la prise d'inhibiteurs de la PDE5 ou avec des facteurs de risque déjà présents chez les patients concernés. ».

²¹ Selon les commentaires de Swissmedic, « [l]es effets indésirables provoqués par les principes actifs ou par les excipients (symptômes observés par le patient!) doivent être mentionnés par ordre de fréquence et évalués selon leur importance. Récapitulation initiale des principaux effets secondaires. Indiquer les mesures à prendre par le patient en cas d'apparition d'effets secondaires indésirables (par ex. « informer le médecin », « consulter d'urgence le médecin », « interrompre la prise du médicament »). Indiquer le comportement à suivre pour réduire le risque d'effets secondaires. ».

B. La pharmacovigilance

L'octroi de l'AMM par Swissmedic ne met pas un terme à la procédure d'évaluation du médicament²². La loi impose aux sociétés pharmaceutiques des obligations de suivi de leurs médicaments.

1. *Les essais cliniques post-AMM*

Swissmedic peut faire dépendre sa décision d'AMM de la conduite d'études supplémentaires. Lorsque les résultats des études cliniques pré-AMM laissent planer des doutes importants sur la sécurité et l'efficacité du médicament, mais qu'il se justifie néanmoins de mettre le médicament rapidement à disposition des patients, l'autorité octroie l'autorisation, mais exige que les questions pendantes soient résolues après l'entrée du médicament sur le marché. La société pharmaceutique doit prendre l'engagement de lancer et d'achever ces études dans un délai prédéterminé. L'autorité est tenue informée de leur progression et de leurs résultats. Si les informations qui en découlent modifient l'évaluation initiale de l'autorité, cette dernière ordonne l'adaptation des notices d'emploi ; si les études révèlent que le danger du médicament a été nettement sous-estimé, un retrait du marché est envisageable. La société qui ne respecte pas ses engagements et, par sa faute, ne fournit pas les résultats requis dans le délai fixé s'expose au retrait de son AMM. Cette menace est souvent plus théorique que réelle car, partout dans le monde, les autorités hésitent à retirer du marché un médicament utile à de nombreux patients.

Aux Etats-Unis et dans l'Union européenne, de telles études post-AMM sont fréquemment imposées (en Suisse, cette information n'est pas rendue publique). Ces études constituent un instrument précieux pour améliorer l'information sur le médicament. Même si la décision d'AMM suisse n'exige pas de telles études, celles requises par les autorités américaines ou européennes finissent par être portées à la connaissance de l'autorité suisse. En effet, la société pharmaceutique doit soumettre des rapports périodiques sur son médicament, lesquels incluent, de façon résumée, les informations acquises par le biais d'études ordonnées à l'étranger²³.

²² Voir l'art. 16 LPT. L'al. 1 habilite Swissmedic, « de sa propre initiative ou sur demande, [à] adapter la décision d'octroi de l'autorisation aux changements de situation ou la révoquer ». De surcroît, selon l'al. 3, Swissmedic « peut, indépendamment de la durée de validité de l'autorisation, réexaminer les médicaments par groupes et au besoin adapter ou révoquer la décision d'octroi. » La durée de l'AMM est de cinq ans renouvelable.

²³ Ces rapports périodiques, appelés PSURs, constituent donc un autre outil visant à tenir à jour les notices d'emploi. A ce sujet, voir également les commentaires de Swissmedic « Rapport périodique sur la sécurité des médicaments (PSUR) à usage humain : commentaires sur le rapport

2. *Les annonces d'effets indésirables*

La LPT^h exige que les sociétés pharmaceutiques et les personnes qui prescrivent ou remettent des médicaments annoncent les effets indésirables des médicaments dont elles ont connaissance²⁴.

A teneur de l'art. 59 al. 1 LPT^h, la société pharmaceutique doit rapporter à Swissmedic « tout effet indésirable ou incident: a. qui est ou pourrait être imputable au produit thérapeutique lui-même, à son administration ou à un étiquetage ou à un mode d'emploi incorrects; b. qui pourrait mettre en péril ou altérer la santé du consommateur, du patient, de tiers [...] ». L'obligation existe même s'il n'est pas certain que l'effet indésirable soit dû au médicament; il est également indifférent que l'effet indésirable soit survenu en Suisse ou à l'étranger. L'al. 2 est plus général encore, puisque les sociétés doivent signaler à l'autorité « tout fait ou évaluation susceptibles d'influer sur les bases de l'appréciation ».

Les médecins et pharmaciens ont une obligation similaire, mais moins étendue: ils doivent annoncer « tout effet indésirable grave ou jusque-là inconnu » (art. 59 al. 3 LPT^h). Enfin, tout un chacun (notamment « [l]es consommateurs, les patients et leurs organisations ») peut annoncer des effets indésirables, sans y être légalement obligé.

La clause générale de l'art. 59 LPT^h est complétée par les art. 34 et 39 de l'OMéd. L'art. 35 OMéd précise, à l'attention de la société pharmaceutique, les différentes catégories d'effets indésirables devant être annoncés (par exemple, les effets graves, ceux encore inconnus ou ceux anormalement fréquents). L'art. 36 fixe des délais stricts pour ces annonces (par exemple, au maximum 15 jours pour un effet indésirable provoquant le décès du patient). L'art. 39 impose la création, au sein de chaque société pharmaceutique, d'un organe central compétent pour recueillir, traiter et transmettre les annonces. La société est de surcroît tenue de prendre « toutes les dispositions visant à réduire les risques éventuels ». Même si l'ordonnance ne le précise pas, la société peut devoir retirer un médicament dangereux de la vente ou aviser par lettre les médecins des dangers liés à son médicament. Ces actions n'exigent

sur la sécurité du médicament exigé à l'article 34 de l'ordonnance sur les médicaments », Journal Swissmedic 8/2008, p. 570; Directive ICH et Pharmacovigilance Planning (E2E): mise en œuvre en Suisse, Journal Swissmedic 5/2006, p. 514; Formulaire PSUR pour les médicaments à usage humain (version 2008), tous à partir de www.swissmedic.ch/marktueberwachung/00091/00688/index.html?lang=fr. Au niveau international, voir les six directives E2 de l'International Conference on Harmonisation, à partir de www.ich.org/cache/compo/276-254-1.html.

²⁴ Conformément aux art. 59 LPT^h et 35 OMéd, le devoir d'annonce s'étend également aux « défauts » du produit (principalement des défauts de qualité/de fabrication); il n'en sera pas davantage question ici. Pour évoquer les effets indésirables, la LPT^h utilise aussi le terme « incident », terme qui n'est toutefois pas repris dans les ordonnances.

pas l'accord préalable de Swissmedic, mais la société voudra généralement le recueillir.

C. La mise à jour des notices d'emploi

Swissmedic réceptionne les annonces issues de la pharmacovigilance, les évalue, au besoin les discute avec la société pharmaceutique, et finalement décide dans quelle mesure elles impliquent une adaptation des notices d'emploi²⁵. En 2007, ce sont plus de 4000 annonces qui ont été ainsi traitées²⁶. Il s'ensuit que les FI et les PI sont régulièrement modifiées pour tenir compte de nouveaux effets indésirables. Ainsi qu'il a été évoqué (cf. chapitre II.A. ci-dessus), ces changements sont parfois « négociés » entre l'autorité et la société pharmaceutique. En effet, celle-ci peut craindre qu'une adjonction trop inquiétante ne nuise à ses ventes ; elle tente alors de convaincre l'autorité qu'une mise en garde moins alarmante suffit ; inversement, il arrive qu'une société demande l'ajout d'effets indésirables dans l'idée de réduire ses risques légaux²⁷.

En toute hypothèse, la société doit avoir l'accord de Swissmedic pour changer ses notices d'emploi. Les changements relatifs aux risques du médicament sont décidés en application de la procédure d'évaluation scientifique prévue par l'art. 10 OMéd (par opposition à la procédure d'annonce de l'art. 11 ou la procédure complète d'autorisation de l'art. 12)²⁸. En pratique, l'autorité examine si l'effet indésirable est suffisamment crédible et important pour mériter mention dans les notices d'emploi. En effet, les annonces reçues dans le cadre de la pharmacovigilance ne permettent en principe pas d'inférer un lien de causalité entre le médicament et l'effet indésirable²⁹. En

²⁵ Cf. art. 58 al. 3 LPTH. D'autres mesures, telles le changement de catégorie de remise (sans ou avec prescription), peuvent également s'avérer nécessaires.

²⁶ Le nombre d'annonces transmises à Swissmedic a régulièrement augmenté, passant de 1500 en 1998 à 4200 en 2007. Voir le rapport annuel 2007 de Swissmedic, p. 45 et 71. Dans son PV-News de novembre 2008 (en anglais uniquement), Swissmedic précise que « 39% of all reports were considered as non serious; 25% resulted in hospitalization or prolonged hospitalization and 3% in death; 4% were considered as life threatening; 29% were classified as other medically important condition, 2% as disabling and less than 0.5% as congenital anomaly. In about 21% (680) of all the adverse drug reaction reports, at least one serious adverse drug reaction was considered as not consistent with the labelling mentioned in the product information and in about 18% (604) of all reports, at least one non serious adverse drug reaction was considered as not consistent with the labelling ».

²⁷ Voir aux Etats-Unis, le rapport cité sous note 8.

²⁸ L'art. 10 OMéd est complété par l'art. 22a OEMéd et par l'annexe 7 OEMéd. Selon cette annexe, « toute modification [de la FI ou de la PI] ayant trait à la sécurité du médicament » doit faire l'objet d'une expertise scientifique menée par Swissmedic. Point 2.1.2 de l'Annexe 7.

²⁹ De surcroît, les formulaires d'annonces ne contiennent qu'un minimum de données ; ils sont souvent mal complétés.

d'autres termes, ce n'est pas parce qu'un médecin a constaté que son patient a subi tel effet indésirable que celui-ci est nécessairement dû au médicament ; l'effet peut être dû au seul hasard, à un autre produit consommé par le patient ou à sa maladie. De surcroît, on estime que seule une petite minorité (entre 1% et 10%) des effets indésirables survenus fait l'objet d'annonces³⁰. Naturellement, plus les annonces reçues sont nombreuses et semblables, plus il est vraisemblable que l'effet décrit soit imputable au médicament³¹. Cependant, l'autorité ne peut pas se permettre d'attendre que les annonces atteignent un seuil tel que le lien de causalité soit certain ; elle doit trouver un équilibre entre la probabilité du lien de causalité, l'ampleur du danger et le risque inverse de dissuader des patients de suivre un traitement dont, globalement, les bénéfices excèdent les risques. C'est pourquoi les agences du médicament, y compris Swissmedic, exigent que les notices d'emploi fassent état d'effets indésirables possibles, mais non certains³². Les autorités estiment qu'il incombe au médecin de juger de la probabilité de l'effet indésirable pour son patient et d'aboutir à une conclusion sur le caractère approprié du médicament³³.

D. L'information directe au patient

Les sociétés pharmaceutiques sont libres de communiquer aux médecins les mises en garde qu'elles jugent nécessaires. Ces communications doivent être véridiques et ne pas induire en erreur. Si une société pharmaceutique apprend, par exemple grâce à un essai clinique, que son médicament pourrait causer un nouvel effet secondaire, elle peut – voire doit – en informer

³⁰ Sur les limites de la pharmacovigilance, voir PV-News, *supra* note 26 (« *There are inherent limitations [...] including but not limited to, underreporting, duplicate reporting, and reporting biases. [...] The number of cases reported to Swissmedic cannot be used to calculate the incidence rates, to estimate drug risk for a particular product or to compare risks between products.* »).

³¹ Si, par exemple, de nombreuses annonces signalent que les patients sont pris de convulsions dans les 10 minutes suivant l'ingestion du médicament, il est fort probable que le médicament en est la cause. En revanche, si des convulsions sont annoncées entre 10 minutes et 10 jours après l'ingestion, le rapport de cause à effet est douteux.

³² On rappellera que les exigences de Swissmedic relatives à la FI requièrent la « mention des effets de classe possibles ou des effets indésirables *théoriquement possibles* et pertinents, mais *non encore observés* jusqu'alors » ; de plus, Swissmedic demande à ce que « tous les effets indésirables *au moins <potentiellement>* en rapport avec le traitement (« possibly related ») [soient] mentionnés » (mise en évidence par l'auteur). Dans les FI, l'attention du médecin est parfois attirée sur le caractère incertain des effets indésirables issus des expériences post-marketing. Par exemple, la FI du médicament Zoloft indique : « Depuis la mise sur le marché, les événements indésirables additionnels suivants ont été spontanément rapportés. Ils étaient corrélés dans le temps à la prise de Zoloft, mais étaient éventuellement sans rapport de causalité avec Zoloft ».

³³ Le médecin qui prescrit ou administre un médicament doit connaître « l'état de santé » de son patient et respecter les « règles reconnues des sciences pharmaceutiques et médicales » (art. 26 LPTb).

directement les médecins sans attendre d'avoir à disposition des conclusions scientifiques indubitables ; elle le fera par lettre ou par l'entremise de ses visiteurs médicaux.

En revanche, les sociétés pharmaceutiques sont nettement moins libres dans leurs échanges avec les patients. Premièrement, à leur égard, toute démarche publicitaire est interdite pour les médicaments en catégories de remise A et B (médicaments sur prescription). La notion de publicité est interprétée largement³⁴. Même une lettre qui signifierait de nouveaux risques peut être jugée publicitaire, si dans l'ensemble elle confirme le rapport bénéfice-risque favorable du médicament. Il est donc délicat pour une société pharmaceutique d'informer directement les patients des dangers de ses médicaments sans violer les dispositions de la LPT^h et de l'Ordonnance sur la publicité (OPMéd). Deuxièmement, s'agissant de médicaments disponibles sans prescription (catégories de remise C, D et E), la publicité à l'attention du public est licite, mais encadrée par des normes strictes. La publicité fondée sur « des publications scientifiques, des études cliniques, des expertises » est par exemple interdite³⁵ ; de même, une publicité ne doit pas utiliser « des expressions pouvant susciter la peur »³⁶.

Si rien n'interdit formellement aux sociétés pharmaceutiques de signaler directement aux patients un nouveau risque (par exemple, par une campagne d'information dans la presse), celles-ci ne le font guère. Elles préfèrent modifier les notices d'emploi (PI et FI) avec l'accord de l'autorité. La multiplication des sites Internet des sociétés pharmaceutiques consacrés à leurs propres médicaments pourrait amener à un changement de pratique. Cependant, les sites destinés aux patients demeurent peu fréquents en Suisse, en raison des règles susmentionnées de la LPT^h et de l'OPMéd ainsi que des directives imposées par Swissmedic³⁷. Dès lors, l'information sur le médicament (émanant de la société et destinée au patient) continue de transiter principalement par le médecin et par les notices d'emploi.

³⁴ Cf. par exemple les arrêts 2C_93/2008 du 1^{er} octobre 2008 ; 6B_147/2007 du 9 juillet 2007 ; 2A.787/2006 du 13 juin 2007 ; 2A.20/2007 du 9 mai 2007 ; 2A.63/2006 du 10 août 2006.

³⁵ Art. 22 let. g OPMéd.

³⁶ Art. 22 let. o OPMéd.

³⁷ Swissmedic a émis des règles pour les sites suisses de sociétés pharmaceutiques. L'accès du public à ces sites doit être limité si le médicament est vendu sur prescription. En revanche, Swissmedic ne réglemente pas les sites étrangers, sauf s'ils s'adressent manifestement à un public suisse. Une société pharmaceutique peut donc maintenir un site destiné aux patients américains (pays où la publicité à l'attention du public est admise pour tous les médicaments), même s'il est également accessible aux patients suisses. La question d'une responsabilité, vis-à-vis d'un patient en Suisse pour une information dispensée par un site non-suisse, ne s'est encore jamais posée en pratique. Cf. Publicité pour les médicaments sur internet, Exigences définies par Swissmedic ; règles applicables à partir du 1^{er} janvier 2007, Journal Swissmedic 8/2006, p. 802-807.

III. Les conditions de la responsabilité

Après avoir examiné quelles sont les informations qu'une société pharmaceutique doit fournir et comment ces informations sont élaborées et transmises, il convient d'examiner les conséquences d'une information défaillante. Vu l'absence de lien contractuel entre le patient lésé et la société pharmaceutique et l'absence de loi spécifique sur la responsabilité liée aux médicaments³⁸, les conditions de la réparation d'un préjudice sont celles des art. 41 et 55 CO et de la Loi sur la responsabilité du fait des produits (LRFP)³⁹. Tous trois exigent un dommage et un lien de causalité. Les art. 41 et 55 CO requièrent un acte illicite de l'auteur, respectivement de l'auxiliaire subordonné; la LRFP implique un défaut d'un produit. Seul l'art. 41 CO exige la faute de l'auteur. Tant l'art. 55 CO que la LRFP prévoient des preuves libératoires, étroitement définies à l'art. 55 CO et plus largement ouvertes à l'art. 5 LRFP. Les chapitres A. à F. examinent successivement ces conditions, en commençant par celles communes aux trois causes d'action, à savoir la causalité et le dommage.

L'article se concentre sur l'hypothèse, déjà assez complexe, d'un médicament approuvé par l'autorité, correctement fabriqué, et prescrit conformément à son indication. La responsabilité liée aux vaccins, aux médicaments encore au stade expérimental, aux essais cliniques, aux prescriptions « hors-indication » ne sera en revanche pas traitée. Seule la responsabilité de la société pharmaceutique est examinée, à l'exclusion de celle du médecin, de l'hôpital, du pharmacien, du grossiste ou de l'Etat⁴⁰. Les aspects avant tout procéduraux, comme le montant des dommages-intérêts alloués ou la prescription⁴¹, sont également exclus du champ d'étude.

³⁸ L'idée de traiter de la responsabilité dans la LPT n'a finalement pas été retenue.

³⁹ Pour une comparaison des avantages de la LRFP sur l'art. 55 CO, voir CHAPPUIS Guy, *supra* note 2, p. 146. Les trois chefs de responsabilité peuvent entrer en concours, tout en étant précisés que l'art. 55 CO prime sur l'art. 41 CO si l'acte illicite est imputable au seul auxiliaire. Tant que la notion de défaut utilisée dans la LRFP n'aura pas été davantage précisée par la jurisprudence, il sera délicat de conclure qu'elle constitue le chef d'action le plus favorable au patient. C'est probablement le cas, vu qu'elle n'érige le faute ni comme condition (cf. l'art. 41 CO), ni comme preuve libératoire (cf. dans une certaine mesure l'art. 55 CO). Certains auteurs considèrent cependant que le défaut, en tout cas le défaut de conception, implique un manquement à la diligence, donc une faute (objective).

⁴⁰ Il serait bien entendu intéressant d'examiner *ensemble* ces différentes responsabilités, car il est fréquent qu'un dommage causé par un médicament soit également imputable à un manquement à la diligence commis par le médecin ou, dans une moindre mesure, le pharmacien.

⁴¹ Cf. art. 60 CO et art. 9 et 10 LRFP. Sur la question du point de départ de la prescription lorsque l'ampleur du dommage est sujette à évolution, voir l'arrêt 4A_489/2008 du 23 décembre 2008; sur le point de départ des délais lorsque le dommage surgit longtemps après l'acte dommageable du défendeur, voir l'arrêt 6B_627/2007, du 11 août 2008.

A. Le lien de causalité

La condition de la causalité soulève de nombreuses difficultés dans le contexte des médicaments. Après le rappel des principes juridiques dégagés de la jurisprudence, ce chapitre examine les différents problèmes qui se posent en pratique.

L'exigence du lien de causalité – naturelle et adéquate – doit être comprise de la même façon, quel que soit le fondement (art. 41, art. 55 CO, LRFP) de la responsabilité invoquée⁴².

La causalité naturelle, un fait constaté par le juge cantonal⁴³, est vérifiée en premier lieu.

« Un comportement est la cause *naturelle* d'un résultat s'il en constitue l'une des conditions sine qua non, c'est-à-dire si, sans lui, le résultat ne se serait pas produit. Il n'est toutefois pas nécessaire que ce comportement soit la cause unique ou immédiate du résultat. »⁴⁴

La causalité adéquate relève du droit, même si le raisonnement est fortement teinté d'équité⁴⁵. La condition est remplie si :

« d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le comportement était propre à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit. [...] La causalité adéquate suppose une prévisibilité objective, non pas subjective. Il faut se demander si un tiers observateur neutre, voyant l'auteur agir dans les circonstances où il le fait, pourrait prédire que le comportement considéré aura très vraisemblablement les conséquences qu'il a eues, quand bien même il ne pourrait prévoir le déroulement de la chaîne causale dans ses moindres détails. L'acte doit être propre, selon une appréciation objective, à entraîner un tel résultat ou à en favoriser l'avènement, de telle sorte

⁴² A l'art. 55 CO, le rapport de causalité entre le préjudice et le défaut de diligence de l'employeur est présumé et c'est donc à ce dernier d'apporter la preuve (libératoire) du contraire. Cf. WERRO Franz, Commentaire romand I, ad. art. 55 CO, n^{os} 5 et 17; WESSNER Pierre, « Quelques propos erratiques sur des questions liées à la responsabilité du fait des produits défectueux », in Chappuis/Winiger (édit.), *Responsabilités objectives*, Zurich 2003, p. 68.

⁴³ Le Tribunal fédéral ne revoit en principe pas la causalité naturelle, sauf si le juge cantonal a méconnu la notion-même de causalité naturelle ou si le recourant parvient à rapporter la (difficile) preuve que les faits ont été constatés de manière manifestement inexacte (arbitraire) ou en violation du droit.

⁴⁴ Arrêt du 7 janvier 2009 6B_338/2008, consid. 10.3.1 et 10.3.3 (références omises; mise en évidence par l'auteur); voir aussi l'arrêt 5C.125/2003 du 31 octobre 2003, consid. 3.1 (« la causalité naturelle est toujours donnée lorsque l'on ne peut faire abstraction de l'événement en question sans que le résultat ne tombe aussi. Cela signifie que si le fait a est cause du fait b et b cause du fait c, a est cause de c, étant entendu que b est aussi cause de c. »); l'arrêt 6B_470/2008 du 21 octobre 2008, consid. 2.4.1; l'arrêt 5C.18/2006 du 18 octobre 2006, consid. 3.1.

⁴⁵ Selon la jurisprudence, « il s'agit de déterminer si un dommage peut encore être équitablement imputé à l'auteur ». Arrêt 5C.125/2003, consid. 4.3.

que la raison conduit naturellement à imputer le résultat à la commission de l'acte.»⁴⁶

La causalité adéquate peut être admise même si le résultat dommageable ne se produit pas «régulièrement ou fréquemment»⁴⁷; ainsi, une conséquence inhabituelle peut néanmoins faire partie d'une chaîne causale. Le Tribunal fédéral estime que «si un événement est en soi propre à provoquer un effet du genre de celui qui s'est produit, même des conséquences singulières, c'est-à-dire extraordinaires, peuvent constituer des conséquences adéquates de l'accident»⁴⁸.

Dans de rares cas, la causalité adéquate (*a priori* donnée) est exclue⁴⁹ parce que :

«une autre cause concomitante, par exemple une force naturelle, le comportement de la victime ou d'un tiers, constitue une circonstance tout à fait exceptionnelle ou apparaît si extraordinaire que l'on ne pouvait s'y attendre. L'imprévisibilité d'un acte concurrent ne suffit pas en soi à interrompre le rapport de causalité adéquate. Il faut encore que cet acte ait une importance telle qu'il s'impose comme la cause la plus probable et la plus immédiate de l'événement considéré, reléguant à l'arrière-plan tous les autres facteurs qui ont contribué à l'amener et notamment le comportement de l'auteur.»⁵⁰

La jurisprudence se montre sévère, l'interruption du rapport de causalité adéquate n'étant que très rarement admise. L'admission d'une faute concomitante entraînant la réduction des dommages-intérêts alloués est privilégiée. Elle permet de répartir équitablement les responsabilités, tout en incitant *ex ante* les parties concernées à faire preuve de prudence⁵¹.

⁴⁶ Arrêt du 7 janvier 2009 6B_338/2008, consid. 10.3.1 et 10.3.3 (références omises; mise en évidence par l'auteur); aussi l'arrêt 6B_470/2008 du 21 octobre 2008, consid. 2.4.1; arrêt 5C.125/2003, consid. 4.1 («Pour savoir si un fait est la cause adéquate d'un préjudice, le juge procède à un pronostic rétrospectif objectif: se plaçant au terme de la chaîne des causes, il lui appartient de remonter du dommage dont la réparation est demandée au chef de responsabilité invoquée et de déterminer si, dans le cours normal des choses et selon l'expérience générale de la vie humaine, une telle conséquence demeure dans le champ raisonnable des possibilités objectivement prévisibles»).

⁴⁷ Arrêt 5C.125/2003, consid. 4.2.

⁴⁸ Id.

⁴⁹ Il est question d'interruption de la causalité. Sur la solidité de la chaîne causale dans un autre contexte (responsabilité du médecin émettant un certificat ayant permis à sa patiente de récupérer ses armes à feu et d'en utiliser une pour blesser un tiers), voir l'arrêt du Tribunal fédéral du 3 février 2009 (6B_549/2008).

⁵⁰ Arrêt du 7 janvier 2009 6B_338/2008, consid. 10.3.1 et 10.3.3 (références omises; mise en évidence par l'auteur); voir aussi l'arrêt 6B_470/2008 du 21 octobre 2008, consid. 2.4.1; l'arrêt 5C.18/2006 du 18 octobre 2006, consid. 4.1.

⁵¹ Cf. BÜYÜKSAGIS Erdem, *La notion de défaut dans la responsabilité du fait des produits*, Schulthess p.363 (2005).

1. *Lien de causalité entre le médicament et l'atteinte à la santé*

Dans le contexte pharmaceutique, un premier maillon de la chaîne causale consiste en un lien entre le médicament administré et l'atteinte à la santé du patient⁵². Plus précisément, c'est le médicament *de la société pharmaceutique* défenderesse qui doit être à l'origine d'un effet indésirable (terme utilisé ici au sens large d'une atteinte non souhaitée à la santé du patient).

Une première difficulté tient à l'état de santé du patient et à la nature de l'effet indésirable subi. Les personnes atteintes de maladies graves souffrent de si nombreux troubles qu'il est parfois difficile d'établir si l'un d'eux est à mettre sur le compte du traitement, plutôt que de la maladie⁵³. Par exemple, dans l'affaire Vioxx (substance active rofecoxib commercialisée par Merck jusqu'à son retrait du marché en septembre 2004), comment savoir si l'attaque cérébrale du patient est due au médicament ou, au contraire, à son âge, son obésité, sa sédentarité, son statut de fumeur? La question se pose aussi avec acuité dans le cas des antidépresseurs: le patient qui s'est suicidé l'a-t-il fait parce qu'il était déprimé ou parce que son antidépresseur provoque parfois des envies de suicide? Dans les deux cas, il n'est pas possible de se fier à la nature de l'effet indésirable pour l'attribuer de manière fiable au médicament. Il en va différemment lorsque l'effet indésirable consiste, par exemple, en une coloration bleue des dents du patient; un tel effet est suffisamment spécifique pour l'imputer au médicament.

Une deuxième difficulté survient si plusieurs médicaments ont été administrés et qu'il est difficile de déterminer *lequel* a causé le dommage. Il se peut aussi que l'effet indésirable soit précisément provoqué par l'interaction des deux médicaments. Dans ce cas, la condition du lien de causalité est normalement remplie à l'égard des deux produits⁵⁴.

⁵² Sur ce sujet, voir VOGEL Daniel, *Die Produkthaftung des Arzneimittelherstellers nach schweizerischem und deutschem Recht*, Schulthess Zurich, p. 11-12 et p. 40-41 (1991). Pour l'auteur, les difficultés de preuve amènent les tribunaux à se contenter d'une vraisemblance prépondérante (p. 41-42).

⁵³ Si un médicament entraîne directement le décès d'un patient qui serait cependant mort peu après en raison de sa grave maladie, la condition de la causalité est considérée remplie. A l'inverse, si le patient meurt de sa maladie avant que le médicament ait eu le temps de déployer ses effets mortels, la condition n'est pas remplie.

⁵⁴ Thomas PROBST parle de concurrence de causes partielles. Cf. «La causalité aujourd'hui», in: Chappuis/Winiger (édit.), *Les causes du dommage*, Genève, Zurich, Bâle 2007, p. 15-35. Toutefois, si l'un des deux médicaments est connu pour être affecté de multiples contre-indications, alors que l'autre est généralement compatible avec les autres traitements, seule la société commercialisant le premier devrait pouvoir être recherchée.

L'expertise est souvent nécessaire pour lever les incertitudes de la chaîne causale, même si elle n'y parvient pas toujours⁵⁵. En Suisse, les tribunaux n'ont guère eu à se prononcer sur le niveau d'exigences imposé aux experts. En revanche, aux Etats-Unis, cette question détermine régulièrement l'issue des litiges pharmaceutiques. Certains tribunaux américains estiment que les experts doivent se baser sur des *essais cliniques randomisés*⁵⁶ ou sur des *études épidémiologiques* pour admettre un rapport de cause à effet entre le médicament et un effet indésirable dommageable ; à l'inverse, l'étude de cas isolés ou des rapports de pharmacovigilance ne suffiraient pas. En plaçant aussi haut la barre scientifique, ces tribunaux font échec à la plupart des actions en justice de patients lésés⁵⁷.

Un troisième type de difficultés concerne le patient qui ignore qui a fabriqué le médicament responsable de l'atteinte à sa santé⁵⁸. Aux Etats-Unis, par exemple dans l'affaire du DES (diethylstilbestrol), bon nombre de plaignantes atteintes de cancer vaginal ne pouvaient pas établir quelle était la société pharmaceutique qui avait produit le médicament que leur mère avait consommé des décennies plus tôt. En effet, plusieurs sociétés commercialisaient le DES et les pharmacies le remettaient sous leurs propres emballages (et non pas ceux des fabricants) ; les patientes savaient avoir pris la substance active, mais ne se souvenaient plus du nom du fabricant. Dans certains Etats américains, la solution a consisté à répartir les dommages-intérêts en fonction des parts de marché historiques de chaque fabricant⁵⁹. En Suisse, si le

⁵⁵ Sur les difficultés de la preuve, voir WESSNER, *supra* note 42, p. 69-70.

⁵⁶ Un essai est randomisé lorsque les sujets sont distribués *au hasard* entre le groupe test et le groupe de contrôle. Ce genre d'essais est généralement conduit en « double aveugle », c'est-à-dire sans que les sujets de recherche et les médecins ne sachent, pendant la durée de l'étude, à quel groupe le sujet de recherche a été attribué.

⁵⁷ Voir à cet égard l'arrêt 6B_649/2008 du 15 janvier 2009, où le Tribunal fédéral nie la causalité entre l'omission du médecin (un contrôle de la vue qui aurait signalé le besoin d'une intervention médicale urgente) et le dommage subi par le patient (la cécité). Pour le Tribunal, dès lors que les experts n'ont pas pu estimer *de combien* les chances de récupérer la vue auraient été améliorées par l'intervention médicale omise, la causalité doit être exclue. Un des experts avait observé qu'il n'existait « aucune étude statistique randomisée [permettant] de chiffrer les taux de réussite de ces traitements ». Le Tribunal semble le suivre en écrivant que des « données empiriques fragmentaires portant sur trois cas entre 1996 et 2001 ne renseignent ni sur le nombre des patients qui ont retrouvé la vue sans traitement ni sur celui des patients qui n'ont pas retrouvé la vue malgré un diagnostic et un traitement précoce. Elles n'autorisent donc pas à conclure à un rétablissement très vraisemblable de la fonction visuelle en cas de diagnostic et d'intervention précoces ». La sévérité du Tribunal fédéral s'explique peut-être par l'enjeu de la cause, à savoir une condamnation pénale du médecin pour lésions corporelles graves par négligence.

⁵⁸ En Suisse, on pourrait imaginer que le patient ait consommé la substance tant sous sa forme originale que dans ses versions génériques. Voir VOGEL, *supra* note 52, p. 42-43.

⁵⁹ Cf. Sindell v. Abbott, 607 P.2d 924 (Cal. 1980) ; J. Russell Jackson Product liability, Market-Share Liability, The National Law Journal (July 9, 2007) ; aussi T HOEN Ellen & GRAHAM DUKES, *Compensation for diethylstilbestrol injury*, 369 The Lancet p. 173-174 (January 20, 2007). A ce sujet, voir aussi les remarques de WERRO, Commentaire romand I, ad. art. 41 CO, n° 50.

lésé ne peut pas établir qui est l'auteur du dommage, son action en justice sera écartée⁶⁰.

2. *Lien de causalité entre la lacune dans l'information et le dommage?*

La chaîne causale se présente un peu différemment si le grief du patient réside dans l'information inadéquate sur le médicament. Autrement dit, le patient prétend qu'il n'aurait pas pris le médicament (et donc pas subi l'effet indésirable) s'il avait été correctement informé sur les risques⁶¹. A quelle partie incombe-t-il de prouver ce qui se serait passé si l'information avait été correctement donnée? Le patient doit-il établir qu'il n'aurait pas pris le médicament ou l'aurait pris différemment (par exemple, avec des mesures de précaution ou de surveillance supplémentaire) si la société pharmaceutique avait fourni une information correcte⁶²? Ou est-ce à la société de démontrer que, même si elle avait rempli son obligation légale d'informer, le patient aurait tout de même choisi de prendre le médicament et aurait subi le même dommage?

Dans son article traitant de l'objection du comportement de substitution licite, Franz Werro met en exergue ces difficultés de classification, leurs incidences sur le fardeau de la preuve et les controverses doctrinales qui en découlent⁶³. Il souligne le caractère équivoque de la jurisprudence en la matière. Ici, vu l'absence d'arrêts traitant de la responsabilité de l'entreprise pharmaceutique pour les dommages causés par ses médicaments, il n'est pas possible d'attribuer avec certitude le fardeau de la preuve⁶⁴. En pratique, celui-ci finira probablement par être partagé, chaque partie se voyant imposé

⁶⁰ A ce sujet, voir VOGEL, *supra* note 52, p. 43-44.

⁶¹ C'est en principe le risque omis qui doit s'être matérialisé pour que la responsabilité soit engagée. A l'inverse, la plainte du patient lésé devrait être écartée si c'est un effet indésirable mentionné dans la notice d'emploi qui cause le dommage, quand bien même il argumente que s'il avait été informé d'un autre risque, en l'occurrence non réalisé, il n'aurait pas du tout pris le médicament.

⁶² Sur la distinction entre la causalité naturelle et la causalité adéquate en cas d'omission, voir le récent arrêt 4A_464/2008 du 22 décembre 2008, consid. 3.3.1.

⁶³ WERRO Franz, «L'objection du comportement de substitution licite: de son utilité et de sa place», in Chappuis/Winiger (édit.), *Les causes du dommage*, Genève, Zurich, Bâle 2007, p. 53 ss.

⁶⁴ La solution la plus convaincante serait d'attribuer le fardeau de la preuve en fonction de la vraisemblance du comportement du patient. Lorsque les effets indésirables indiqués sont déjà très nombreux, ce serait au patient de prouver que la mention d'un effet supplémentaire lui aurait fait renoncer au médicament; à l'inverse, lorsque la société a omis de mentionner une mesure de sécurité simple à prendre, c'est à elle de prouver que le patient n'aurait de toute façon pas adopté cette mesure de sécurité. Le raisonnement se calque ainsi sur le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie.

un devoir de collaborer⁶⁵. De surcroît, compte tenu l'incertitude inhérente à un comportement hypothétique, l'appréciation sera limitée à la vraisemblance prépondérante⁶⁶.

Même si les exigences sont allégées, l'appréciation reste délicate. Les effets indésirables mentionnés dans les notices d'emploi sont tellement nombreux et incluent des risques tellement sérieux qu'il est plutôt facile d'argumenter que l'adjonction ou l'amplification d'un effet indésirable n'aurait rien changé au choix du médecin et du patient⁶⁷. Le problème est encore plus aigu lorsqu'il n'existe pas d'alternatives thérapeutiques ou qu'elles sont, à teneur de leurs notices d'emploi, tout aussi risquées (tout autant d'effets indésirables)⁶⁸. Ce n'est que lorsque la mention d'une contre-indication (ex: ne pas prendre ce médicament en cas d'asthme) ou d'une mesure de surveillance (ex: surveiller la tension artérielle pendant l'administration du médicament) fait défaut qu'il est relativement aisé de conclure que le patient dûment informé aurait pris la mesure de sécurité apte à prévenir le dommage.

3. *Le rôle du médecin*

Une autre difficulté qui affecte la chaîne causale est l'interposition du médecin. Lorsque le médicament a été prescrit par un médecin, le patient s'en remet généralement à lui pour choisir le meilleur traitement et pour l'informer sur les risques du médicament.

⁶⁵ Le Tribunal fédéral tient compte des difficultés de preuve en matière de causalité hypothétique. Dans l'arrêt 4C.66/2007 du 9 janvier 2008, il écrit: «[l]e fardeau de la preuve incombe là aussi au médecin, le patient devant toutefois collaborer à cette preuve en rendant vraisemblable ou au moins en alléguant les motifs personnels qui l'auraient incité à refuser l'opération s'il en avait notamment connu les risques. En principe, le consentement hypothétique ne doit pas être admis lorsque le genre et la gravité du risque encouru auraient nécessité un besoin accru d'information, que le médecin n'a pas satisfait. Dans un tel cas, il est en effet plausible que le patient, s'il avait reçu une information complète, se serait trouvé dans un réel conflit quant à la décision à prendre et qu'il aurait sollicité un temps de réflexion. En principe, il ne faut pas se baser sur le modèle abstrait d'un «patient raisonnable», mais sur la situation personnelle et concrète du patient dont il s'agit. Ce n'est que dans l'hypothèse où le patient ne fait pas état de motifs personnels qui l'auraient conduit à refuser l'intervention proposée qu'il convient de considérer objectivement s'il serait compréhensible, pour un patient sensé, de s'opposer à l'opération.» Consid. 5.1. Voir aussi l'arrêt 4P.110/2003.

⁶⁶ Cf. arrêt 4C.229/2000 («Norvir») du 27 novembre 2001, consid. 4 («Il suffit que le juge parvienne à la conviction qu'une vraisemblance prépondérante plaide pour un certain cours des événements»); sur cet arrêt, voir le commentaire de WERRO Franz et HAAS Josiane, dans HAVE 2002 p. 211; aussi l'arrêt 4A_38/2008 du 21 avril 2008, citant l'ATF 133 III 81; aussi PROBST, *supra* note 54, p. 27.

⁶⁷ Voir par analogie l'arrêt 4P.110/2003 du 26 août 2003, consid. 3.2.

⁶⁸ Ainsi, lorsque le patient est gravement malade, la société défenderesse peut soutenir que le patient aurait de toute façon voulu tenter un traitement de la dernière chance. Comparer avec l'arrêt 4C.66/2007 du 9 janvier 2008.

La première hypothèse à examiner est celle où le médecin connaissait le risque, mais n'en a pas avisé son patient? Ce dernier peut-il tout de même reprocher à la *société pharmaceutique* de ne l'avoir pas informé directement (par une mention dans la PI)? Ou, au contraire, la société pharmaceutique peut-elle répliquer qu'elle a correctement informé le médecin? Aux Etats-Unis, il est largement admis que la société pharmaceutique peut se contenter d'informer le médecin et qu'il incombe ensuite à celui-ci d'informer le patient (on parle de la « *learned intermediary doctrine* »).

En Suisse, les tribunaux n'ont pas eu à se prononcer sur cette question. Sous l'angle de la causalité, il est relativement facile d'argumenter que le patient suit presque toujours la recommandation de son médecin, de sorte que la mention supplémentaire de l'effet indésirable dans la notice d'emploi n'aurait pas changé le cours des événements. Cependant, l'évolution vers une médecine qui privilégie l'« *empowerment* » du patient pourrait changer cette façon de voir; si le choix du médicament doit être le fruit d'une discussion entre le médecin et le patient, ce dernier a un intérêt propre à être informé des risques par le biais d'une notice d'emploi complète.

4. *Le rôle du patient dans la chaîne causale*

Le patient peut-il, par son comportement ou ses caractéristiques physiques, interrompre la chaîne causale?

a) *Le patient n'informe pas correctement son médecin*

Un patient n'informe pas complètement son médecin, l'empêchant de sélectionner le médicament le plus approprié et d'impartir les recommandations idoines. Si la société est recherchée, peut-elle rétorquer que la chaîne causale est interrompue par le comportement inadéquat du patient?

Cette hypothèse rappelle l'affaire tranchée par le tribunal fribourgeois et mentionnée en introduction. Les trois juges avaient retenu que le demandeur aurait dû informer son médecin des troubles qu'il avait ressentis lors de la prise, une année plus tôt, du même médicament; cette information aurait amené ledit médecin à prescrire un autre traitement. Le patient avait, pour sa part, soutenu que ces troubles avaient été mineurs et passagers, à tel point qu'il avait pu poursuivre son travail. Les juges ne l'ont pas suivi, estimant au contraire que le patient avait commis une « négligence certes non fautive », mais qui a entraîné néanmoins son déboutement. Il vaut la peine de citer les considérants du jugement fribourgeois:

«– [l]a décision du demandeur (l'acceptation [par le patient]) et celle de son médecin (la prescription) quant à la prise du [médicament] n'ont

pas été prises au terme d'un cheminement intellectuel approprié, à savoir l'établissement détaillé et complet d'un bilan bénéfice-coût [du traitement], cela au vu des risques [médicaux] importants à couvrir, quelle que soit la solution retenue. [...]

- [I]e cocktail de causes que les experts ont décrit comme pouvant influencer les effets [indésirables] neurologiques [du médicament] sur un patient (état dépressif pour des raisons familiales, stress professionnel, traits hystériques décelés par les psychiatres) permet de considérer que le demandeur n'était pas, en 1998, le consommateur moyen tel qu'il est visé par la LRFP.

Vu tout ce qui précède, le *lien de causalité adéquate* entre la prise du [médicament] en 1998 et les conséquences durables, voire définitives de la substance active de ce médicament sur le système neurologique [du patient] n'est pas établi à satisfaction. *Partant, les conditions de l'existence d'un défaut* au sens de l'article 4 LRFP ne peuvent être considérées comme réalisées.»⁶⁹

Si l'on laisse (pour l'instant) de côté le second argument du «consommateur moyen», on doit se demander si le fait pour le patient de n'avoir pas fourni à son médecin les éléments nécessaires à une prescription rationnelle interrompt réellement la causalité adéquate. Dans cette affaire, il était reproché à la société pharmaceutique de n'avoir pas mentionné dans la notice d'emploi la nature durable, voire permanente, de certains effets indésirables. Ce reproche est sans rapport avec la «négligence» imputée au patient. On peut fort bien concevoir que si le médecin et le patient avaient été au courant des conséquences *permanentes*, ils n'auraient pas prescrit, respectivement pris, le médicament, indépendamment du fait que le patient n'avait pas averti son médecin des troubles *passagers* lors d'une précédente prescription.

Il me paraît donc douteux que le comportement négligent du patient puisse être jugé à ce point décisif qu'il *interrompe* le rapport de causalité. Une prise en compte de cette négligence en tant que faute concomitante (diminuant les dommages alloués) aurait été plus juste⁷⁰. Cependant, avant

⁶⁹ Mise en évidence par l'auteur.

⁷⁰ Comparer avec l'ATF 116 II 519 (JdT 1991 I p. 640), où le Tribunal a considéré que la faute des parents, qui n'avaient pas recontacté plus rapidement le médecin, n'avait pas interrompu le lien de causalité adéquate entre le manquement du médecin («renseignement thérapeutique déficient et diagnostic médical faussement sécurisant») et l'atteinte à la santé du bébé. De même, dans l'arrêt «Norvir» (4C.229/2000), le fait que la patiente suivant une trithérapie ait pris en plus un médicament qui avait été prescrit à sa mère et n'en ait pas informé son médecin a été apprécié sous l'angle de la faute concomitante, et non pas comme facteur interruptif de la causalité; le Tribunal fédéral a recommandé une diminution de 50% des dommages-intérêts. Voir aussi l'arrêt 5C.18/2006 du 18 octobre 2006, consid. 7, où le Tribunal fédéral a nié la faute grave de l'assuré, à qui l'assureur reprochait de n'avoir pas consulté un médecin spécialisé pour traiter un mal de dos ressenti suite à une plongée sous-marine. Voir encore l'ATF 123 III 306, où les dommages-intérêts ont été réduits d'un cinquième pour tenir compte de la faute du plongeur qui n'avait pas vérifié la profondeur de l'eau avant de se jeter depuis la barrière de protection.

de retenir une faute concomitante du patient, on s'assurera que le médecin a fait le nécessaire pour obtenir les informations nécessaires de son patient, voire même parfois de tiers. En effet, c'est lui qui dispose des connaissances scientifiques permettant de déterminer les informations pertinentes, tandis que le patient ne sait pas forcément lesquelles sont importantes. Le médecin doit avoir posé des questions claires et éventuellement en avoir expliqué la raison à son patient. La faute concomitante ne devrait donc être admise que si le patient a fourni une réponse incorrecte ou a omis d'annoncer spontanément des faits manifestement essentiels.

b) *Le patient est trop sensible*

Le cas fribourgeois soulève aussi la question du patient extraordinairement sensible. Comment apprécier la causalité lorsque la survenue du dommage ou son ampleur est influencée par des caractéristiques particulières ou prédispositions du patient? Les critères tirés du droit des assurances sociales, en particulier l'assurance-accident et l'assurance-invalidité, fournissent des critères parfois utiles, même si compliqués à manier⁷¹.

Dans le jugement fribourgeois, la sensibilité extrême du patient a été prise en compte, apparemment, pour nier le lien de causalité et, « partant », le défaut. Pour le tribunal cantonal, la fragilité psychologique du patient (« état dépressif pour des raisons familiales, stress professionnel, traits hystériques ») a conduit à des troubles psychiques graves et permanents⁷². A mon sens, ces prédispositions devraient tout au plus aboutir à une réduction des dommages-intérêts alloués (voir ci-dessous le chapitre III.B.1.)⁷³. En effet, nier la causalité dans le cas de patients atypiques revient à cantonner l'action en responsabilité (ici fondée sur la LRFP) à la réparation des dommages d'ampleur prévisible subis par des patients moyens⁷⁴.

⁷¹ Sur l'applicabilité des critères des assurances sociales en droit de la responsabilité civile, voir ELSIG Didier & DUC, Jean-Michel, « *Causalité adéquate ou inadéquate à la responsabilité civile* », HAVE 2007 p.217-225, se référant notamment l'arrêt 5C.156/2003 du 23 octobre 2003, au consid. 3; également WERRO, Commentaire romand I. Ad art. 41 CO, n° 38.

⁷² Le tribunal semble sous-entendre que, chez des patients moins sensibles, ces troubles auraient été passagers.

⁷³ De surcroît, la sensibilité du patient ne se laisse pas apprécier objectivement; un effet rare ne se matérialise pas forcément *que* chez des patients ultra-sensibles. Au demeurant, comme l'écrit VOGEL, « [e]ine Arzneimittelnebenwirkung soll nicht allein wegen der Seltenheit ihres Auftretens als nich adäquat beurteilt werden » (*supra* note 52, p. 46).

⁷⁴ On remarquera que, dans l'arrêt 5C.125/2003, le Tribunal fédéral avait jugé qu'un accident vasculaire *optique rare*, subi à la suite d'une opération *orthopédique*, était toujours en rapport de causalité avec l'accident de la circulation survenu sept ans plus tôt. Il estime en effet que, si la personne n'avait pas subi l'accident, elle n'aurait pas dû se faire opérer du genou, et si elle ne s'était pas fait opérer du genou, elle n'aurait pas souffert de cet accident rare de l'œil. En d'autres termes, la rareté de l'effet indésirable vasculaire et la longueur de la chaîne causale n'ont pas suffi à exclure la causalité.

c) *Le patient passe outre une contre-indication claire*

Une interruption de la causalité ne devrait être admise, à mon sens, que lorsque le comportement du patient est si peu conforme à la diligence attendue qu'il en devient gravement fautif. Ce serait par exemple le cas lorsque la notice d'emploi contient une nette mise en garde, dont le patient, pourtant capable de discernement, choisit de ne pas tenir compte. Par exemple, une femme donne naissance à un enfant malformé après avoir pris, alors qu'elle sait être enceinte, du roaccutane, médicament contre l'acné bien connu pour être tératogène et qui fait l'objet de mises en garde particulièrement explicites (notamment une contraception obligatoire)⁷⁵. On envisagera aussi le suicide du patient par overdose ou l'administration gravement fautive par le médecin⁷⁶.

La situation est moins évidente lorsque la contre-indication est moins précise (par exemple, « n'a pas été testé chez les enfants de moins de 18 ans »), lorsqu'elle est en réalité impraticable (par exemple « provoque la somnolence » pour un médicament qui doit être pris tous les jours pendant une longue période) ou lorsqu'elle s'adresse à une population trop large de patients (par exemple, « les effets sur les patients hypertendus ne sont pas connus »). De même, tous les avertissements tenant à une hypersensibilité à la substance active ne devraient pas aboutir à exclure la causalité, sauf lorsque le patient sait souffrir d'une *grave* allergie à la substance ; le simple fait d'avoir subi des effets indésirables lors d'une prise précédente est insuffisant.

La jurisprudence n'admet que restrictivement une interruption de la causalité adéquate. Dans l'arrêt « Norvir »⁷⁷, le Tribunal fédéral a confirmé la causalité adéquate, tout en retenant une faute concomitante réduisant les dommages-intérêts de 50%. On rappellera que la patiente astreinte à une trithérapie avait décidé, de son propre chef et sans en informer son médecin, de prendre un médicament prescrit à sa mère. L'interaction entre le « Norvir » et ce médicament supplémentaire avait déclenché de graves effets secondaires. Même si le Tribunal fédéral considère que la patiente « aurait dû penser qu'il pouvait être dangereux [d'associer à sa trithérapie] un nouveau produit sans demander l'avis de son médecin », il a néanmoins conclu que son « comportement [...] certes d'une grande légèreté [...] ne laisse pas apparaître une faute de la demanderesse si lourde et si déraisonnable qu'elle relègue le manquement imputable au médecin à l'arrière-plan, au point qu'il n'apparaisse plus comme la cause adéquate du dommage »⁷⁸.

⁷⁵ Cf. Swissmedic, Isotrétinoïne par voie orale dans le traitement de l'acné, indication autorisée, précautions et pharmacovigilance, Une mise à jour (octobre 2008).

⁷⁶ Cf. VOGEL, *supra* note 52, p. 48.

⁷⁷ Arrêt 4C.229/2000.

⁷⁸ *Id.*, consid. 5.

5. *La collaboration de l'autorité*

Dans l'affaire fribourgeoise, Swissmedic a été appelé à déposer un rapport, sur demande de la société défenderesse. Il semble l'avoir fait avec réticence, invoquant à titre préliminaire, les « dispositions de la LPTh relatives au secret (art. 61-63) »⁷⁹. Il indique avoir reçu des annonces d'effets indésirables concernant « les effets neuropsychiatriques » du médicament et concède qu'une « partie de ces annonces concerne des effets neuropsychiatriques de longue durée ». L'une des questions-clés était précisément de savoir si la société était au courant des effets indésirables permanents de son médicament. Or, la réponse apportée par Swissmedic (et citée par le Tribunal fribourgeois) n'est pas suffisamment précise pour déterminer ce que la société savait. En particulier, Swissmedic ne dit pas ce qu'il faut entendre par cette « longue durée ». L'issue du litige n'aurait peut-être pas été la même si le demandeur avait pu invoquer en sa faveur de nombreuses annonces de pharmacovigilance révélant des effets perdurant plusieurs mois.

Dans la mesure où ces annonces ne révèlent pas l'identité des patients et peuvent être anonymisées s'agissant de l'identité du médecin, on peine à voir en quoi elles méritent une protection par le secret d'affaires⁸⁰. C'est *a fortiori* vrai lorsque, comme ici, la requête émane de la société pharmaceutique. Dans le contexte de procès en responsabilité, la pesée des intérêts en présence devrait conduire Swissmedic à faire preuve de bien davantage de transparence. En toute hypothèse, il vaudrait la peine de préciser dans la loi le devoir de collaboration de Swissmedic.

6. *La perte d'une chance*

Comment juger le cas où le médicament n'a pas causé le dommage, mais n'a simplement pas soigné la maladie ? Il est communément admis que les médicaments sont vendus sans garantie de succès. Autrement dit, le patient ne peut se retourner contre la société pharmaceutique si le médicament ne produit pas l'effet thérapeutique attendu⁸¹. En revanche, si son état a empiré suite à la prise d'un médicament inefficace dans son cas, le patient peut se retourner contre son médecin qui n'a pas tenté un autre traitement.

⁷⁹ Dans la mesure où les questions à Swissmedic avaient été posées par la société pharmaceutique défenderesse, on doit se demander à qui appartient le secret qu'invoque Swissmedic.

⁸⁰ Aux Etats-Unis, la FDA aménage un large accès public aux données de la pharmacovigilance.

⁸¹ Le dommage n'a alors pas été causé par le médicament, mais bien par la maladie.

Il en va différemment si la société pharmaceutique est accusée d'avoir tu l'inefficacité de son médicament dans certaines circonstances. Par exemple, la notice d'emploi aurait dû révéler que le médicament est sans effet s'il est pris plus de 24 heures après les premiers symptômes. Dans pareille hypothèse, correctement informé, le patient n'aurait pas pris ce médicament, mais un autre supposé plus efficace. Sous l'angle de la causalité, il faut non seulement déterminer que le patient n'aurait pas pris le médicament en cause s'il avait connu son inefficacité (ce qui est vraisemblable si le médicament est décrit comme complètement inefficace après 24 heures), mais aussi qu'il aurait suivi un autre traitement qui, lui, aurait soigné sa maladie. Ce deuxième élément de preuve peut être difficile à apporter, car, de nouveau, les connaissances pharmaceutiques ne permettent guère de garantir l'efficacité d'un traitement. Le Tribunal ne s'étant pas montré favorable à la théorie de la perte d'une chance⁸², le patient doit en principe prouver, avec un degré de vraisemblance prépondérante, qu'il aurait alors pris tel autre traitement et que ce dernier l'aurait soigné au point que le dommage (lié à sa maladie) ne serait pas survenu.

B. Le dommage

La condition du dommage pose relativement peu de difficultés⁸³. Les tribunaux ont l'habitude de chiffrer les dommages liés aux atteintes à la santé. Comme on vient de le voir, les difficultés surviennent plutôt au niveau de la chaîne causale entre le médicament et le dommage. On s'attardera cependant sur trois aspects spécifiques : les prédispositions, le suivi médical et la réparation du préjudice économique lié à l'achat du médicament.

1. La prédisposition du patient

Une prédisposition affecte généralement le montant du dommage, et plus rarement la condition de la causalité. Dans l'arrêt 4A_311/2008, le Tribunal

⁸² Arrêt 4A_61/2007 du 13 juin 2007.

⁸³ La jurisprudence définit le dommage comme « la différence entre le montant actuel du patrimoine – déterminé après la survenance de l'acte dommageable – et le montant qu'aurait ce même patrimoine sans l'événement dommageable » (SJ 2007, p. 248). Cf. aussi l'arrêt 4A_195/2008 du 4 septembre 2009, consid. 2. A côté du dommage, les art. 41 et 55 CO, de même que la LRFP, permettent la réparation du tort moral. Il sera ici question de dommage au sens large, c'est-à-dire incluant le tort moral.

On signalera brièvement deux particularités de la LRFP ; elle impose une franchise de CHF 900.– en cas de dommages matériels (art. 6 al. 1 LRFP) et ne permet pas la réparation du dommage causé à la chose elle-même (le médicament) (art. 1 al. 2 LRFP).

fédéral a confirmé la réduction de 50% des indemnités en raison des prédispositions de la victime. A ce sujet, il écrit :

«La prédisposition constitutionnelle de la victime de lésions corporelles consiste dans un état pathologique antérieur à l'accident, qui augmente le dommage de manière fortuite; l'état maladif antérieur à l'accident peut être de nature physique ou psychique, et il peut être soit latent, soit déjà déclaré. En règle générale, des causes concomitantes du dommage, comme une prédisposition constitutionnelle du lésé, ne sauraient interrompre le lien de causalité adéquate. Selon les circonstances, un état maladif antérieur peut en revanche être pris en considération dans le cadre des art. 42 à 44 CO, relatifs à la détermination du dommage et à la fixation du montant de l'indemnité; si une simple faiblesse constitutionnelle n'entre pas en considération comme facteur de réduction, de véritables anomalies ou des affections préexistantes aiguës ou latentes peuvent réduire les prétentions du lésé; en tant que prédispositions constitutionnelles, elles constituent en effet un fait concomitant qui peut influencer sur le calcul du dommage (art. 42 CO) ou sur le montant des dommages-intérêts (art. 43/44 CO), qu'il s'agisse d'une cause concomitante du dommage ou d'un facteur aggravant les suites de l'accident.»⁸⁴

La prise en compte d'une prédisposition permet ainsi de réduire les montants alloués lorsque l'ampleur du dommage paraît disproportionnée par rapport à l'acte reproché au défendeur⁸⁵. Sont tout particulièrement visés les troubles psychiques inexplicables (dans l'arrêt, un stress post-traumatique) au regard du caractère banal de l'accident (ici, un simple accrochage entre deux voitures).

Dans le domaine médical, la mise en œuvre de cette règle est toutefois difficile, car les lésés prennent le médicament précisément parce qu'ils sont malades. Il serait illogique de les priver d'une pleine réparation au motif qu'une personne en bonne santé, confronté au même effet indésirable, n'aurait pas subi un dommage aussi important. Ainsi, une personne âgée atteinte d'une grave pneumonie qui supporte mal un antibiotique et en meurt ne devrait pas être moins bien traitée au motif qu'une personne plus solide aurait survécu.

⁸⁴ Arrêt du 27 novembre 2008 4A_307/2008, consid. 2.1.1. Le Tribunal fédéral explique ensuite les conséquences de la distinction entre la prédisposition qui aurait de toute façon provoqué un certain dommage, même sans l'acte illicite (ici un accident de la circulation) et celle qui n'entraîne un dommage que par l'élément déclencheur de l'accident. Voir aussi les arrêts 4C.49/2007 du 28 août 2007; 4C.415/2006 du 11 septembre 2007; 6P.20/2005 du 18 mai 2005.

⁸⁵ VOGEL n'exclut pas entièrement qu'une prédisposition du patient puisse exclure le lien de causalité, mais estime que le cas ne se présentera que rarement. *Supra* note 52, p. 49-50.

2. *Le suivi médical*

Aux Etats-Unis, les patients *potentiellement* lésés réclament que leur suivi médical («*medical monitoring*») soit mis à charge de la société pharmaceutique. Un tel suivi entre notamment en ligne de compte lorsque le médicament peut provoquer des effets indésirables longtemps après sa prise. Par exemple, dans l'affaire Vioxx, les patients soutenaient que les effets cardiaques pouvaient se manifester longtemps après l'arrêt du traitement; ils demandaient que les coûts de leur surveillance médicale soient assumés par Merck⁸⁶. La jurisprudence américaine est partagée sur la réparation d'un tel dommage.

En Suisse, le dommage doit être avéré pour être mis à la charge de la personne responsable⁸⁷. Si le patient n'a finalement subi aucune atteinte à sa santé, il ne peut exiger le remboursement des tests médicaux ayant conclu à l'absence de lésion⁸⁸. Le droit suisse ne tient en principe pas non plus compte du préjudice psychologique résidant dans l'angoisse ressentie tant que le patient n'a pas la confirmation de l'absence d'atteinte physique; une indemnité pour tort moral ne sera pas allouée parce que le patient a dû attendre plusieurs semaines et se soumettre à plusieurs contrôles médicaux avant d'obtenir un résultat finalement rassurant.

3. *Le remboursement du prix du médicament*

Aux Etats-Unis, le retrait du marché de médicaments a entraîné dans son sillage, outre les plaintes de patients lésés, celles de patients, y compris non-lésés,

⁸⁶ En juin 2008, la New Jersey Supreme Court a rejeté la «*class action*» portant sur le suivi médical de patients ayant consommé du Vioxx (Sinclair v. Merck, No. A-117-06). Voir le commentaire de VENDERBUSH David, *New Jersey Courts Sharply Limit Remedies and Claims In Products Liability Actions*, 44 DechertOnPoint, (June 2008) et celui antérieur de WAJERT Sean, sur le blog Drug and Device Law (19 January 2007).

⁸⁷ «En principe, seul le dommage actuel doit être pris en considération, c'est-à-dire le dommage qui était réalisé au moment du prononcé du jugement de dernière instance cantonale dans lequel des faits nouveaux pouvaient encore être pris en compte. Le dommage futur peut, à certaines conditions, être réparé en matière de lésions corporelles. Dans tous les cas cependant, le défendeur ne peut être condamné à réparer un dommage futur hypothétique. [...] L'octroi de dommages-intérêts suppose que la survenance du dommage ne constitue pas une simple possibilité, mais qu'elle apparaisse comme une quasi-certitude». Arrêt 4C.114/2006 du 30 août 2006, consid. 5.1; références omises.

⁸⁸ VOGEL va même plus loin en exigeant que le dommage atteigne une certaine ampleur («*So wird eine Nebenwirkung nur dann einen Schaden im Rechtssinn darstellen, wenn sie innerhalb der vorne angeführten Einteilung den Schweregrad „schwer“ oder „mässig“ erreicht, nicht aber, wenn sie als „gering“ einzustufen ist.*» supra note 52, p. 33). Son opinion n'est toutefois pas étayée par de la jurisprudence et on ne voit pas pourquoi un faible dommage ne devrait pas être réparé, dès lors qu'il peut être chiffré.

et de leurs assurances tendant au remboursement du prix payé⁸⁹. Ceux-ci prétendent que s'ils avaient bénéficié d'une information correcte sur les risques, ils n'auraient pas acheté le médicament. Les montants exigés en remboursement sont extrêmement élevés⁹⁰. En droit américain, ces revendications s'appuient sur des théories de fraude et d'escroquerie. Elles n'ont jusqu'à présent guère eu de succès devant les tribunaux, mais représentent néanmoins une menace importante pour l'industrie pharmaceutique.

En Suisse, rien n'empêche a priori d'utiliser les outils juridiques à disposition pour obtenir réparation pour les dépenses d'acquisition du médicament⁹¹. Il faut cependant que la tromperie ait été déterminante dans la décision d'achat. De plus, on imagine mal un tribunal admettre une telle action si le patient a retiré le bénéfice attendu du médicament. Enfin, un élément de faute devra être présent, celle-ci devant soit être prouvée par le consommateur atteint dans ses intérêts pécuniaires (art. 41 CO), soit faire l'objet de la preuve libératoire de l'art. 55 CO⁹².

C. L'acte illicite

L'acte illicite est une condition de l'art. 41 CO (acte illicite imputable au défendeur⁹³) et de l'art. 55 CO (acte illicite du travailleur ou de l'auxiliaire). La jurisprudence et la doctrine ont dégagé deux définitions classiques⁹⁴: l'atteinte à un droit absolu dont l'intégrité physique⁹⁵ et la violation de règles juridiques

⁸⁹ Cf. par ex. *Vioxx Third Party Payor Litigation*, International Union of Operating Engineers Local #68 v. Merck («Local #68»), 894 A.2d 1136 (N.J. App. Div. 2006), décision cassée par l'arrêt de la New Jersey Supreme Court de septembre 2007 (A-22-2006).

⁹⁰ Le montant en cause dans le procès du New Jersey était estimé entre 9 et 18 milliards de dollars. Pour une critique de ces procès, voir plus généralement EPSTEIN Richard, *Overdose, How Excessive Government Regulation Stifles Pharmaceutical Innovation*, Yale University Press p. 185 ss (2006).

⁹¹ S'agissant du Vioxx, on signalera en Suisse que Merck a remboursé aux patients les emballages qu'ils ont rapportés à leur pharmacie.

⁹² Une action en dommages-intérêts peut aussi s'appuyer sur la Loi sur la concurrence déloyale (RS 241). Celle-ci renvoie cependant au Code des obligations pour ce qui touche à la réparation du préjudice (art. 9 al. 3 en liaison avec l'art. 10).

⁹³ Lorsque le défendeur est une personne morale, l'acte illicite est celui de son organe (art. 55 CC). Sur la délimitation entre l'art. 55 CC et l'art. 55 CO, cf. WERRO, Commentaire romand, ad art. 55 CO, n^{os} 37 et 38.

⁹⁴ Sur les autres formes d'illicéité, développée pour « pallier les limites » de la conception objective de l'illicéité, voir les explications de WERRO, Commentaire romand, ad art. 41 CO, n^o 59 ss.

⁹⁵ Selon la jurisprudence, « [s]i le fait dommageable consiste dans l'atteinte à un droit absolu (comme la vie ou la santé humaines, ou le droit de propriété), l'illicéité est d'emblée réalisée, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si et de quelle manière l'auteur a violé une norme de comportement spécifique; on parle à ce propos d'illicéité par le résultat (Erfolgsunrecht) ». ATF 132 II 305, consid. 4.1.

destinées à protéger le bien juridique atteint⁹⁶. S'agissant de la responsabilité pharmaceutique, et hormis le cas exceptionnel évoqué au chapitre ci-dessus, une atteinte à l'intégrité corporelle est toujours présente. Par conséquent, l'illicéité de résultat fera l'objet de l'analyse principale.

1. *L'atteinte au droit absolu à l'intégrité physique (illicéité du résultat)*

De prime abord, la situation est simple. Si le patient est atteint dans sa santé⁹⁷ et que cette lésion est bel et bien due au médicament (causalité), la société pharmaceutique qui l'a mis sur le marché a porté atteinte au droit absolu à l'intégrité physique⁹⁸. Appréciee sous cet angle, la condition de l'acte illicite est remplie même si la société a fourni une information complète sur son médicament; en d'autres termes, même si l'effet indésirable était correctement signalé dans la notice d'emploi, le médicament a bel et bien causé l'atteinte au droit absolu.

Cette conclusion intermédiaire, à certains égards insatisfaisante, peut être relativisée «en aval», en niant la *faute* de la société qui a rempli correctement ses devoirs d'information⁹⁹. Alternativement, l'illicéité peut être levée, en justifiant l'atteinte par le consentement du patient¹⁰⁰. La faute étant

⁹⁶ Selon la jurisprudence, si «le fait dommageable consiste en une atteinte à un autre intérêt (par exemple le patrimonial), l'illicéité suppose qu'il existe un «rapport d'illicéité», soit que l'auteur ait violé une norme de comportement ayant pour but de protéger le bien juridique en cause; c'est ce qu'on appelle l'illicéité par le comportement (Verhaltensunrecht). La simple lésion du droit patrimonial d'un tiers n'empêche donc pas, en tant que telle, la réalisation d'un acte illicite; il faut encore qu'une règle de comportement de l'ordre juridique interdise une telle atteinte et que cette règle ait pour but la protection du bien lésé». Id. (références omises).

⁹⁷ Selon la jurisprudence, «tout acte qui entame la substance même du corps humain (par exemple une amputation), qui limite au moins provisoirement la capacité corporelle ou qui porte atteinte ou aggrave de manière non insignifiante le bien-être du patient doit être considéré comme une lésion corporelle» (arrêt 4P.9/2002 du 19 mars 2002, consid. 2.c).

⁹⁸ L'atteinte à la santé causée par le médicament relève-t-elle de l'*action* ou de l'*omission* de la société pharmaceutique? On serait tenté de l'attribuer à une action de la société, la situation s'apparentant plutôt à une bouteille d'eau explosive qu'à une piscine dangereuse, car mal surveillée. Toutefois, le principal reproche fait à la société est d'avoir mal informé, ce qui représente une abstention typique du délit d'omission. En toute hypothèse, la société pharmaceutique occupe une position de garant, ne serait-ce que par le biais de l'art. 3 LPT. Plus généralement sur ce thème, voir CHAPPUIS Christine et WERRO Franz, *La responsabilité civile : à la croisée des chemins*, Rapports et communications de la Société suisse des juristes 3/2003 (Helbing & Lichtenhahn), p. 314.

⁹⁹ Pour une critique de l'illicéité de résultat, WERRO, *supra* note 5, p. 28 («ce qui fonde l'obligation de réparer, c'est la manière – déraisonnable ou socialement inadéquate – dont l'auteur se comporte, et non pas le résultat qui en découle. L'atteinte à tel ou tel bien n'est pas décisive»).

¹⁰⁰ Cf. VOGEL, *supra* note 52, p. 34-35.

examinée au chapitre E., intéressons-nous ici au consentement du patient¹⁰¹. Le patient qui prend un médicament dont la notice d'emploi mentionne l'effet indésirable a-t-il consenti à l'atteinte à sa santé?

Dans la relation médecin-patient, la jurisprudence fixe un standard élevé pour admettre le consentement du patient à l'acte illicite¹⁰². Pour être valable, ce consentement doit être éclairé. Cela implique que le médecin fournisse une information précise et complète, qu'il s'assure que le patient l'a comprise; de surcroît, le patient doit pouvoir poser ses questions et disposer d'un temps de réflexion. Si l'on se place dans le contexte pharmaceutique, on distinguera différentes situations.

a) *Médicament obtenu sans prescription*

Dans une première hypothèse, le patient a obtenu le médicament sans conseil ou prescription de son médecin. L'information dont le patient dispose se trouve essentiellement dans la PI¹⁰³. L'énumération des effets indésirables dans la PI entraîne-t-elle un consentement (tacite) du patient levant

¹⁰¹ Le consentement couvre les risques de lésions dont le patient avait été informé et qui ne sont pas la conséquence d'une violation des règles de l'art. Voir, sous l'angle contractuel, l'arrêt 4C.366/2006 du 9 février 2007.

¹⁰² Cf. par ex. arrêt 6B_640/2007 du 11 février 2008 : « Toute atteinte à l'intégrité corporelle, même causée comme en l'espèce par une intervention chirurgicale, est ainsi illicite à moins qu'il n'existe un fait justificatif. Dans le domaine médical, la justification de l'atteinte ne peut en principe venir que du consentement du patient, exprès ou que l'on peut présumer. Pour être efficace, le consentement doit être éclairé, ce qui suppose que le praticien renseigne suffisamment le malade pour que celui-ci donne son accord en connaissance de cause. L'exigence d'un consentement éclairé du patient se déduit directement du droit de ce dernier à la liberté personnelle et à l'intégrité corporelle, qui est un bien protégé par un droit absolu. [...] Le médecin doit donner au patient, en termes clairs, intelligibles et aussi complets que possible, une information sur le diagnostic, la thérapie, l'opération, les chances de guérison, éventuellement sur l'évolution spontanée de la maladie et les questions financières, notamment relatives à l'assurance. » (consid. 3.1, références omises). Voir aussi, sur le consentement éclairé et le devoir d'information préalable, les arrêts 4C.66/2007 du 9 janvier 2008, consid. 5.1; 1P.71/2007 du 12 juillet 2007, consid. 3.1; 4C.366/2006 du 9 février 2007, consid. 4.1.1; 4C.9/2005 du 24 mars 2005, consid. 4.3; l'arrêt 4P.265/2002 du 28 avril 2003.

Le devoir d'information du médecin ne se limite pas aux opérations chirurgicales. Dans l'arrêt « Norvir », le Tribunal fédéral a appliqué les mêmes principes au devoir d'information du médecin lors de la prescription d'un médicament. « [L]e médecin doit renseigner le patient ou son représentant, dans le cadre d'un traitement, sur le comportement thérapeutique correct à adopter et attirer son attention sur les dangers connus. Ainsi, lorsqu'il prescrit un médicament, le praticien doit avertir le patient des risques particuliers induits par celui-ci ». Consid. 3.aa (références omises). On soulignera cependant que ces explications ne se fondaient pas sur la théorie du consentement en cas d'acte illicite, mais sur les obligations légales issues du mandat de soins et de la législation cantonale.

¹⁰³ Le pharmacien ou le droguiste est censé fournir un conseil, mais il est rare que celui-ci soit plus étendu que la PI.

l'illicéité? Empiriquement, on sait que les notices d'emploi sont peu lues et guère comprises¹⁰⁴. Même lorsque le patient est majeur et pleinement capable de discernement, l'acte d'avaler un médicament est rarement éclairé. De surcroît, en tout cas à l'égard du médecin, la jurisprudence retient que la notice d'emploi ne dispense pas celui-ci d'informer son patient des risques du médicament¹⁰⁵. Dans ces circonstances, il paraît incongru d'admettre qu'à l'égard de la société pharmaceutique, l'insertion d'une PI dans l'emballage du médicament vaut consentement du patient¹⁰⁶. Il semble préférable de libérer la société au stade ultérieur, c'est-à-dire en niant la faute.

b) Médicament prescrit par le médecin

Si le médicament a été prescrit par le médecin, celui-ci est tenu d'informer son patient des risques du traitement. Est-ce que la société pharmaceutique peut invoquer à son avantage le consentement que le médecin a obtenu – ou est censé obtenir – de son patient¹⁰⁷? Il faut ici aussi distinguer plusieurs hypothèses:

- i) Le médecin a informé complètement son patient des risques et celui-ci a donné son consentement éclairé. Un effet indésirable évoqué par le médecin se manifeste. Le consentement du patient ayant bel et bien porté sur la survenance de ce risque, il paraît normal que la société soit libérée de toute responsabilité.
- ii) Le médecin fournit une information complète, mais ne discute pas un risque très rare. Celui-ci survient. Les tribunaux estiment que le consentement demeure éclairé vis-à-vis du médecin, car celui-ci peut omettre

¹⁰⁴ Comparer avec l'arrêt 6S.358/2004 du 10 novembre 2004, consid. 6.2 (« Il a d'ailleurs été constaté que le recourant connaissait l'habitude des usagers de ne pas lire les règles d'utilisation [de la piscine]. Par son comportement, la victime n'a pas rompu le lien de causalité adéquate. »).

¹⁰⁵ « Quant aux notices d'information concernant divers médicaments dont le Norvir qui étaient à disposition des patients dans la salle d'attente, ainsi que la mise en garde figurant sur la notice d'emballage de ce médicament, elles ne sauraient représenter des éléments de nature à suppléer au défaut d'avis du médecin. En effet, c'est au praticien qu'il incombe le devoir de renseigner et celui-ci ne saurait se libérer en exigeant de son patient qu'il se documente lui-même ou qu'il lise les prescriptions médicales figurant sur la notice d'emballage du médicament ». Consid. 3.bb) (références omises).

¹⁰⁶ Voir cependant, VOGEL, *supra* note 52, p. 35-37. Cet auteur part du principe que la notice d'emploi vaut consentement à tous les risques (non-mortels) qu'elle révèle, pour autant que le patient ait eu la possibilité d'en prendre connaissance; il est réputé avoir consenti quand bien même il ne l'a pas lue. Il relativise ensuite (p. 38-39) ce résultat, le jugeant injuste, notamment lorsque le patient n'a guère d'autres choix pour soigner sa maladie.

¹⁰⁷ Le fardeau de la preuve incombe à la société pharmaceutique, ce qui serait chose facile si l'on admettait que la notice d'information fonde un consentement (tacite) du patient.

la mention de risques rares¹⁰⁸. Vis-à-vis de la société pharmaceutique, il semble équitable de la libérer également de toute responsabilité, en tout cas si celle-ci a signalé l'effet indésirable.

- iii) Le médecin a informé son patient, mais n'a pas spécifiquement évoqué l'effet indésirable commun qui survient. Celui-ci est pourtant mentionné dans la FI et dans la PI. Vis-à-vis du médecin, le patient n'a pas donné son consentement éclairé¹⁰⁹, encore qu'un consentement hypothétique soit envisageable. Cette conclusion s'impose-t-elle aussi à l'égard de la société? On peut hésiter. A mon avis, il est plus juste de nier la causalité ou la faute, plutôt que de retenir un consentement hypothétique en faveur de la société pharmaceutique.
- iv) Le médecin dispense le médicament, mais sans rechercher le consentement du patient, parce qu'il s'agit d'un traitement de routine (ex: calmant donné à l'hôpital avant une opération), parce que l'urgence ne permettait pas d'obtenir le consentement ou parce que le patient n'était pas en état de donner son consentement (ex: patient sénile recevant un somnifère dans un EMS). Dans les rapports entre le médecin et le patient, le consentement hypothétique du second sera souvent retenu. Dans les rapports entre le patient et la société pharmaceutique, la situation est semblable à celle évoquée sous iii).
- v) Les notices d'emploi ne mentionnent pas un effet indésirable. Le médecin fournit une information complète sur tous les risques connus, mais évidemment n'évoque pas celui que la notice taisait. Cet effet indésirable atteint le patient. Vis-à-vis du médecin, le consentement informé du patient sera vraisemblablement admis¹¹⁰. En revanche, vis-à-vis de la société, un tel consentement est à exclure.

¹⁰⁸ Cf. arrêt 4P.169/2003 du 30 octobre 2003, consid. 2.2.2 (« Concernant le risque de syncope après la pose de l'appareil orthodontique incriminé, tant le médecin dentiste que l'expert judiciaire ont relevé la très faible probabilité de sa réalisation. Or, le médecin n'est pas tenu de signaler un risque atypique et exceptionnel à ses patients »). Sur les exceptions à l'obligation d'informer du médecin, voir par ex. GUILLOD Olivier, « Responsabilité médicale : de la faute objectivée à l'absence de faute », in Chappuis/Winiger (édit.), *Responsabilités objectives*, Zurich 2003, p. 161.

¹⁰⁹ Voir l'arrêt « Norvir », *supra* note 66. Voir toutefois l'arrêt 4C.336/2006 du 9 février 2007, où la cour cantonale retient que le médecin n'avait pas à informer son patient d'un risque exceptionnel, en l'occurrence un risque dont la fréquence était inférieure à 1%; le Tribunal fédéral ne s'est cependant pas prononcé sur ce point.

¹¹⁰ Voir par ex. l'arrêt 4P.110/2003, consid. 3.1.1. (« Une autre exception au devoir d'informer concerne les risques rares et inhabituels, qui n'ont pas besoin d'être mentionnés spécifiquement suivant les circonstances et à certaines conditions »); le Tribunal renvoie aux articles de CONTI, *Die Pflichten des Patienten im Behandlungsvertrag*, Berne 2000, p. 113 et de MANAI Dominique, *Le devoir d'information du médecin en procès*, SJ 2000 II p. 351 et 352.

Ces exemples montrent à quel point il est difficile de construire un consentement du patient à l'acte illicite de la société. Aux Etats-Unis, pour les médicaments vendus sur prescription, cette difficulté est contournée, puisque la société est seulement tenue d'informer le médecin, en mettant à sa disposition une notice d'emploi complète. Si elle satisfait à cette obligation, il est indifférent que le médecin ait ou non obtenu le consentement éclairé du patient. La société n'est donc pas responsable vis-à-vis du patient, dont le médecin aurait pu et dû lui signaler l'effet indésirable. Elle l'est seulement si elle a omis d'inclure un risque dans le « *label* » (l'équivalent de la FI)¹¹¹. A ma connaissance, les tribunaux suisses ne se sont jamais prononcés sur cette « *learned intermediary doctrine* ». Cette théorie a le mérite de se fonder sur les lignes de communication consacrées par le droit et la pratique: la société pharmaceutique est censée communiquer avec le médecin, et non pas directement avec le patient. Elle présente en revanche l'inconvénient de concentrer sur le médecin l'essentiel du risque juridique.

2. *La violation de règles protégeant la santé du patient (illicéité du comportement)*

Le lésé peut aussi prouver l'acte illicite en démontrant que la société pharmaceutique a violé une norme destinée à le protéger (relation d'illicéité). La norme invoquée doit avoir « pour finalité de protéger le lésé dans les droits atteints par l'acte incriminé. De telles normes peuvent résulter de l'ensemble de l'ordre juridique suisse, qu'il s'agisse du droit privé, administratif ou pénal; peu importe qu'elles soient écrites ou non écrites, de droit fédéral ou de droit cantonal »¹¹².

Le droit pharmaceutique contient une telle norme générale à l'art. 3 LPT_h. Une société pharmaceutique est tenue de « prendre toutes les mesures requises par l'état de la science et de la technique afin de ne pas mettre en

¹¹¹ « *The learned intermediary doctrine provides that a pharmaceutical manufacturer has a duty to warn a physician of the risks involved with a pharmaceutical, and the physician then acts as a "learned intermediary" between the manufacturer and the physician's patient. [...] Thus, a warning to the [physician] is deemed a warning to the patient; the manufacturer need not communicate directly with all ultimate users of prescription drugs* » Ehlis v. Shire, 367 F.3d 1013 (8th Cir. 2004) (citant également Kirsch v. Picker Int'l, Inc., 753 F.2d 670, 671 (8th Cir.1985). Desmarais v. Dow Corning Corp., 712 F.Supp. 13, 17 (D.Conn.1989); Basko v. Sterling Drug, Inc., 416 F.2d 417, 426 (2d Cir.1969); Tracy v. Merrell Dow Pharms., Inc., 58 Ohio St.3d 147, 569 N.E.2d 875, 878 (1991); Christopher v. Cutter Labs., 53 F.3d 1184, 1192 (11th Cir.1995); Hill v. Searle Labs., 884 F.2d 1064, 1070 (8th Cir.1989); In re Norplant Contraceptive Prods. Liab. Litig., 215 F.Supp.2d 795, 806 (E.D.Tex.2002)).

¹¹² Arrêt 4A_54/2008 du 29 avril 2008, consid. 5.2.1.

danger la santé de l'être humain et des animaux»¹¹³. L'art. 16 OMéd, pour sa part, lui commande « d'adapter l'information sur le médicament en fonction de l'état des connaissances techniques et scientifiques ainsi que des faits et résultats nouveaux ». La violation du devoir de diligence est passible de sanctions pénales (art. 86 al. 1 let. a LPTh lorsque la santé de personnes a effectivement été mise en danger ; art. 87 al. 1 let. f LPTh lorsqu'elle ne l'est pas¹¹⁴). Sans aucun doute, ces règles visent à protéger les patients.

Il reste à déterminer le comportement que ces règles imposent à la société dans un cas concret. Or, cette appréciation rejoint l'exigence de faute selon l'art. 41 CO, puisque le jugement est objectivé. Afin d'éviter la répétition et étant donné que la condition d'illicéité de résultat est quasiment toujours satisfaite dans le contexte pharmaceutique, l'analyse du manquement à la diligence est reportée au chapitre E. traitant de la faute.

3. *L'acte illicite de l'auxiliaire selon l'art. 55 CO*

L'art. 55 CO entre en ligne de compte lorsque le dommage a été causé par un acte d'un ou plusieurs auxiliaires agissant dans l'accomplissement de leur travail¹¹⁵. Il ne s'applique pas lorsque l'acte est commis par les organes de la société (art. 55 CC)¹¹⁶.

La nature de l'acte de l'auxiliaire donne lieu à débat dans la doctrine. Le demandeur doit-il prouver que cette personne subordonnée à l'employeur a commis un acte illicite ? Pour Franz Werro, le lésé doit au minimum prouver un manquement à la diligence objectivement requise de la part de l'auxiliaire du défendeur¹¹⁷ ; « il ne suffit pas que l'employé ait eu un acte dont *le*

¹¹³ Voir aussi les art. 29 et ss de la Loi fédérale sur les épidémies, RS 818.101; ainsi que l'arrêt du 7 mars 2000, publié à la SJ 2000 I p.358-365.

¹¹⁴ De nombreuses infractions du Code pénal peuvent également entrer en ligne de compte.

¹¹⁵ La jurisprudence exige « une relation directe et fonctionnelle entre l'activité pour laquelle l'employeur a eu recours à l'auxiliaire et l'acte dommageable ». Arrêt 4A_326/2008, consid. 5.1; cf. aussi arrêt 4A_54/2008 du 29 avril 2008, consid. 4.2. S'agissant d'un dommage en rapport avec l'information concernant le médicament, cette condition ne pose pas problème.

¹¹⁶ Sur la délimitation entre l'art. 55 CC et l'art. 55 CO, voir l'arrêt du Tribunal fédéral du 10 février 2009, 4A_544/2008.

¹¹⁷ Pour cet auteur, « la responsabilité de l'employeur suppose un manquement à la diligence objectivement et concrètement requise, aussi bien de la part de l'employeur que de celle des personnes dont il répond. [...] Selon l'art. 55 CO, un employeur n'est pas responsable du dommage causé par son employé si on ne peut pas reprocher à l'un comme à l'autre un manque de diligence. [...] [l'employé] doit avoir agi au mépris des règles de la prudence; il est vrai que l'acte de l'employé, même incapable de discernement, engage la responsabilité de l'employeur. Il faut en revanche qu'on puisse retenir que le comportement aurait constitué une faute s'il avait été le fait d'une personne capable de discernement. Il faut donc [...] que l'acte de l'employé constitue

seul résultat est illicite (atteinte à l'intégrité corporelle ou endommagement de la propriété)»¹¹⁸. Il concède cependant que dans l'ATF 110 II 456¹¹⁹, le « Tribunal fédéral a retenu la responsabilité de l'employeur-fabricant en fonction du résultat: sans égard au comportement objectivement diligent ou non de l'employé, le seul défaut du produit – mais non les seules blessures de la victime! – a suffi à engager la responsabilité de l'employeur »¹²⁰.

Au vu des flottements de la jurisprudence et des controverses dans la doctrine, les sociétés subissent l'insécurité quant à la portée exacte des actes de leurs employés qui engagent leur responsabilité. Dans le domaine pharmaceutique, est-il nécessaire de prouver un manquement à la diligence d'un employé ou faut-il prouver un défaut (dans un sens équivalent à celui de la LRFP)? Heureusement, dans de nombreux cas impliquant un défaut d'information, les deux approches se rejoignent puisqu'on n'exige en principe pas du demandeur qu'il identifie lui-même l'auxiliaire responsable¹²¹. Les employés diligents d'une société pharmaceutique doivent en effet s'assurer que les médicaments sont accompagnés d'une notice précise qui signale dûment tous les effets indésirables pertinents; s'ils tolèrent que des effets indésirables ne soient pas mentionnés, ils agissent « au mépris des règles de la prudence », tandis que le médicament, lui, souffre d'un défaut. Une divergence entre l'art. 55 CO et la LRFP peut en revanche apparaître lorsque aucun employé ne peut savoir que le médicament présente un risque pour la santé; dans ce cas, il peut y avoir défaut, sans qu'un reproche de manque de diligence ne puisse être formulé. Le chapitre suivant examine les différentes configurations du défaut pharmaceutique.

D. Le défaut

La LRFP remplace la condition de l'acte illicite par celle du défaut. Le producteur répond de tout dommage causé par un défaut de son produit¹²², à moins qu'il parvienne à apporter une preuve libératoire (à ce sujet, le chapitre F.2.). L'art. 4 LRFP définit le défaut comme l'absence d'une « sécurité à laquelle on peut

un manquement injustifié à la diligence requise. [...] C'est dans ce sens qu'il faut à mon avis comprendre l'exigence de l'acte illicite souvent répétée en doctrine et en jurisprudence. [...] On ne voit pas ce qui justifierait en principe que l'employeur réponde d'actes d'un employé qui ont un résultat illicite alors que l'employé n'a violé aucune règle de prudence. » CHAPPUIS & WERRO, *supra* note 98, p. 333-334.

¹¹⁸ Id. p. 334.

¹¹⁹ L'arrêt « boucle de béton » a été traduit au JdT 1985 I 378.

¹²⁰ Id. p. 335. Voir aussi les explications de WERRO dans son Commentaire romand, ad. art. 55 CO, n^{os} 12-13 et son article « Les fondements de la responsabilité civile », *supra* note 5, p. 31.

¹²¹ Cf. VOGEL, *supra* note 52, p. 92.

¹²² Sur les notions de producteur et de produit, voir CHAPPUIS Guy, *supra* note 2, p. 150.

légitimement s'attendre compte tenu de toutes les circonstances»¹²³. Comme le relève Franz Werro, « [l]e problème est que la sécurité est une notion relative et que la définition qu'on en donne reposera souvent sur une pétition de principe »¹²⁴.

Dans le contexte pharmaceutique, les attentes de sécurité sont particulièrement difficiles à cerner. La LRFP ne fournit guère de pistes. On sait qu'à teneur de l'art. 4 al. 2 LRFP, le fait qu'un produit « plus perfectionné » ait été mis sur le marché postérieurement ne prouve pas le défaut. La loi précise encore que le défaut doit se révéler dans le contexte d'une utilisation correcte ou, si incorrecte, encore raisonnablement prévisible (art. 4 al. 1 let. b LRFP)¹²⁵. Plusieurs questions restent cependant à explorer.

1. *La notice d'emploi mentionne l'effet indésirable*

Commençons par le cas où la notice d'emploi décrit correctement les effets indésirables. Peut-on parler de défaut du médicament si un de ces risques se matérialise¹²⁶? Ce cas de figure est-il à classer dans la catégorie du couteau qui coupe ou de la cafetière qui pouvait exploser si posée sur une surface mouillée? Dans le premier cas, on estime que le risque est inhérent au produit: si le couteau à viande doit servir à découper la viande, on ne peut éviter qu'il coupe occasionnellement un doigt; le cuisinier mutilé ne peut

¹²³ Selon WERRO FRANZ, « [c]es circonstances sont appréciées de manière concrète, mais non subjective. En ce sens, le défaut est une notion normative: son appréciation est fondée sur les attentes légitimes ou raisonnables de l'utilisateur moyen, et non sur celles de la victime ou d'un consommateur déterminé. » « La responsabilité objective du fait des produits est-elle stricte? », in Chappuis/Winiger (édit.), *Responsabilités Objectives*, Zurich: Schulthess 2003, p. 31-32.

¹²⁴ Id. p. 38.

¹²⁵ Il n'y a donc pas de défaut si le patient utilise un médicament en dépit d'une contre-indication manifeste; par exemple: le patient ingère de l'alcool avec le médicament, alors que la notice d'emploi décrit clairement les conséquences dangereuses d'un tel comportement. Dans ce cas de figure, on peut considérer que l'usage était abusif, c'est-à-dire « déraisonnable dans les circonstances ». Il n'en va pas nécessairement de même lorsque l'avertissement était générique (par ex. « prudence en conduisant »). Cf. ATF 133 III 81, consid. 3.1, citant la directive européenne 85/374/CE. Sur la distinction entre l'usage erroné, mais avec lequel « le producteur doit raisonnablement compter » et l'usage abusif, qui exclut la responsabilité du fait des produits, voir également le consid. 3.1; aussi le commentaire de cet arrêt par Duc Jean-Michel, dans la PJA 7/2007, p. 905.

¹²⁶ En l'occurrence, il s'agirait d'un défaut de conception. Dans l'ATF 133 III 81, le Tribunal fédéral, reprenant les distinctions faites par la doctrine, le définit comme le défaut résidant « dans la façon dont le produit a été pensé; tel qu'il a été conçu, le produit comporte une propriété qui le rend dangereux en cas d'utilisation conforme à son but ou en cas d'un autre usage auquel le producteur devait raisonnablement s'attendre » (consid. 3.2; références omises).

se plaindre d'un défaut¹²⁷. Dans le deuxième cas, le Tribunal fédéral laisse entendre que l'avertissement « ne pas poser la cafetière sur un plan de cuisine mouillé » serait une clause inadmissible qui limite « au détriment de la victime la responsabilité civile résultant de la présente loi » (art. 8 LRFP)¹²⁸; le défaut subsiste.

Le médicament pose des difficultés de classification¹²⁹:

- Il s'apparente au couteau car il est pratiquement impossible de développer un médicament qui n'ait pas d'effet indésirable. Il est impossible d'isoler une substance active contre la maladie, de la tester pour son efficacité et sa sécurité, et de lui ôter *ensuite* tous ses effets indésirables. Alternativement, il est irréaliste de recommencer le processus depuis le début avec une autre substance active, en espérant qu'elle ait moins d'effets indésirables. En effet, le processus de mise au point d'un seul nouveau médicament dure environ 10 ans et coûte plusieurs centaines de millions de francs¹³⁰. C'est pourquoi, dans la grande majorité des cas, les effets indésirables d'un médicament ne peuvent être évités qu'en y renonçant complètement¹³¹. En d'autres termes, confronté à des effets indésirables, le fabricant n'a guère de choix : soit il retire le médicament de la vente, soit il modifie la notice d'emploi. L'erreur de conception cède ainsi sa place au défaut d'information.
- Le médicament se distingue en revanche du couteau, car, contrairement à ce dernier, son utilité ne réside pas dans ses caractéristiques dangereuses; dans la majorité des cas, le médicament opère de manière

¹²⁷ Pour WERRO, « la responsabilité du producteur n'est en principe pas engagée lorsque le danger de la chose est patent ». *Supra* note 123, p. 32.

¹²⁸ Cf. ATF 133 III 81, consid. 4.2.1. De surcroît, une cafetière ne doit pas exploser lorsque posée sur une surface mouillée, de sorte que défaut il y a. Cf. WERRO Franz, *Le défaut du produit, ses catégories, sa preuve et les instructions du fabricant*, SJZ 104, p. 263-265 (2008).

¹²⁹ Voir aussi les distinctions proposées par WERRO dans son article à la SJZ, id. p. 264 (« on tolèrera que certains médicaments destinés à combattre certaines maladies fatales aient des effets négatifs qui le soient tout autant. On refusera en revanche qu'un comprimé d'aspirine censé faire passer un mal de tête puisse tuer celui qui l'absorbe [...] »).

¹³⁰ Sur la grande question du coût de développement d'un médicament, cf. DIMASI Joseph & GRABOWSKI Henry G., *The Cost of Pharmaceutical R&D: Is Biotech Different?*, 28 *Managerial and Decision Economics* p. 469-479 (2007); DIMASI Joseph, HANSEN Ronald & GRABOWSKI Henry G., *The Price of Innovation: New Estimates of Drug Development Costs*, 22 *Journal of Health Economics* p. 141-185 (2003). Aussi Public Citizen, *Rx R&D Myths: The Case Against The Drug Industry's R&D "Scare Card"* (2001).

¹³¹ Dans le contexte pharmaceutique, l'erreur de conception cède généralement sa place au manque d'information. Comme il est très difficile d'adapter après coup la conception du médicament, il s'agira le plus souvent d'adjoindre une information sur les risques. En présence d'un défaut, le fabricant n'a guère de choix : soit il retire le médicament de la vente, soit il modifie la notice d'emploi.

sûre. Supposons ici que la cafetière ait été correctement conçue, correctement fabriquée, mais qu'il ait été impossible de trouver un procédé de fabrication qui exclue complètement le rarissime risque d'explosions. Dans un minuscule pourcentage de cas, la cafetière, comme le médicament, blesse son utilisateur. Le sentiment de la justice plaide pour l'admission d'un défaut, de sorte que le risque soit supporté par le producteur, qui sait que son produit est occasionnellement dangereux¹³².

Ces deux lignes d'argumentation suggèrent une distinction en fonction du type d'effets indésirables. Un défaut serait retenu lorsque l'effet indésirable est rare et inattendu ; par exemple, un patient meurt subitement après avoir avalé une pilule contre l'insomnie. À l'inverse, plus l'effet indésirable est prévisible ou évitable pour le patient, plus il se justifie d'exclure le défaut ; par exemple, la personne insomniaque chute dans l'escalier après avoir pris son somnifère, mais avant d'avoir atteint son lit¹³³. Une telle construction peut se rattacher aux attentes légitimes du patient moyen¹³⁴, à condition de ne pas y incorporer automatiquement les effets indésirables énumérés dans la notice d'emploi (par renvoi à l'art. 8 LRFP). Ce raisonnement reprend en partie le critère du bénéfice-risque, appliqué dans certains pays et défendu par certains auteurs¹³⁵. En effet, le défaut est admis si l'effet indésirable, par sa gravité ou sa fréquence, remet en cause l'appréciation du bénéfice-risque

¹³² Dans son article sur la LRFP, WERRO se pose la même question pour un processus de fabrication de bouteilles, où inévitablement 1 sur 100 000 explose. Il hésite à conclure « qu'en dépit d'un risque statistique non maîtrisable, ou du coût exorbitant que représenterait son élimination, le défaut de sécurité n'est pas acceptable et que, quelles que soient les limites techniques, le producteur doit en répondre » (p. 36-37).

¹³³ De même, on niera le défaut pour une chimiothérapie qui entraîne la perte des cheveux du patient. L'effet indésirable est certes inévitable, mais entièrement prévisible.

¹³⁴ Si l'effet indésirable est bien connu et relativement fréquent, le patient ne peut soutenir que le risque contredit ses attentes de sécurité. En revanche, un effet indésirable rare et particulièrement sérieux se situerait en dehors des attentes du patient moyen. Ainsi, celui-ci ne s'imagine pas qu'un médicament contre l'obésité puisse causer des déformations des valves cardiaques.

¹³⁵ Dans son article sur la LRFP, WERRO laisse entendre que les médicaments sont à classer dans les produits évidemment dangereux. Il suggère alors de tenir compte du rapport bénéfice-risque « De manière générale, on reconnaît que l'utilité d'un produit rend acceptables les dangers qu'il présente. Il n'y a qu'à songer aux médicaments contre le sida dont les effets secondaires sont parfois redoutables. Inversement, nier la responsabilité du producteur parce que le danger est évident est douteux si l'utilité du produit est très faible compte tenu du rapport bénéfice-risque » (p. 40). On ajoutera que les partisans du « *risk-utility test* » y incorporent d'autres considérations : « ils proposent de mesurer dans un premier temps les risques et les avantages du produit, puis de vérifier dans un second temps quelles sont les attentes du consommateur raisonnable qui en découlent, en tenant compte du coût du produit, de la gravité du risque, ainsi que du coût et de la faisabilité de l'élimination du risque » (p. 42). Voir aussi son article dans la SJZ, *supra* note 128, p. 264 (« Pour savoir si un produit est défectueux ou non, il faut apprécier, au-delà de la présentation qui en est faite et des attentes qu'elle fait naître, la relation qu'il y a entre l'utilité du produit et le risque qu'il présente »).

du médicament. Reste qu'une solution où le défaut dépend en fin de compte d'une multitude de facteurs (par exemple, rareté, nature et gravité de l'effet indésirable, nécessité du médicament, existence d'alternatives thérapeutiques, possibilités pour le patient d'éviter l'effet indésirable) n'est guère pratique, tant il est difficile de fixer des limites précises¹³⁶. Elle est parfois inéquitable en ce qu'elle aboutit à favoriser certains patients (ceux qui subiront un effet rare) et à en discriminer d'autres.

2. *Les notices d'emploi ne mentionnent pas l'effet indésirable*

Si l'effet indésirable ne figure pas dans les notices d'emploi, il est plus facile d'admettre le défaut. Envisageons trois cas de figure :

- i) Un effet indésirable grave vient à être révélé que personne, jusqu'alors, ne connaissait ; le médicament est immédiatement retiré du marché. Clairement, la condition du défaut est remplie. A ce stade du raisonnement, peu importe que la société ait ignoré en toute bonne foi son existence¹³⁷.
- ii) Un effet indésirable grave est mis à jour, mais les autorités estiment que le médicament peut rester sur le marché, moyennant l'adaptation des notices d'emploi. Autrement dit, pour les autorités, le médicament continue à présenter un rapport bénéfice-risque globalement positif moyennant ces avertissements. Le patient (lésé avant la modification des notices d'emploi) peut-il se plaindre d'un défaut ? Si l'on devait se baser sur le critère du bénéfice-risque *après* mise à jour des notices, il n'y aurait pas de défaut. Cela signifierait au demeurant qu'il n'y aurait presque jamais de défaut dans le secteur pharmaceutique, étant donné que la découverte de nouveaux effets indésirables n'aboutit qu'exceptionnellement au retrait du médicament ; dans la grande majorité des cas, les notices d'emploi sont simplement adaptées et le médicament reste sur le marché¹³⁸. A l'inverse, si l'on se basait sur le critère bénéfice-risque *avant* ladite mise à jour, il y aurait toujours défaut, vu que l'autorité n'a permis le maintien sur le marché que moyennant adaptation des notices. Aussi, le critère bénéfice-risque fondé sur la seule détermination de l'autorité conduit à des solutions trop tranchées et donc inadéquates. De nouveau, on en vient à

¹³⁶ Voir WERRO, *supra* note 123, p. 39.

¹³⁷ Contrairement à l'art. 5 al. 1 let. e LRFP qui se réfère à l'état des connaissances, l'art. 4 LRFP sur le défaut n'en tient pas compte. Le fait que le défaut soit inconnu ou même inconnaisable est indifférent.

¹³⁸ Il est d'autant plus tentant d'admettre le défaut que la société pharmaceutique dispose de la preuve libératoire propre au risque du développement (cf. le chapitre F.2.b) ci-dessous).

recommander une approche multi-factorielle telle qu'utilisée à l'art. 41 CO pour apprécier le manquement à la diligence et la faute.

- iii) Si le nouvel effet indésirable est léger (notamment par rapport à la maladie traitée et aux effets indésirables déjà inventoriés¹³⁹), le défaut existe-t-il toujours ? On peut le nier en relevant que le patient, qui est déjà informé d'une longue liste d'effets indésirables plus ou moins sérieux, n'est pas déçu dans ses attentes de sécurité si on ajoute un nouveau risque de faible ampleur¹⁴⁰. De même, le patient doit savoir que la découverte de nouveaux effets indésirables après la mise sur le marché est inévitable, dès lors que les essais cliniques ne durent pas suffisamment longtemps et n'incluent pas suffisamment de patients pour mettre à jour la totalité des effets indésirables¹⁴¹.
- iv) Cependant, il convient de faire une exception si la société pharmaceutique a délibérément tu l'effet indésirable. Dans ce cas, quelle que soit l'ampleur de l'effet, on retiendra que le patient est en droit de s'attendre à ce que tous les effets connus de la société pharmaceutique – ou qu'elle pourrait connaître en respectant ses obligations légales – soient mentionnés dans la notice d'emploi¹⁴².

¹³⁹ Il paraît légitime de traiter différemment un médicament utilisé contre des cancers au stade terminal d'un médicament contre la dépression. Vu la longue liste des effets indésirables graves mentionnés dans la notice d'emploi de l'anticancéreux de la dernière chance, le patient moyen n'a pas d'attentes de sécurité élevée; il ne s'attend probablement pas non plus à ce que tous les effets indésirables soient énumérés dans la notice, vu que ces produits conservent souvent un aspect expérimental.

¹⁴⁰ On peut tracer une analogie avec le devoir d'information du médecin. Par exemple, le chirurgien n'est pas tenu d'énumérer une liste sans fin de tous les risques envisageables, mais il doit indiquer ceux que le patient moyen aurait pris en compte pour parvenir à son choix éclairé. Si une opération est sujette à de nombreux risques, le médecin doit insister sur ceux qui sont graves ou fréquents, mais peut omettre les effets indésirables légers (par exemple, digestion pénible pendant les premiers jours suivant l'opération).

¹⁴¹ Les attentes des patients peuvent être plus élevées si la publicité faite pour le médicament donne l'impression que celui-ci est particulièrement sûr. La publicité étant sévèrement contrôlée en Suisse, il est rare qu'elle diffuse une telle impression. En revanche, aux Etats-Unis, les tribunaux admettent que les risques communiqués via les notices d'emploi peuvent être estompés par une publicité agressive; dans ce cas, la société demeure responsable vis-à-vis des patients en dépit des effets indésirables signalés. Certains tribunaux ont même parfois conclu qu'une publicité faite auprès des patients (« *direct-to-consumer advertising* ») supprime les effets de la « *learned intermediary doctrine* »; la société est alors tenue de fournir les mises en garde nécessaires directement aux patients.

¹⁴² Dans l'arrêt « cafetière » (ATF 133 III 81), le Tribunal fédéral estime que « le consommateur moyen peut s'attendre à ce que le producteur applique [les normes techniques et les prescriptions de sécurité] et assure ainsi au produit concerné une sécurité de base » (consid. 3.1).

3. *Seule une des deux notices mentionne l'effet indésirable*

Un patient subit un effet indésirable qui n'est pas mentionné dans la notice d'emploi à l'intention des patients (PI), mais qui figure dans celle destinée aux professionnels (FI)¹⁴³. Le médicament offrait-il la sécurité à laquelle on pouvait légitimement s'attendre ? Du moment que Swissmedic a jugé que l'effet indésirable ne devait être cité que dans la FI, on aura tendance à admettre que ce prononcé administratif détermine à son tour les attentes en matière de sécurité de l'utilisateur moyen¹⁴⁴. L'autorité considère que le patient n'a pas besoin de cette information pour décider s'il suit ou non la recommandation de son médecin qui, lui, a reçu l'information complète. On peut aussi traiter le problème sous l'angle de la preuve libératoire de l'art. 5 let. d LRFP (cf. sous-chapitre F.2. ci-dessous).

4. *La notice d'emploi mentionne mal l'effet indésirable*

Aux Etats-Unis, nombreux sont les patients qui se plaignent d'imprécisions des notices d'emploi ; un risque est certes signalé, mais il n'est pas suffisamment mis en relief ou son ampleur est tue. Il est, par exemple, questions d'effets rares, alors que la fréquence est en réalité plus élevée ; le risque est mentionné, mais sans dire qu'il peut être mortel ; la notice ne préconise pas une surveillance étroite du patient, alors que celle-ci serait nécessaire ; les termes employés sont faussement rassurants (par exemple « pertes de vision », plutôt que « cécité permanente »). L'affaire fribourgeoise en est une illustration : le danger psychiatrique était mentionné, mais sa durée n'était pas clairement indiquée.

¹⁴³ Par exemple, la FI du médicament Seropram indique qu'il « ne doit pas être utilisé pour traiter l'enfant et l'adolescent de moins de 18 ans. Dans des études cliniques menées chez l'enfant et l'adolescent, une augmentation du comportement suicidaire (tentatives de suicide et pensées suicidaires) ainsi qu'une attitude d'hostilité (principalement un comportement agressif et oppositionnel ainsi que des crises de rage) ont été observées plus fréquemment sous traitement par des antidépresseurs que sous placebo. [...] Dans les études contrôlées par placebo et menées chez l'adulte, la fréquence de comportement suicidaire s'élève à 1,1% (Citalopram, 1590 patients) contre 0,8% (placebo, 968 patients). » Par comparaison, la PI de ce médicament mentionne uniquement : « Les symptômes d'une dépression peuvent s'aggraver durant un traitement par Seropram. Dans un tel cas, veuillez contacter votre médecin. [...] Une apparition accrue de troubles du comportement chez l'enfant et l'adolescent a été rapportée sous traitement par antidépresseurs. ».

¹⁴⁴ Dans l'arrêt « cafetière » (ATF 133 III 81), le Tribunal fédéral écrit « les normes techniques et les prescriptions de sécurité pourront également jouer un rôle dans l'appréciation du défaut, le consommateur pouvant s'attendre à leur respect » (consid. 3.1).

Ces situations soulèvent des problèmes déjà abordés. En sus de ceux liés aux attentes légitimes du consommateur moyen, il y a celui du rôle de Swissmedic (a-t-il sciemment choisi de ne pas recommander la surveillance permanente?), celui du lien de causalité (la mention de la fréquence plus élevée aurait-elle changé la décision du patient?), celui du rôle du médecin (si celui-ci a prescrit le médicament en toute connaissance de cause, l'omission dans la PI est-elle encore causale?).

5. *L'effet indésirable est seulement suspecté*

Peut-on considérer qu'il y a défaut du médicament si la notice d'emploi ne fait pas état d'un effet indésirable que la société suspecte, mais ne connaît pas de manière certaine? Autrement dit, la notice est-elle défectueuse dès lors qu'elle ne mentionne pas des effets indésirables possibles, mais non avérés?

Le droit des produits thérapeutiques aborde – partiellement et indirectement – la question, puisque l'autorité compétente, Swissmedic, doit déterminer à partir de quand un effet indésirable mérite d'être mentionné dans la notice d'emploi. Cette réponse n'est que partielle en ce sens que ni la loi, ni l'ordonnance n'ont fixé un niveau minimal de preuve. Ainsi, Swissmedic peut aussi bien exiger que rejeter la mention d'un effet indésirable dont l'existence n'est pas statistiquement prouvée. La pratique est donc loin d'être uniforme. La détermination de Swissmedic ne devrait pas être décisive quant à l'existence du défaut¹⁴⁵; en particulier, il pourrait néanmoins y avoir défaut si l'autorité s'est trompée dans son appréciation¹⁴⁶ ou si elle n'a pas disposé de tous les faits pertinents pour se prononcer¹⁴⁷.

Si la société a sciemment choisi de ne pas signaler un effet indésirable possible, une certaine sévérité sera de mise, même si la faute n'est pas une condition de la responsabilité selon la LRFP¹⁴⁸. En effet, ainsi qu'il a déjà été noté, le consommateur peut s'attendre à ce que la société se conforme à ses obligations légales et transmette toutes les annonces d'effets indésirables. Pour

¹⁴⁵ Quand bien même on retient un défaut, la société doit pouvoir invoquer en sa faveur la preuve libératoire de l'art. 5 al. 1 let. d LRFP si, en toute connaissance de cause, Swissmedic a refusé qu'un effet indésirable soit mentionné.

¹⁴⁶ Dans ce cas, la responsabilité de l'Etat peut être engagée. A ce sujet, Gross Jost, *Staatshaftung und Heilmittelrecht*, LeGes 2003 (1) p. 137-149.

¹⁴⁷ La société a commis un manquement fautif à la diligence si elle a caché à l'autorité des faits pertinents pour décider si (et comment) un effet indésirable doit figurer dans la notice d'emploi.

¹⁴⁸ Comme le montre WERRO dans son commentaire de l'arrêt «cafetière» à la SJZ (cité *supra* note 128), la notion de faute a tendance à réapparaître aux diverses étapes du raisonnement selon la LRFP. Voir aussi CHAPPUIS Christine, «Responsabilités objectives: conclusions générales», in Chappuis/Winiger (édit.), *Responsabilités objectives*, Zurich 2003, p. 209.

le surplus, la condition de causalité permet d'écartier la responsabilité s'il est clair que la mention supplémentaire d'un effet indésirable léger n'aurait pas amené le patient à renoncer au médicament ou s'il ne peut être prouvé que l'effet indésirable est bel et bien provoqué par le médicament.

6. *Le patient est trop sensible*

Dans l'affaire fribourgeoise, le tribunal cantonal a nié le défaut, au motif – semble-t-il – que le patient était tellement sensible qu'il ne correspondait pas au consommateur moyen dont les attentes sont déterminantes. Faut-il ainsi admettre que les effets indésirables qui atteignent un patient très sensible ne constituent pas un défaut si un patient moyen ne les aurait jamais ressentis ?

A mon avis, dans le secteur pharmaceutique, les attentes en matière de sécurité ne doivent pas être calquées sur ce que supporte le patient moyen¹⁴⁹. Tout d'abord, le critère des attentes légitimes de sécurité est indépendant des atteintes effectivement subies. La LRFP ne s'attache pas aux défauts que *subit* le consommateur moyen, mais bien ce à quoi il *s'attend*. Ensuite, les médicaments sont consommés par des personnes malades qui, presque par définition, s'attendent à être fragiles. Au demeurant, certaines maladies ne se rencontrent que chez des patients sensibles. Il serait donc incongru de les priver de la protection de la LRFP. De surcroît, les médicaments sont consommés par des milliers, voire des millions de patients, parmi lesquels se trouvent forcément des personnes particulièrement sensibles. Les notices d'emploi en tiennent compte puisqu'elles exigent également la mention d'effets rares subis par les seuls patients sensibles¹⁵⁰. La plupart du temps, il n'est pas possible d'identifier au préalable ces personnes, afin de leur recommander de ne pas prendre le médicament¹⁵¹. Dans ces circonstances, le défaut ne doit pas être exclu au simple motif que l'effet indésirable n'aurait point causé de dommage à un patient moins fragile.

¹⁴⁹ Dans l'ATF 133 III 81, citant l'auteur BÜYÜKSAGIS, le Tribunal fédéral indique que la sécurité doit être appréciée en fonction des expectatives « du consommateur moyen, et non [en fonction de] celles du lésé ou d'un groupe déterminé d'usagers particulièrement qualifiés ou, à l'inverse, inexpérimentés. La sécurité attendue dans un cas donné s'apprécie ainsi de manière objective. » (consid. 3.1).

¹⁵⁰ Voir par exemple la FI du Viagra : « la prudence est recommandée lorsque le sildénafil est administré à des patients sous traitement anti-bloquant, car une administration concomitante peut entraîner une hypotension symptomatique chez un faible nombre de sujets sensibles ».

¹⁵¹ La situation se présente différemment si le patient pouvait savoir que le médicament était pour lui contre-indiqué. Dans ce cas, l'avertissement donné par la société pharmaceutique aurait dû l'amener à renoncer au médicament. Sa faute peut être suffisamment lourde pour soit exclure la causalité, soit retenir que le produit a été employé de manière non-conforme « à l'usage qui peut en être raisonnablement attendu » (art. 4 al. 1 let. b LRFP).

7. *Le rôle du médecin*

Les chapitres ci-dessus ont discuté le défaut dans l'optique du patient. Autre est la question de savoir si le patient lésé peut se plaindre que son médecin a été insuffisamment informé, et donc soutenir que le médecin dûment informé ne lui aurait pas prescrit le médicament. Dans cette perspective, l'appréciation de la sécurité attendue n'est plus celle du *patient moyen*, mais celle du *médecin moyen*. Si le produit est sélectionné par une tierce partie, il semble raisonnable de s'attacher à ses attentes de sécurité, et non pas à celles de l'utilisateur. La situation se rencontre d'ailleurs aussi pour un jouet acheté par des parents, mais utilisé par des enfants¹⁵². Or, les attentes du médecin sont généralement plus élevées que celles du patient. Si un effet indésirable de plus ou de moins laisse le patient indifférent, il n'en va pas de même pour le médecin, qui connaît – ou est censé connaître – l'arsenal thérapeutique à sa disposition. Pour ce dernier, un nouvel effet indésirable, même a priori minime, peut l'amener à opter pour un autre médicament. Un tel raisonnement amène à retenir plus facilement le défaut, du moins si le médecin coopère avec son patient, en témoignant de façon convaincante sur sa pratique consistant à tenir méticuleusement compte de tous les effets indésirables.

8. *Il existe un nouveau médicament plus sûr*

Selon l'art. 4 LRFP, «[u]n produit ne peut être considéré comme défectueux par le seul fait qu'un produit plus perfectionné a été mis ultérieurement en circulation». Appliqué au secteur pharmaceutique, cela pourrait signifier qu'un médicament ancien n'est pas considéré défectueux au motif qu'un médicament plus récent présente un meilleur rapport bénéfice-risque par rapport – ordinairement – au placebo¹⁵³. Cependant, si l'entrée d'un nouveau médicament ne prouve pas automatiquement le défaut du médicament ancien, cette circonstance doit pouvoir être prise en compte dans certains cas.

Il faut souligner tout d'abord que l'expression «mis en circulation» n'équivaut pas à l'AMM définie par la LPT^h; un médicament est mis en circulation au moment où l'emballage individuel quitte l'usine de fabrication pour entrer dans le réseau de distribution¹⁵⁴. Le perfectionnement, auquel

¹⁵² L'exemple est donné par WERRO dans son article sur la LRFP. S'agissant de médicaments, il note la difficulté à dégager les attentes du consommateur: «même pour le spécialiste, il est parfois impossible de savoir quels sont les effets qu'on peut attendre d'un nouveau produit» (p. 41).

¹⁵³ On remarquera que les médicaments obtiennent leurs AMM s'ils démontrent un rapport bénéfice-risque favorable par rapport à un placebo, et non pas obligatoirement par rapport aux médicaments déjà sur le marché; de même, un médicament conserve généralement son AMM même si un médicament plus sûr et plus efficace arrive sur le marché. Le retrait d'un ancien médicament moins sûr est légalement et théoriquement possible, mais, de nouveau, les autorités hésitent à réduire l'arsenal thérapeutique mis à disposition des patients.

¹⁵⁴ Dans l'affaire Declan O'Byrne c. Sanofi Pasteur, tranchée le 9 février 2006 (C-127/04), la Cour de justice des Communautés européennes a défini la mise en circulation comme le moment où

fait allusion l'art. 4 LRFP, ne s'apprécie donc pas selon la date de l'AMM. Ensuite, le fait de maintenir sur le marché un médicament affecté de nombreux effets secondaires, alors qu'il existe des alternatives plus sûres¹⁵⁵, doit pouvoir être qualifié de défaut si le public (médecins et patients) n'est pas clairement averti de l'existence de ces autres traitements moins dangereux. En effet, l'appréciation des attentes en matière de sécurité dépend forcément des alternatives à disposition. La société pharmaceutique ne devrait pas trouver abri derrière la décision (tacite) de Swissmedic de maintenir l'ancien médicament sur le marché, en dépit de l'existence de médicaments de substitution plus sûrs et plus efficaces. Une société doit régulièrement examiner si son médicament est toujours suffisamment sûr, compte tenu des choix qui s'offrent aux patients. Au besoin, elle demandera une modification de sa notice d'emploi, afin que l'usage de son médicament soit réservé à un traitement de deuxième ligne (emploi seulement après l'échec du médicament jugé a priori plus sûr et plus efficace).

9. *Le degré de preuve*

Dans l'arrêt « cafetière », la personne lésée devait prouver l'existence d'un défaut de la cafetière, en se fondant sur les circonstances de son explosion, et cela alors que les débris de la cafetière n'étaient plus disponibles pour expertise. Invoquant la difficulté d'une telle démonstration, le Tribunal fédéral a allégé le fardeau de la preuve, déclarant se contenter d'une vraisemblance prépondérante¹⁵⁶.

le produit sort « du processus de fabrication mis en œuvre par le producteur et [entre] dans un processus de commercialisation dans lequel il se trouve en l'état offert au public aux fins d'être utilisé ou consommé ».

¹⁵⁵ Cf. note 153 *supra*. Une telle situation peut se présenter pour plusieurs raisons, par exemple lorsque certains patients réagissent mieux au médicament plus ancien, par exemple parce qu'ils ont développé une résistance au médicament plus nouveau ou parce qu'ils y sont allergiques. Par ailleurs, le fait que l'autorité ne dispose presque jamais d'essais cliniques comparatifs (« *head-to-head* ») l'empêche de conclure de manière fiable qu'un médicament est plus efficace et plus sûr qu'un autre.

¹⁵⁶ « En principe, un fait est tenu pour établi lorsque le juge a pu se convaincre de la vérité d'une allégation. La loi, la doctrine et la jurisprudence ont apporté des *exceptions* à cette règle d'appréciation des preuves. L'allègement de la preuve est alors justifié par un « état de nécessité en matière de preuve » (Beweisnot), qui se rencontre lorsque, par la nature même de l'affaire, *une preuve stricte n'est pas possible ou ne peut être raisonnablement exigée, en particulier si les faits allégués par la partie qui supporte le fardeau de la preuve ne peuvent être établis qu'indirectement et par des indices*. [...] Le degré de preuve requis se limite alors à la *vraisemblance prépondérante* (die überwiegende Wahrscheinlichkeit) [...] Lorsqu'un accident survient en rapport avec l'usage d'un produit, le consommateur ne disposera souvent au mieux que de ses propres déclarations pour reconstituer le déroulement des faits. Dans ces circonstances, il n'est raisonnablement pas possible d'exiger du lésé une preuve stricte de l'enchaînement ayant conduit à la survenance du dommage. » ATF 133 III 81, consid. 4.2.2 et 4.2.3 (références omises ; mise en évidence par l'auteur).

Doit-on de même se limiter à la vraisemblance prépondérante s'agissant de la preuve d'un défaut pharmaceutique (effet indésirable du médicament et/ou insuffisance d'information fournie par la notice d'emploi)? Ce n'est en général pas « le déroulement des faits » qui pose ici problème – on peut d'ailleurs douter que le « déroulement des faits » ait véritablement posé problème dans l'affaire de la cafetière¹⁵⁷. Que le patient ait avalé telle pilule tel jour à telle heure et qu'il ait souffert tel effet indésirable à tel moment n'est normalement pas mis en doute. Son « état de nécessité en matière de preuve » réside davantage dans la causalité (l'effet indésirable est-il réellement attribuable au médicament?) et dans l'appréciation des critères amenant à retenir un défaut (par exemple, le fabricant connaissait-il le risque?)¹⁵⁸. Que les faits pertinents soient quasiment tous dans la sphère de maîtrise de la société défenderesse plaide en faveur d'un allègement du fardeau de la preuve en faveur du patient.

E. La faute selon l'art. 41 CO

A l'inverse de l'art. 55 CO¹⁵⁹ ou de la LRF¹⁶⁰, l'art. 41 CO exige la faute du responsable. Celle-ci est traditionnellement définie comme un manquement de la volonté au devoir de diligence exigible de la part d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances¹⁶¹. Elle peut par exemple consister « dans le fait de créer ou de laisser subsister un état de choses dangereux pour autrui sans prendre toutes les mesures commandées par les circonstances

¹⁵⁷ A lire l'ATF 133 III 81, le lecteur n'en tire pas clairement l'impression que les déclarations de la femme blessée sur les circonstances de l'accident aient été mises en doute par la société défenderesse.

¹⁵⁸ On a déjà vu que la vraisemblance prépondérante est normalement suffisante lorsqu'il s'agit de prouver que le patient dûment informé du risque aurait renoncé à prendre le médicament.

¹⁵⁹ L'art. 55 CO institue une responsabilité causale : « l'employeur répond du dommage même s'il n'y a pas eu faute de sa part ou de celle de l'auxiliaire ». Arrêt 4A_326/2008 du 16 décembre 2008, consid. 5.2. Toutefois, il sera normalement mis au bénéfice de la preuve libératoire s'il n'a commis strictement aucune faute.

¹⁶⁰ A certains égards, la notion de faute peut réapparaître dans l'appréciation du défaut selon la LRF. Cf. WERRO, *supra* note 123, p. 32.

¹⁶¹ Pour DESCHENAUX Henri et TERCIER Pierre, la faute est « un manquement de la volonté au devoir imposé par l'ordre juridique ». Cf. *La responsabilité civile*, Staempfli 1982, p. 79. Voir aussi WERRO, Commentaire romand, ad. art. 41 CO, n° 84; Les fondements de la responsabilité civile, *supra* note 5, p. 22; GUILLOD, *supra* note 108, p. 157; VOGEL, *supra* note 52, p. 55-56. Dans le contexte pénal, notamment celui des lésions corporelles par négligence voit, l'arrêt 6B_338/2008, consid. 10.2.2.1 (références omises); 6B_202/2007, consid. 4.2.3; 6S.20/2004, consid. 2.1.1.

afin d'empêcher un dommage de se produire »¹⁶². La faute n'a pas à être grave ni intentionnelle, une faute légère ou une négligence suffit¹⁶³.

Si l'acte illicite de la société (commis par ses organes) consiste en la violation de règles destinées à protéger le patient (cf. chapitre III.C.2. ci-dessus), la condition de la faute ira presque de soi, puisqu'une société pharmaceutique doit être organisée de manière à pouvoir respecter ses obligations légales; tout manquement sera jugé, au minimum, négligent.

En revanche, si l'acte illicite consiste en une atteinte au droit absolu à l'intégrité corporelle, il convient d'évaluer soigneusement la condition de faute.

Dans l'hypothèse où le médicament provoque un effet indésirable correctement décrit dans la notice d'emploi, la faute de la société et donc sa responsabilité seront généralement niées¹⁶⁴; aucun reproche ne peut lui être adressé dans la mesure où elle a commercialisé un médicament bénéfique pour de nombreux patients tout en fournissant les conseils utiles pour minimiser les risques.

A l'inverse, si elle a délibérément tu ou minimisé un effet secondaire, sa faute sera avérée. La manière selon laquelle le risque a été mis à jour (par exemple, grâce à des études post-AMM, par le biais de la pharmacovigilance) est indifférente. Il en va de même si, sur la base de ces nouvelles informations, la société omet de proposer à l'autorité l'adaptation nécessaire de ses notices d'emploi; à mon avis, la société ne peut se contenter d'une attitude passive consistant à attendre que l'autorité exige une modification desdites notices.

Les situations intermédiaires – la société soupçonnait ou aurait dû soupçonner l'existence d'un tel effet, mais n'a pris aucune mesure pour circonscrire le danger – sont délicates à juger, ce qu'expliquent les deux sous-chapitres suivants.

¹⁶² ATF 123 III 306, consid. 4.a).

¹⁶³ S'agissant de la responsabilité du médecin, voir l'arrêt 4C.66/2007 du 9 janvier 2008, consid. 4.1.

¹⁶⁴ Il faut réserver le cas où une société diligente aurait retiré du marché le médicament, au motif que ses dangers excèdent ses bénéfices; alternativement, une société diligente aurait limité la commercialisation d'un tel médicament à un groupe plus restreint de patients ou aurait recommandé des mesures de surveillance plus strictes. Le juge saisi d'un litige civil doit pouvoir apprécier ces faits indépendamment des choix opérés (explicitement ou tacitement) par Swissmedic.

1. *La société est-elle tenue de mener des études supplémentaires ?*

Une société est amenée à soupçonner l'existence d'un effet indésirable (par exemple, en raison du mécanisme d'action du médicament), mais sans disposer de preuves tangibles, tels des résultats d'un essai clinique. Est-elle alors tenue de poursuivre l'étude de son médicament pour confirmer ou infirmer son soupçon ?

Hormis le cas où l'autorité fait dépendre l'octroi de l'AMM de la conduite d'études supplémentaires¹⁶⁵, aucune règle explicite ne contraint les sociétés pharmaceutiques à poursuivre l'étude clinique de leurs médicaments. Un tel devoir serait d'ailleurs peu réaliste tant les questions à résoudre peuvent être nombreuses et le coût des études élevé¹⁶⁶. Le prix des médicaments serait

¹⁶⁵ Il est fréquent que l'autorité exige que des essais cliniques précisément décrits soient lancés après l'octroi de l'AMM. La décision de l'autorité fixe à la société des délais pour démarrer et terminer ces études. La réglementation ne dit cependant pas jusqu'où l'autorité peut aller dans ses exigences d'essais supplémentaires. En effet, ces essais coûtent très chers, surtout s'ils doivent inclure de nombreux patients. L'autorité sera donc réticente à ordonner de grands essais cliniques, lorsqu'elle ne peut justifier la dépense imposée à la société par un danger particulièrement net. Si le danger est net, il est d'ailleurs plus probable que l'autorité rejette « en l'état » la demande d'AMM.

¹⁶⁶ Voir, par analogie, le devoir du propriétaire de maintenir la sécurité de son ouvrage en application de l'art. 58 CO ; en particulier l'obligation de sécuriser les routes longeant un cours d'eau à ciel ouvert, dans l'ATF 130 III 736 = JdT 2006 I 178 (« Une autre limite au devoir de sécurisation du propriétaire découle du caractère raisonnablement exigible des mesures à prendre. Il faut examiner si l'élimination d'éventuels vices ou la prise de mesures de sécurité est possible et si les dépenses nécessaires à cet effet demeurent dans une proportion raisonnable avec les intérêts des usagers et le but de l'ouvrage. ») ; le devoir de la société exploitant des pistes de ski de sécuriser les côtés de la piste dans l'ATF 130 III 193 = JdT 2004 I 214 (« Il est vrai que la responsabilité du propriétaire de l'ouvrage, contrairement à la responsabilité contractuelle et au régime commun de la responsabilité délictuelle, n'est pas une responsabilité pour faute, mais une responsabilité causale. Cependant, en pratique, le degré de la sécurité d'une installation de transport contre les dangers naturels se mesure à l'aune de la proportionnalité et de ce que l'on peut raisonnablement attendre de l'exploitant ») ; le devoir d'un exploitant d'une piste de ski de matelasser les pylônes aux abords de la piste dans l'ATF 126 III 113, consid. 2.a) (« L'exploitant ne saurait cependant être tenu au-delà de ce qui peut être raisonnablement exigé de lui en fonction des circonstances concrètes ; il n'est pas question de matelasser tous les arbres d'une forêt ou tous les obstacles quelconques ») ; le devoir du canton de saler les routes verglacées dans l'ATF 129 III 65 = JdT 2003 I 505 (« les dépenses publiques pour la construction et l'entretien du réseau routier doivent rester dans une proportion raisonnable avec les moyens financiers à disposition. En d'autres termes, on ne peut exiger du propriétaire d'une route que des interventions réalistes techniquement et financièrement ») ; le devoir de l'exploitant d'un plongeur de l'entretenir correctement dans l'ATF 123 III 306, consid. 3.b)aa (« Le propriétaire n'est pas tenu de parer à tous les dangers imaginables, mais seulement à ceux qui résultent de l'ouvrage utilisé normalement. L'obligation du propriétaire sera appréciée plus sévèrement si le risque est grave et si la technique offre les moyens d'y parer. Les dépenses nécessaires à cet effet doivent demeurer dans une proportion raisonnable avec les intérêts des usagers et le but de l'ouvrage. »). Voir encore l'arrêté 4C.150/2003 du 1^{er} octobre 2003.

renchéri d'une manière inadmissible si chaque fabricant devait continuellement mener de gigantesques études pour déceler la totalité des effets secondaires. Même à supposer que l'autorité réalise après coup (c'est-à-dire après l'octroi de l'AMM) qu'une étude spécifique serait hautement utile, elle est relativement démunie pour en imposer la charge à la société pharmaceutique. La loi suisse ne consacre pas une telle prérogative de Swissmedic¹⁶⁷. Bien sûr, l'autorité peut recourir à des menaces ou à des négociations, puisqu'elle a le pouvoir de retirer l'AMM d'un médicament jugé dangereux. En pratique, tant en Suisse¹⁶⁸ qu'à l'étranger, les autorités semblent baisser les bras devant cette approche du « tout ou rien »¹⁶⁹.

En dépit du silence réglementaire¹⁷⁰, peut-on néanmoins retenir un manquement à la diligence de la société qui refuse d'élucider les risques de son médicament ? A mon sens, dans des situations bien précises, un tel manquement pourrait être dérivé des principes généraux dégagés par la jurisprudence¹⁷¹. Les paramètres suivants sont à mon avis pertinents : la gravité du risque suspecté, la fréquence du risque suspecté, les motifs sous-tendant le soupçon, la faisabilité de l'étude et son coût¹⁷², le nombre de patients prenant le médicament, le chiffre d'affaires réalisé et l'existence d'alternatives

¹⁶⁷ Dans un secteur aussi réglementé que celui des médicaments, il est, à mon sens, problématique de se fonder sur le seul art. 3 LPTH pour déduire, à charge de l'industrie, des obligations supplémentaires systématiques, telles celles de lancer des études additionnelles.

¹⁶⁸ De surcroît, vu la petitesse du marché suisse, il est bien improbable que Swissmedic soit prêt à menacer d'un retrait d'AMM la société qui refuserait de lancer une nouvelle étude. En effet, si Swissmedic est la seule agence du médicament à formuler cette exigence, la société pharmaceutique pourrait réagir en renonçant à commercialiser le médicament en Suisse ; ce serait le cas par exemple si les coûts estimés de l'étude et si les retombées négatives sur d'autres marchés excèdent le chiffre d'affaires attendu pour la Suisse.

¹⁶⁹ Aux Etats-Unis, les bases légales ont été récemment revues pour accorder plus clairement à la Food and Drug Administration (FDA) le pouvoir d'exiger, après AMM, des études supplémentaires.

¹⁷⁰ Le patient est également confronté à des difficultés lorsqu'il reproche à la société d'avoir mal mené ses essais cliniques. Il arrive en effet qu'une société lance un essai clinique, mais ne le conçoive pas ou ne le gère pas de manière à pouvoir signaler rapidement de nouveaux effets indésirables. Par exemple, pendant l'essai clinique, la société choisit de ne pas comptabiliser de manière fiable les données permettant de conclure à un nouvel effet indésirable. Récemment, on a aussi reproché à des sociétés pharmaceutiques d'avoir tardé à analyser et à publier les résultats (négatifs) de leurs essais cliniques pourtant achevés. Cf. John J.P. Kastelein et al., Simvastatin with or without Ezetimibe in Familial Hypercholesterolemia, 358 NEJM 1431-1443 (April 3, 2008) ; Merck, ENHANCE chronology (January 25, 2008) ; voir aussi la lettre du Sénateur Grassley adressée en mars 2008 à Merck et à Schering-Plough, à <http://finance.senate.gov/press/Gp/press/2008/prg033108.pdf>.

¹⁷¹ Voir aussi VOGEL, *supra* note 52, p. 63-64.

¹⁷² Comparer avec l'arrêt 6S.20/2004, consid. 2.4, où le Tribunal s'interroge sur la faute d'une clinique privée qui n'était pas organisée de manière à disposer, en permanence et sur place, d'un obstétricien.

thérapeutiques¹⁷³. Une faute serait donc admise si une multinationale refuse de financer une petite étude bon marché à même d'établir (l'existence ou l'inexistence) d'un risque sérieux et fréquent pour la santé des millions de consommateurs du médicament.

2. *La société est-elle tenue de mentionner des effets indésirables incertains ?*

On pourrait aussi soutenir qu'à partir du moment où un risque est soupçonné, la faute de la société réside dans le fait de n'avoir pas averti médecins et patients. Une information serait exigible quand bien même l'effet indésirable n'a pas été confirmé par une étude clinique ou des rapports de pharmacovigilance. Un tel argument, séduisant à certains égards, se heurte à d'autres obstacles.

On a vu au chapitre I que le contenu des notices d'emploi (la PI et la FI) est définitivement arrêté par Swissmedic, sur proposition de la société pharmaceutique¹⁷⁴. Pour décider si un risque possible, mais non avéré, doit être mentionné, Swissmedic se base sur le point 1.6 de l'annexe 4 OEMéd. Pour rappel, celui-ci prévoit que « [I]es données explicatives des rubriques mentionnées au ch. 3 ne sont autorisées qu'à condition d'être en relation directe avec l'utilisation du médicament, d'être essentielles pour la santé du patient ».

Le critère décisif est donc celui du caractère essentiel pour la santé du patient. Cependant, ce critère est à lui seul insuffisant pour décider si et comment un effet indésirable soupçonné doit être indiqué; un effet rare ou incertain peut néanmoins être essentiel. De plus, les autorités sont sensibles au danger de décourager indûment les médecins de recommander, et les patients de prendre, des médicaments qui seraient affligés d'une pléthore de risques rarissimes ou hypothétiques. Aussi, les autorités tâchent-elles de trouver l'équilibre entre plusieurs facteurs, dont le bénéfice escompté du médicament (l'appréciation n'est pas la même, s'agissant d'un médicament contre le cancer, contre la dysfonction érectile ou encore d'un vaccin contre le cancer cervical); la sévérité de l'effet indésirable en cause (est-il mortel ou juste incommode?); la fréquence de cet effet indésirable; les possibilités d'éviter l'effet indésirable par des précautions idoines (une surveillance médicale lors

¹⁷³ Si, par exemple, le médicament en cause ne réduit pas mieux la douleur que l'aspirine, il doit au moins être plus sûr.

¹⁷⁴ S'agissant de médicaments dont la première mise sur le marché date d'avant 2002, les notices d'emploi ont été approuvées par l'Office intercantonal de contrôle des médicaments (OICM). Cet OICM n'ayant pas le statut d'une autorité habilitée à rendre des décisions (au sens du droit administratif), le statut de ces notices ne peut pas être comparé à celui d'une notice approuvée par Swissmedic.

de l'ingestion supprime-t-elle tout risque ?); la possibilité d'utiliser à la place un autre médicament dont le rapport risque-bénéfice est meilleur; le danger qu'il y a à renoncer à traiter la maladie; et enfin le degré de certitude scientifique quant aux critères susmentionnés.

Quelles sont les implications sur l'action du patient lésé? Tout d'abord, le fait que la notice d'emploi soit approuvée par l'autorité et ne puisse être changée sans son accord rend problématique le grief qu'un effet indésirable aurait dû y figurer lorsque ladite autorité a pris, en connaissance de cause, la décision de ne pas le mentionner. En effet, dans bien des cas où le patient se plaint d'un tel défaut d'information, la société pharmaceutique répliquera qu'elle a fourni à Swissmedic toutes les informations dont elle disposait sur la possible existence d'un tel risque et que Swissmedic n'a pas voulu le mentionner dans la notice d'emploi. Autrement dit, la société n'a pas commis de faute, la décision de ne pas réviser la notice d'emploi étant imputable à l'autorité. Aux Etats-Unis, cette ligne d'argumentation a soulevé une controverse majeure, sur laquelle nous reviendrons au chapitre F. En Suisse, il faut à mon sens admettre que si l'autorité était complètement renseignée et qu'elle a *refusé* la révision de la notice d'emploi (ou l'envoi de lettres aux professionnels de la santé), il n'y a pas de faute de la société. Evidemment, la situation est toute autre lorsque la société n'a pas complètement informé Swissmedic ou a résisté à la volonté exprimée par Swissmedic de changer la notice d'emploi¹⁷⁵. Reste qu'en pratique, et surtout en Suisse, il est extrêmement difficile pour un patient de prouver de tels agissements de la part de la société pharmaceutique¹⁷⁶.

F. Les preuves libératoires

Alors que l'art. 41 CO ne prévoit aucune preuve libératoire une fois les quatre conditions de la responsabilité réunies, tant l'art. 55 CO que la LRFP admettent que le défendeur puisse se libérer en apportant la preuve de faits exculpatoires.

¹⁷⁵ Divers scandales ont montré que de tels cas sont malheureusement fréquents, la société bloquant ou ralentissant intentionnellement la transmission d'informations à l'autorité ou faisant obstacle par des manœuvres dilatoires à la révision de la notice d'emploi.

¹⁷⁶ L'absence de « *discovery* » à l'américaine fait que le patient suisse ne peut compter que sur les bribes d'information qui lui viendraient des Etats-Unis, en particulier de cabinets d'avocats de plaignants. Cela explique pourquoi les procès sont légions aux Etats-Unis et quasiment inconnus en Suisse, bien que le même médicament ait été retiré du marché dans des circonstances similaires, le dernier cas d'école étant le Vioxx. Ainsi qu'il a été expliqué au chapitre III.A.5, Swissmedic semble ne fournir qu'une collaboration minimale dans le procès intenté par le patient à la société pharmaceutique. Or, si l'on fait exception de cette dernière, Swissmedic est le seul à avoir accès aux faits nécessaires pour évaluer les risques du médicament.

1. Les preuves libératoires de l'art. 55 CO

Selon l'art. 55 CO, l'employeur n'est pas responsable s'il prouve avoir « pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner un dommage de ce genre ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire ».

a) *La diligence dans le choix, l'instruction et la surveillance de l'auxiliaire*

La jurisprudence du Tribunal fédéral a fortement restreint la portée de cette clause libératoire. Il ne suffit pas de prouver avoir pris tous les soins dans le choix, l'instruction et la surveillance du travailleur, il faut encore prouver l'absence de manquements dans l'organisation. Dans certains arrêts, cette dernière exigence a été interprétée si strictement que la preuve libératoire cesse d'être pratiquement possible¹⁷⁷. Selon l'ATF 110 II 456 (traduit au JdT 1985 I 379), « si un contrôle final des produits s'avère impossible ou si l'on ne peut l'exiger de l'employeur, celui-ci doit choisir un mode de construction qui exclue, avec un haut degré de vraisemblance, les erreurs de fabrication et le danger de dommage qui en résulte »¹⁷⁸.

Dans le domaine qui nous intéresse ici, le maniement des preuves libératoires de l'art. 55 CO est de toute façon malcommode. Le contrôle final du produit n'entre pas en ligne de compte pour un dommage lié à un effet secondaire présent dès la conception du produit. Il n'y a pas non plus *un* employé qui aurait été mal choisi, mal instruit ou mal surveillé¹⁷⁹. Pour espérer pouvoir se libérer, la société doit convaincre le juge que son organisation est quasiment parfaite et qu'aucune erreur ne peut être reprochée, que ce soit à ses employés dans leur ensemble ou à ses organes. Cette appréciation rejoint l'analyse du manquement au devoir de diligence. Dès lors, la preuve

¹⁷⁷ Cf. CHAUDET François, *La responsabilité extracontractuelle du fait des produits*, JdT 1986 I p. 569-570; WESSNER, *supra* note 42, p. 64, mais moins catégorique à la p. 74; CHAPPUIS Guy, *supra* note 2, p. 146-147; VOGEL, *supra* note 52, p. 94-95 et 98.

¹⁷⁸ L'arrêt portait sur une boucle de suspension insérée dans une pièce en béton qui s'était détachée (ATF 110 II 456). Pour WERRO, « [l]e producteur est ainsi placé devant l'alternative suivante : ou il procède à un contrôle final des produits ou il fabrique des produits plus sûrs. » Commentaire romand, ad. art. 55 CO, n° 26. Cependant, la nature de ce contrôle pose problème dans le secteur pharmaceutique, car le contrôle final n'est de toute façon pas apte à déceler le défaut qui consiste en un effet indésirable.

¹⁷⁹ De toute façon, les organes sont généralement au courant des décisions prises par leurs employés quant à la commercialisation ; même dans les cas où ils ne les connaissent en détail, ces décisions recueillent généralement leurs approbation implicite ou rétroactive ; enfin, l'employeur diligent aurait communiqué à ses employés des instructions plus précises afin de s'assurer que tous les dangers du médicament soient correctement portés à la connaissance des autorités, des médecins et des patients.

libératoire sera généralement exclue si l'acte illicite réside dans un manquement (objectif) à la diligence exigible de la part d'une société pharmaceutique. Elle demeure en revanche envisageable si l'acte illicite réside dans une atteinte au droit absolu à l'intégrité corporelle ou dans la constatation (purement objective) de l'existence d'un défaut.

b) Dommage inévitable

La deuxième preuve libératoire de l'art. 55 CO mérite un examen attentif dans le contexte pharmaceutique. Parfois réunie avec l'appréciation de la causalité, elle permet à la société de se disculper si sa diligence n'eût pas permis d'éviter le dommage¹⁸⁰. On pense tout d'abord au cas où l'effet indésirable était complètement inattendu¹⁸¹. Prenons le cas extrême où un patient meurt d'une septicémie foudroyante après avoir avalé un nouvel antibiotique. La société découvre alors le risque; auparavant, elle avait conduit ses études cliniques de manière conforme aussi bien aux prescriptions légales qu'aux exigences de diligences usuelles; de même, elle avait observé toutes les prescriptions de pharmacovigilance. On admettra que, n'ayant aucune raison de suspecter le danger, elle ne pouvait éviter le dommage.

2. *Les preuves libératoires de la LRFP*

A son art. 5, la LRFP propose plusieurs preuves libératoires au producteur dont le produit défectueux a causé un dommage; celles des lettres d et e nécessitent analyse.

a) La conformité avec des règles impératives

La société pharmaceutique peut se libérer de sa responsabilité si elle prouve que «le défaut est dû à la conformité avec des règles impératives émanant des pouvoirs publics» (art. 5 al. 1 let. d LRFP). La doctrine se montre sévère et exige que ces règles ne laissent *aucun autre choix* que celui de commercialiser le produit avec *ce* défaut; à l'inverse, une simple approbation du produit par l'autorité ne suffit pas à libérer le producteur.

Dans le contexte pharmaceutique, les auteurs se sont arrêtés à la remarque que l'AMM délivrée par Swissmedic n'exonère en rien la société

¹⁸⁰ Voir l'article de WERRO sur l'objection du comportement de substitution licite, *supra* note 63.

¹⁸¹ L'effet n'était signalé ni par les essais cliniques, ni par la pharmacovigilance, ni même par les théories sous-tendant le mécanisme d'action de la substance active du médicament.

pharmaceutique. Cette conclusion me semble toutefois trop générale¹⁸². Si, *en toute connaissance de cause*, l'autorité devait *refuser* la demande d'une société pharmaceutique tendant à l'adjonction d'un effet indésirable dans la notice d'emploi, ce refus devrait être qualifié de règle publique impérative; par conséquent, en application de la lettre d, la société ne devrait pas être tenue responsable d'un dommage attribuable précisément à cet effet indésirable¹⁸³. Il en va différemment si Swissmedic s'est contenté d'approuver le texte de la mise en garde, sur proposition de la société; dans ce cas, le texte n'est pas imposé comme règle impérative, mais plutôt négocié entre les deux protagonistes. La preuve libératoire n'est pas non plus donnée si la société n'a pas fourni à l'autorité tous les éléments dont elle dispose et qui sont utiles à une appréciation complète du rapport risque-bénéfice.

Le thème de l'approbation par l'autorité est devenu si brûlant aux Etats-Unis qu'il mérite un bref détour. De longue date, l'industrie pharmaceutique cherche à échapper aux innombrables procès (individuels et « *class actions* ») qui éreintent ses médicaments et meurtrissent son chiffre d'affaires. A diverses reprises, mais toujours sans succès, elle a tenté d'obtenir une exonération légale de responsabilité. Puis une théorie originale a fait son chemin, jusqu'à devenir presque irrésistible. Etiquetée « *preemption* », elle soutient que les actions en responsabilité fondées sur le droit des Etats (le seul fondement possible vu l'absence d'action basée sur le droit fédéral) sont « *préemptées* », c'est-à-dire exclues, par le droit fédéral qui donne à la FDA la compétence d'approuver les médicaments et leurs notices d'emploi (« *labels* »). La raison en serait que le jugement du tribunal de l'Etat qui donnerait raison au patient lésé *contredirait* – presque nécessairement – la décision de la FDA maintenant le médicament sur le marché avec précisément sa notice d'emploi actuelle¹⁸⁴. L'industrie pharmaceutique se plaint d'une situation impossible où le « *label* » du médicament ne serait plus uniforme dans tout le pays et cesserait d'être dicté par la science, car soumis aux aléas contradictoires de jurys populaires. Pour l'industrie pharmaceutique, et sous la bannière de cette théorie de la

¹⁸² Cf. VOGEL, *supra* note 52, p. 24-25 et p. 65-66, s'exprimant toutefois en dehors du cadre de la LRFP.

¹⁸³ La libération en application de l'art. 5 al. 1 let. d LRFP ne s'étend pas forcément aux autres fondements de responsabilité que sont les art. 41 et 55 CO. En revanche, une société condamnée sur la base de ces deux dispositions pourrait se retourner ensuite contre l'Etat.

¹⁸⁴ Prenons un exemple: la FDA considère qu'un anti-schizophrénique peut continuer à être prescrit aux patients âgés, mais le tribunal admet l'action en justice de l'épouse du patient âgé mort suite à l'administration dudit médicament; le tribunal retient que la société pharmaceutique aurait dû, au minimum, inclure une mise en garde bien plus alarmiste dans la notice d'emploi. Si la société veut à l'avenir éviter d'autres mises en cause de sa responsabilité (surtout dans cet Etat, mais éventuellement dans d'autres également), elle doit faire en sorte d'amender sa notice d'emploi. Cependant, cette révision peut entrer en contradiction avec le choix de la FDA, voire avec d'autres jugements rendus en sens contraire par d'autres tribunaux des Etats.

«preemption», le remède est aussi simple que radical : exclure toute action en justice de patients lésés.

La «preemption» avait jusque-là connu des succès très variables auprès des différentes cours étatiques ; les jugements rendus en faveur et en défaveur de la théorie sont relativement bien partagés. Menacée par une gabegie judiciaire aux conséquences pratiques considérables, la Cour suprême a accepté de se saisir de la question¹⁸⁵. Le 4 mars 2009, une majorité de six juges de la Cour suprême a finalement donné raison aux patients, estimant que «*[i]n short, Wyeth has not persuaded us that failure-to-warn claims like Levine's [la patiente lésée] obstruct the federal regulation of drug labeling. Congress has repeatedly declined to pre-empt state law, and the FDA's recently adopted position that state tort suits interfere with its statutory mandate is entitled to no weight*»¹⁸⁶.

Cet arrêt doit être salué. La théorie de la «preemption» risquait de priver doublement de protection les patients. D'une part, elle aboutissait à refuser une réparation dans quasiment tous les cas où le dommage était imputable à un défaut d'information. D'autre part, elle n'incitait aucunement l'industrie à améliorer l'information sur ses produits, puisque, sous cette théorie, le risque juridique était largement supprimé. Plus généralement, on soulignera que les agences du médicament ne sont absolument pas en mesure d'assumer le contrôle exhaustif des notices d'emploi. Premièrement, elles dépendent des informations plus ou moins correctement transmises par les sociétés ; deuxièmement, elles n'ont pas les ressources pour traiter méticuleusement les dizaines de milliers d'annonces et de rapports d'études qui leur parviennent chaque année ; troisièmement, elles peinent parfois à résister aux pressions et au lobbying de l'industrie. Or, la «preemption» transférait la responsabilité de fait – mais non la responsabilité juridique, car la FDA jouit d'une large immunité – des sociétés à l'agence publique. Vu que ce sont les entreprises pharmaceutiques qui tirent bénéfice de la vente de leurs produits, il est normal qu'elles en assument les risques.

b) *Les risques de développement*

L'autre exception pertinente dans le contexte pharmaceutique figure à l'art. 5 al. 1 let. e LRFP. Une société pharmaceutique qui prouve que «l'état des connaissances scientifiques et techniques, lors de la mise en circulation du

¹⁸⁵ La Cour suprême a admis la «preemption» pour certains dispositifs médicaux, mais en s'appuyant sur une base légale relativement claire ; aucune base légale similaire n'existe pour les médicaments. Cf. *Riegel v. Medtronic, Inc.*, 552 U. S. (2008).

¹⁸⁶ L'opinion de la majorité, les opinions concordantes et celle de la minorité peuvent être consultées à partir de www.law.cornell.edu/supct/html/06-1249.ZS.html (cause No. 06-1249).

produit, ne [lui] permettait pas de déceler l'existence du défaut » échappe à sa responsabilité¹⁸⁷.

On retrouve là une approche analogue à la preuve libératoire de l'art. 55 CO (la diligence n'aurait pas évité le dommage)¹⁸⁸. Sous le vocable « risque de développement », le législateur a voulu affranchir les entreprises du poids de la responsabilité lorsqu'elles ne pouvaient connaître le défaut. Dès l'adoption de la LRFP, sur le modèle de la directive européenne 85/374/CEE, le caractère essentiel de cette exception pour l'industrie pharmaceutique était admis ; elle doit favoriser la recherche pharmaceutique et la compétitivité des entreprises¹⁸⁹. C'est ainsi qu'une société qui n'a aucune raison de suspecter l'existence d'un effet indésirable n'est pas responsable si celui-ci survient et lèse un patient. Le standard retenu, soit « l'état des connaissances scientifiques et techniques », est élevé¹⁹⁰, mais relativement aisé à mettre en œuvre dans le secteur pharmaceutique. En effet, les études y sont conduites de manière systématique et sont publiées ou à disposition de l'agence publique et/

¹⁸⁷ Cette possibilité est toutefois exclue si le produit est un produit biologique ou un transplant standardisé *d'origine animale* et destiné à être transplanté sur l'être humain (al. 1bis). Cette exception, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007, a été insérée suite à l'adoption de la Loi fédérale sur la transplantation, en particulier son chapitre sur la xénotransplantation. A son sujet, le Message du Conseil fédéral du 12 septembre 2001 précisait : « [A teneur de la lettre e] en cas de risque lié à l'évolution du produit, le producteur n'est pas responsable des propriétés nuisibles du produit, alors même qu'elles existaient objectivement au moment de la mise en circulation du produit, parce que l'état des connaissances scientifiques et techniques ne permettait pas de les déceler. Toutefois, lorsque l'on connaît les risques que présentent les xénotransplantations (transmission de zoonoses à l'homme), sans parler des autres dangers que l'on n'a pas encore cernés, il est impérieux que l'exception à la responsabilité statuée à l'art. 5, al. 1, let. e, LRPF ne soit pas applicable dans le domaine de la xénotransplantation (Art. 5, al. 1bis, LRFP) » (FF 2002, p. 181).

¹⁸⁸ Parallèlement, WESSNER considère que l'employeur doit pouvoir se libérer de sa responsabilité selon l'art. 55 CO en invoquant le risque de développement (*supra* note 42, p. 74).

¹⁸⁹ Le « goût d'innovation des entreprises » (WERRO, *supra* note 123, p. 47) ne devrait toutefois pas être affecté s'il est possible de pleinement répercuter les coûts d'une responsabilité plus ample sur les prix des produits, sans que ce prix ne devienne dissuasif pour les consommateurs. A cet égard, la prise en charge sociale du prix d'une bonne partie des médicaments (2500 sur environ 6500, mais 79% du chiffre d'affaires de la branche) contribue à l'inélasticité de la demande.

¹⁹⁰ La Cour de justice des Communautés européennes a précisé cette notion, utilisée aussi à l'art. 7.e de la Directive 85/374/CEE. Dans son arrêt *Commission c. Royaume-Uni* du 29 mai 1997 (C-300/95), elle a jugé que : « pour pouvoir se libérer de sa responsabilité [...], le producteur d'un produit défectueux doit établir que l'état objectif des connaissances techniques et scientifiques, en ce compris son niveau le plus avancé, au moment de la mise en circulation du produit en cause, ne permettait pas de déceler le défaut de celui-ci. Encore faut-il, pour qu'elles puissent valablement être opposées au producteur, que les connaissances scientifiques et techniques pertinentes aient été accessibles au moment de la mise en circulation du produit en cause » (§ 29).

ou de la société pharmaceutique promotrice. Aussi, l'état de la science *avéré* par études cliniques ne prête guère à discussion¹⁹¹.

Il en va autrement lorsqu'on reproche à la société de n'avoir pas agi sur la base de soupçons plausibles, mais non scientifiquement démontrés¹⁹². On revient donc à la grande question : comment est censée agir la société qui a de vagues soupçons ? Par exemple, dans le cadre de la pharmacovigilance, *un* rapport signale qu'un patient a déjà subi tel effet indésirable éventuellement lié au médicament¹⁹³. Cela suffit-il à exclure la preuve libératoire ? Faut-il admettre que dès cet instant, la société disposait de connaissances qui lui permettaient de déceler la *possible* existence du défaut ? De nouveau, vu l'absence de jurisprudence topique, il est bien difficile de répondre à la question. La jurisprudence sur des thèmes analogues donne toutefois certains points d'ancrage à une appréciation sévère de la lettre e¹⁹⁴. Dans l'affaire de la Grande-Dixence, le Tribunal fédéral a confirmé la condamnation d'un responsable qui avait ordonné la remise en fonctionnement du puits, alors même qu'il ignorait la cause des fuites à répétition qu'il pensait toutefois avoir fait colmater¹⁹⁵. Autrement dit, face à l'incertitude scientifique quant à l'existence d'un danger (ici, un risque de fissure du puits qui ne peut être exclu tant que la cause des précédentes fuites n'est pas connue), l'homme diligent ne poursuit pas l'exploitation (ici du barrage), mais fait effectuer les études nécessaires pour supprimer l'incertitude. Par analogie, la société pharmaceutique

¹⁹¹ Comme l'explique WERRO (p. 48-49), une entreprise ne peut pas se disculper en expliquant ne pas se tenir au courant des nouvelles connaissances accessibles au moment de la mise en circulation.

¹⁹² Plusieurs hypothèses sont envisageables. Par exemple, le mécanisme d'action laisse supposer un risque pour la santé ; les études en laboratoire ou sur l'animal ont montré un risque pour la santé ; un autre médicament, proche dans sa composition de celui en cause, est affecté par cet effet indésirable ; la société a connaissance d'effets indésirables durables, sans savoir si cette durée va jusqu'à la permanence ; une étude clinique a signalé un risque accru sans qu'il atteigne le degré nécessaire pour être statistiquement significatif.

¹⁹³ Dans l'affaire fribourgeoise, la société défenderesse parle de cas « superposables ». Cette expression donne l'impression que le cas doit être identique pour exclure la preuve libératoire de la lettre e. A mon avis, une superposition parfaite est irréaliste et ne saurait donc être exigée. Le patient lésé présentera toujours des différences par rapport aux cas précédents connus de la société pharmaceutique (par ex. il est plus âgé, il est plus malade, il prend d'autres médicaments).

¹⁹⁴ WESSNER recommande « d'interpréter étroitement la notion de risque de développement ». *Supra* note 42, p. 73.

¹⁹⁵ Arrêt 6B_338/2008 du 7 janvier 2009 (« Le recourant, en donnant le préavis qui lui est reproché dans les circonstances où il l'a fait, a violé un devoir de prudence qui lui incombait. Ignorant les causes exactes de la fissuration du puits, il ne pouvait exclure l'apparition de nouvelles fissures, avec les conséquences pouvant en résulter. Il a fait abstraction de la réalisation d'un danger qu'il pouvait entrevoir et dont les effets dévastateurs, le cas échéant, ne pouvaient lui échapper, pour peu qu'il eût prêté au risque existant l'attention qu'appelait son importance et que, compte tenu de ses circonstances personnelles, il ait déployé les efforts que l'on pouvait attendre de lui. » consid. 10.2.2.1).

diligente devrait pousser ses investigations pour élucider l'existence d'un risque, à condition toutefois que les coûts d'une telle vérification ne soient pas sans commune mesure avec le risque¹⁹⁶.

Plus généralement, le régime légal à imposer en présence d'une menace sanitaire *souçonnée* relève davantage de la politique de santé et de la politique économique. Les entreprises pharmaceutiques disposent généralement d'une surface financière (et souvent d'assurances RC) suffisantes pour assumer le dédommagement des patients lésés. Cependant, on craint qu'une responsabilité quasi-objective à charge de ce secteur ne décourage l'innovation et ne renchérisse le prix des médicaments¹⁹⁷. De surcroît, vu le nombre élevé de lésions causées par les médicaments, les tribunaux pourraient aisément être submergés¹⁹⁸.

IV. Conclusion

L'analyse qui précède, à défaut de déboucher sur des conclusions définitives, montre à quel point l'action en justice du patient contre la société pharmaceutique est semée d'embûches. Heureusement, le patient en Suisse est assuré contre les risques maladie, accident et généralement perte de gain. Les assurances sociales obligatoires ne couvrent cependant pas la totalité du préjudice. Le gain assuré est plafonné et le gain hypothétique (souvent irréaliste) vient en diminution dans le calcul du montant de la rente versée; la réparation du tort moral est limitée à une petite indemnité pour atteinte à l'intégrité de l'assurance-accidents.

Les quelques lacunes du système suisse d'assurance sociale ne suffisent cependant pas à convaincre des mérites d'un système à l'américaine, où la

¹⁹⁶ Dans l'affaire Grande-Dixence, le danger du barrage pour les tiers était manifestement très élevé, ce qui explique la sévérité du Tribunal fédéral. En revanche, par analogie avec la jurisprudence rendue sous l'égide de l'art. 58 CO, il faut admettre une limite, fondée sur le principe de proportionnalité, aux dépenses de contrôle des risques.

¹⁹⁷ Voir l'arrêt 4C.178/2005, consid. 4.8, où le Tribunal fédéral note qu'il n'a pas à tenir compte de l'augmentation des primes d'assurance qui serait éventuellement causée par une admission de responsabilité (ici, responsabilité pour l'entretien de l'enfant né suite à une stérilisation oubliée).

¹⁹⁸ Le retrait du Vioxx en 2004 a provoqué l'ouverture de milliers d'actions en justice. «*As of Oct. 9, 2007, in the United States, the Company had been served or was aware that it had been named as a defendant in approximately 26,600 lawsuits, filed on or before Sept. 30, 2007, which include approximately 47,000 plaintiff groups, alleging personal injuries resulting from the use of VIOXX, and in approximately 264 putative class actions alleging personal injuries and/or economic loss.*» Merck, communiqué de presse du 9 novembre 2007, intitulé «Merck Agreement to Resolve U.S. VIOXX® Product Liability Lawsuits».

mise en œuvre de la responsabilité de la société pharmaceutique est facilitée par des « *class actions* », un « *discovery* » très étendu et des « *punitives damages* ». L'expérience américaine montre que les procès génèrent des coûts énormes, tant pour la société pharmaceutique que pour le patient. L'industrie pharmaceutique est amenée à se défendre contre une multitude de plaintes dont certaines (mais de loin pas toutes) s'apparentent à l'extorsion. Le plaignant est, lui, contraint à faire équipe avec un cabinet d'avocats, seul à même de financer les dépenses du long, difficile et incertain procès. De part et d'autre, ces dépenses sont largement incompressibles, tant les enjeux que soulèvent ce type de litige dépendent de connaissances spécialisées, et donc d'expertises scientifiques toujours plus pointues.

Le principal mérite de cet amoncellement d'efforts et de dépenses judiciaires reste l'effet dissuasif pour l'ensemble du secteur. Tôt ou tard, les sociétés pharmaceutiques réalisent que la moindre de leurs actions, le moindre email et la moindre étude clinique seront scrutés avec la plus grande énergie par une armada d'avocats et de scientifiques. Et c'est sans parler des médias qui se ruèrent dans la mêlée. D'où un effet éducatif des plus efficaces¹⁹⁹.

Que faut-il recommander pour la Suisse ? D'une certaine manière, nous pouvons « *free-rider* » sur la dissuasion exercée par les procès américains. C'est ainsi que les scandales médicamenteux atteignent, avec un retard somme toute minime, notre pays. Dans la foulée des Etats-Unis, le médicament est retiré du marché suisse. Pour le surplus, il est évident que les dédommagements payés aux Etats-Unis ne franchiront, eux, pas la frontière ; si Merck a payé quelques 5 milliards aux patients américains (dans le cadre d'une transaction), rien ne l'a amené à un tel geste en Suisse. Et, si procès il y a eu en Suisse, aucun jugement n'a été publié. Cette situation est au demeurant typique d'une Suisse encore plutôt hostile à l'action en justice des consommateurs.

¹⁹⁹ Voir aussi KESSELHEIM Aaron & AVORN Jerry, *The Role of Litigation in Defining Drug Risks*, 297 JAMA p. 308-311 (January 17, 2007).

Bibliographie

- BÜYÜKSAGIS Erdem, *La notion de défaut dans la responsabilité du fait des produits*, Schulthess (2005).
- CHAPPUIS Christine et WERRO Franz, *La responsabilité civile : à la croisée des chemins*, Rapports et communications de la Société suisse des juristes (2003), in *Revue de droit suisse* 122/2003 II (Helbing & Lichtenhahn), p. 237-396.
- CHAPPUIS Christine, « Responsabilités objectives : conclusions générales », in Chappuis/Winiger (édit.), *Responsabilités objectives*, Zurich (Schulthess) 2003, p. 207-213.
- CHAPPUIS Guy, « La responsabilité civile du fait des produits : les expériences d'un assureur », in Chappuis/Winiger (édit.), *Responsabilités objectives*, Zurich 2003, p. 145-153.
- CHAUDET François, *La responsabilité extracontractuelle du fait des produits*, JdT 1986 I p. 568-571.
- DESCHENAUX Henri et TERCIER Pierre, *La responsabilité civile*, 2^e ed. Staempfli 1982.
- DUC Jean-Michel, *Quelques considérations sur la responsabilité du fait des produits et le fardeau de la preuve du défaut, suite à l'ATF 133 III 81, PJA 7/2007*, p. 904-908.
- ELSIG Didier et DUC, Jean-Michel, *Causalité adéquate ou inadéquate à la responsabilité civile*, HAVE 2007 p. 217-225.
- GROSS Jost, *Staatshaftung und Heilmittelrecht*, LeGes 2003 (1) p. 137-149.
- GUILLOD Olivier, « Responsabilité médicale : de la faute objectivée à l'absence de faute », in Chappuis/Winiger (édit.), *Responsabilités objectives*, Zurich 2003, p. 157-172.
- PROBST Thomas, « La causalité aujourd'hui », in: Chappuis/Winiger (édit.), *Les causes du dommage*, Genève, Zurich, Bâle 2007, p. 15-35.
- Daniel VOGEL, *Die Produkthaftung des Arzneimittelherstellers nach schweizerischem und deutschem Recht*, Schulthess Zurich 1991.
- WERRO Franz et HAAS Josiane, HAVE 2002 p. 211.
- WERRO Franz :
- Commentaire romand du Code des obligations (Thévenoz/Werro, eds.), Basel, Helbing & Lichtenhahn 2003.
 - « Les fondements de la responsabilité civile : quoi de neuf ? » in: Franz Werro (édit.), *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile*, Berne 2002, p. 15-40.

- «La responsabilité objective du fait des produits est-elle stricte?», in Chappuis/Winiger (édit.), *Responsabilités Objectives*, Zurich: Schulthess 2003, p. 29-60.
- «L'objection du comportement de substitution licite: de son utilité et de sa place», in Chappuis/Winiger (édit.), *Les causes du dommage*, Genève, Zurich, Bâle 2007, p. 53 ss.
- *Le défaut du produit, ses catégories, sa preuve et les instructions du fabricant*, SJZ 104, p. 257-265 (2008).

WESSNER Pierre, «Quelques propos erratiques sur des questions liées à la responsabilité du fait des produits défectueux», in Chappuis/Winiger (édit.), *Responsabilités objectives*, Zurich 2003, p. 61-79.

Responsabilité fondée sur la confiance et devoir d'information : 10 ans après

HANS PETER WALTER*

Table des matières

1. Introduction	153
2. Les devoirs d'information et de renseigner en tant que devoirs de comportement	154
3. Les bases juridiques	155
3.1. Les <i>causæ</i> des devoirs de comportement	155
3.2. La <i>causa</i> de la prétention en réparation	158
4. Casuistique des manifestations de la responsabilité fondée sur la confiance pour violation du devoir d'information	162
4.1. Remarques générales	162
4.2. Arrêts isolés relatifs à la responsabilité fondée sur la confiance pour information défectueuse donnée ou pour défaut d'information	165
4.2.1. Responsabilité pour conseil et renseignement	165
4.2.2. Acte de complaisance	165
4.2.3. Culpa in contrahendo	166
4.2.4. Responsabilité de tiers ou à l'égard des tiers dans le cadre d'un contrat	167
5. Les modalités de la prétention en réparation	170
5.1. Le dommage	170
5.2. Responsabilité pour les auxiliaires	172
5.3. Prescription	173
5.4. Fardeau de la preuve	173

1. Introduction

La rose, dont le premier bouton est éclos en 1994 dans le jardin de la jurisprudence suisse¹ et qui appartient à la variété « responsabilité fondée sur la

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Berne.

¹ ATF 120 II 331; HANS PETER WALTER, La responsabilité fondée sur la confiance dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, in: Chappuis/Winiger (Hrsg.), La responsabilité fondée sur la confiance – Vertrauenshaftung, Zurich 2001, pp. 147, 161; LE MÊME, Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts, RDS 2001 I, p. 79 ss.

confiance» («Vertrauenshaftung»), continue imperturbablement de fleurir. Sans dommage, elle a survécu au «Grounding» de sa cultivatrice. Démentant des pronostics dogmatiques largement répandus, elle n'était pas qu'une fleur éphémère. Depuis l'arrêt *Swissair*, le Tribunal fédéral s'est référé expressément à la responsabilité fondée sur la confiance dans – sauf erreur de calcul – huit décisions publiées² et – depuis 2000 – plus de trente décisions non publiées³. La doctrine ne s'est pas montrée moins prolifique⁴. Dix ans – plus précisément quatorze ans – après les semailles, il convient de tester la consistance du fruit, du moins quant à son espèce limitée aux devoirs d'information professionnels qui font l'objet de la présente publication. Ma contribution vise à établir un état des lieux fondé principalement sur la jurisprudence du Tribunal fédéral et à actualiser ma première revue de la jurisprudence lors de la Journée de la responsabilité civile 2000⁵.

2. Les devoirs d'information et de renseigner en tant que devoirs de comportement

Les devoirs d'information et de renseigner sont des devoirs de comportement visant à empêcher une modification de la situation patrimoniale défavorable au créancier, contrairement aux véritables devoirs de prestation qui tendent à une modification de la situation patrimoniale. Les premiers visent au maintien du *status quo*, les seconds à la création d'un *status ad quem*⁶. C'est pourquoi on les nomme communément devoirs de protection. Leur classification dogmatique dans le système des obligations n'est pas uniforme. Les devoirs de comportement se manifestent d'une part dans le domaine des prestations de service en tant que devoirs contractuels principaux, notamment dans les

² ATF 121 III 350, 123 III 220, 124 III 297, 124 III 363, 128 III 324, 130 III 345, 131 III 337, 133 III 449 (état au 31 juillet 2008).

³ 4C.194/1999, 4C.280 et 296/1999, 4C.237/1999, 4C.364/1999, 4C.100/2000, 4C.107/2000, 4C.190/2000, 4C.193/2000, 4C.45/2001, 4C.71/2001, 4C.322/2001, 4C.152/2002, 4C.202/2002, 4C.215/2002, 4C.225/2002, 4C.282/2002, 4C.381/2002, 4C.291/2003, 4C.47/2004, 4C.134/2004, 4C.182/2004, 4C.194/2004, 4C.359/2004, 4C.361, 363 et 365/2004, 5C.45/2004, 5C.134/2004, 5C.267/2004, 5C.226 et 230/2005, 5C.150/2006, 4A_499/2007, 4A_198/2008 (état au 31 juillet 2008). Les arrêts relatifs à la *culpa in contrahendo* sans référence expresse à la responsabilité fondée sur la confiance ne sont pas pris en compte.

⁴ A signaler en particulier la présentation monumentale de PETER LOSER, *Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht*, 2006, avec 154 références doctrinales supplémentaires au n° 4.

⁵ WALTER (n. 1).

⁶ HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, *Leistungspflichten und Schutzpflichten*, in: Langenbucher et al. (Hrsg.), *Festschrift Canaris*, 2007, tome I, p. 275 ss, p. 277.

contrats de conseil, en particulier dans les contrats de conseil en placement, de Management-Consulting ou de Know-how. Ils peuvent, d'autre part, prendre de l'importance en tant que devoirs contractuels accessoires, comme les devoirs de renseigner dans le cadre des activités des professions dites libérales (médecin, avocat, architecte etc.) ou les devoirs d'information accompagnant un échange de biens (indications d'usage pour appareils techniques, notice d'emploi dans le commerce de médicaments). Finalement, les devoirs d'information et de renseigner peuvent acquérir une signification juridique en matière extracontractuelle dans le cadre d'un rapport de confiance.

Cette multiplicité des manifestations pose deux questions fondamentales: celle du fondement juridique de ces devoirs d'information, d'une part, celle des conséquences de leur violation, de l'autre.

3. Les bases juridiques

3.1. Les *causæ* des devoirs de comportement

Lors de la conclusion du contrat, les devoirs d'information, c'est-à-dire ceux fondés sur un consentement, sont de véritables obligations contractuelles au sens juridique, qu'il s'agisse de devoirs contractuels accessoires ou principaux. Ils correspondent à la volonté commune déclarée par les parties et le créancier peut en exiger l'exécution de manière préventive. En revanche, les devoirs d'information non prévus par le contrat se fondent, d'après la conception dominante en Suisse, sur l'injonction d'un comportement loyal conformément à l'art. 2 al. 1 CC. De ce fait distincts de la volonté des parties, leur teneur relève d'un rapport d'obligation ou de protection légal qui reste à définir concrètement par la jurisprudence⁷. Ils échappent certes régulièrement à un contact scellé par un acte juridique ou analogue, ne sont pas orientés en fonction de l'exécution du contrat elle-même ni limités par celle-ci, mais dominant en outre l'environnement d'une relation spéciale contractuelle, quasi-contractuelle ou généralement fondée sur une relation spéciale de confiance. Ils doivent être pris en considération dès la préparation d'un contrat, puis durant les pourparlers contractuels (*culpa in contrahendo*), peuvent perdurer au-delà de l'exécution du contrat (*culpa post contractum finitum*) et obliger ou avantager également des tiers à un contrat, qui sont impliqués de manière factuelle mais non juridique. Finalement, les devoirs de comportement fondés sur la théorie de la confiance peuvent résulter d'un lien particulier de proximité sans rapport contractuel, notamment dans le contexte des informations

⁷ CR-THÉVÉNOZ, 2003, n. 23 sur l'art. 97 CO.

et conseils professionnels dans le cadre d'actes de complaisance. L'art. 2 CC associe déjà un devoir de loyauté à l'existence d'une relation étroite, et non pas seulement à un contrat.

Les devoirs d'information se présentent par conséquent comme contractuels ou légaux et se fondent soit sur une déclaration de volonté spécifique, effective ou normative, soit sur le principe de la confiance. Pour cette dernière catégorie, CLAUS-WILHELM CANARIS a élaboré la théorie du « rapport de protection uniforme » (« *einheitliches gesetzliches Schutzverhältnis* »)⁸, lequel a trouvé un fondement de droit positif lors de la révision du droit des obligations allemand aux §§ 241 al. 2 et 311 al. 2 BGB⁹. Selon ces règles, le rapport de protection uniforme débute avec la prise de contact professionnel, se précise tout au long des pourparlers contractuels, puis lors de la conclusion du contrat et de l'entrée des parties dans la phase d'exécution. Il peut même perdurer à travers des devoirs de protection au-delà de l'extinction du contrat¹⁰. Quant aux ouvrages suisses, l'on peut se référer notamment à ERNST KRAMER¹¹ et WOLFGANG WIEGAND¹² qui se sont très tôt penchés sur ce concept. Le Tribunal fédéral incline également vers cette théorie¹³:

« Cette solution se dégage encore plus nettement, si l'on adopte la théorie du rapport de protection uniforme (Theorie des einheitlichen Schutzverhältnisses), d'après laquelle sont soumises au même régime les relations entre parties qui reposent sur un rapport spécial de confiance et de fidélité, qu'elles surviennent avant la passation du contrat, sous l'empire de la convention ou

⁸ CLAUS WILHELM CANARIS, Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, p. 475 ss.

⁹ § 241 al. 2 BGB: «Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.»

§ 311 al. 2 BGB: «Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch

1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen,
2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder
3. ähnliche geschäftliche Kontakte.»

¹⁰ CANARIS (n. 8), 479: sa conception a rencontré une large approbation en Allemagne (pour démonstration, voir MünchKomm/KRAMER, 2007, introduction au § 241 BGB, n. 83). Concernant le droit autrichien, FRANZ BYDLINSKI a repris et développé le concept de «Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflichten» (KLANG, Kommentar zum ABGB, tome IV/2, 1978, p. 181).

¹¹ BK-KRAMER, 1986, Allgemeine Einleitung in das Schweizerische OR, n. 142 ss.

¹² WOLFGANG WIEGAND, Von der Obligation zum Schuldverhältnis, recht 1997, p. 85 ss; cf. LE MÊME, Die Verhaltenspflichten. Ein Beitrag zur juristischen Zeitgeschichte, in: Stolleis (Hrsg.), Die Bedeutung der Wörter, Festschrift Gagnér, 1991, p. 547 ss; et parmi les ouvrages plus récents BK-WEBER, 2000, n. 67 ss. sur l'art. 97 CO; et, suivant la même orientation, CR-THÉVENOZ, Introduction aux art. 97-109 CO, n. 7.

¹³ Arrêt du 8 juin 1998, publié dans la SJ 1999, p. 133 ss, et, suivant la même orientation, un arrêt du 23 juin 1998, publié dans Pra. 1998, n° 155.

après son extinction. Cette théorie permet d'indemniser la confiance déçue à tous ces stades (...), dès l'instant où la responsabilité fondée sur la confiance, qui est omniprésente, impose immédiatement de réparer le dommage provoqué par la confiance justifiée qui s'est trouvée trompée ultérieurement (...).»

Les avis sont partagés, spécialement en Allemagne, sur la question de savoir si ce rapport de protection uniforme a une destinée légale propre et continue, même pendant que le contrat déploie ses effets (théorie dite de l'uniformité, «*Einheitstheorie*») ¹⁴, ou si les différents devoirs de comportement sont transformés en devoirs contractuels durant cette phase («*Umschlagtheorie*») ¹⁵. Pour le droit suisse, je suis un partisan résolu de la seconde théorie et je conçois les devoirs de comportement lors de l'exécution d'un contrat valide comme uniformément contractuels, indépendamment de leur qualification dans le système des prestations et des manquements à ceux-ci. Le principe de la confiance détermine certes toujours leur teneur, mais ne constitue plus leur *causa*, car celle-ci se trouve désormais dans le contrat ¹⁶. Selon la conception défendue ici, la classification demeure cependant sans effet sur le principe et les conséquences de la responsabilité, qui s'apprécient toujours selon les directives de l'art. 97 al. 1 CO.

Par ailleurs, je pars du principe, avec la jurisprudence du Tribunal fédéral, que la responsabilité fondée sur la confiance est subsidiaire à la responsabilité contractuelle ¹⁷ :

«Soweit die Klägerin ihren Haftungsanspruch auch auf erwecktes und enttäushtes Vertrauen stützen will, ist ihr entgegenzuhalten, dass die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung nur zum Zuge kommen kann, wenn es darum geht, einen vertragsfremden Dritten zu belangen, nicht aber, wenn – wie vorliegend – der Ansprecher mit dem Belangten vertraglich verbunden ist und die Haftung aus dieser Vertragsbeziehung abgeleitet wird (...).»

Cela signifie en conséquence que la violation des devoirs d'information ne peut tomber sous le coup de la responsabilité fondée sur la confiance que si elle intervient en dehors d'une relation contractuelle, ou bien émane d'un tiers extérieur à cette relation juridique ou nuit à un tel tiers. Sur ce point,

¹⁴ En ce qui concerne le droit suisse, cf. notamment WIEGAND (n. 12, *recht*), *passim*; WOLFGANG WIEGAND/BERNHARD BERGER, *Zur rechtssystematischen Einordnung von Art. 11 BEHG*, RJB 1999, p. 713 ss, p. 736.

¹⁵ Sur la controverse théorique voir MünchKomm/KRAMER, 2007, introduction au § 241 BGB, n. 83; GRIGOLEIT (n. 6), p. 281 ss; STAUDINGER/LÖWISCH, 2001, remarques préliminaires sur les §§ 275-283 BGB, n. 32.

¹⁶ HANS PETER WALTER, *Auf dem Weg zum Schuldverhältnis – wo weiter, recht 2005*, p. 71 ss, *passim*; également 5C.45/2004 du 9.7.2004, consid. 2.2.

¹⁷ Arrêt 4C.194/2004 du 17.9.2004, consid. 1; dans le même sens ATF 131 III 377 consid. 3 et 5C.267/2004 du 21.6.2005, consid. 5.3; indéterminé 5C.45/2004 du 9.7.2004, consid. 2.2.

la formule du Tribunal fédéral, qui tend à limiter la responsabilité au « tiers recherché » (« belangten Dritten »), à mon sens, prête quelque peu à confusion. Il convient de retenir, à titre de bilan intermédiaire, que la violation des devoirs d'information ne peut tomber sous le coup de la responsabilité fondée sur la confiance que si elle a lieu en dehors d'une relation contractuelle entre l'auteur et le lésé. Comme je tente de le démontrer dans ce qui suit, la controverse théorique n'a guère de signification pratique, dans la mesure où le devoir de réparation est réglé quoi qu'il en soit toujours par l'art. 97 al. 1 CO.

3.2. La *causa* de la prétention en réparation

La responsabilité fondée sur la confiance mène à une « troisième voie » entre contrat et délit¹⁸. Ce concept a suscité des controverses dans les ouvrages de référence et semble y être majoritairement rejeté¹⁹. Selon la conception dominante probablement inchangée, les art. 41 et 97 CO doivent suffire en tant que normes globales de base pour fonder toute indemnisation d'un dommage causé à autrui en droit privé et point n'est besoin de fondements nouveaux de création prétorienne. A mon avis, cette polémique, qui repose sur une confusion entre la cause et l'effet, est au fond sans objet.

Les devoirs d'information et de renseigner sont des devoirs de comportement, dont la violation peut fonder une prétention compensatoire. La cause du dommage est la mauvaise exécution d'un devoir de comportement en tant qu'obligation primaire. L'obligation primaire, à son tour, peut avoir son fondement juridique – dans la mesure intéressante ici – dans un contrat ou dans l'existence d'une autre relation particulière selon la théorie de la confiance. Elle demeure, dans un cas comme dans l'autre, une véritable *obligatio*, laquelle découle d'un consentement (contrat) ou de l'injonction d'agir selon les règles de la bonne foi. En d'autres termes, en dehors du contrat, seul l'art. 2 CC détermine le rapport d'obligation qui engendre un devoir d'information selon la théorie de la confiance. Dans cette hypothèse, l'art. 2 CC ne régit que la naissance de la prétention et de l'obligation, non les conséquences de la violation. En ce sens, il ne constitue pas une norme de responsabilité mais une norme de protection. La norme de responsabilité doit être cherchée ailleurs.

L'art. 97 al. 1 CO règle les conséquences de l'exécution imparfaite de l'obligation²⁰ à travers la notion consacrée de « violation positive du contrat ». Cette

¹⁸ Selon la jurisprudence ATF 133 III 449 consid. 4.1, 130 III 345 consid. 2.1.

¹⁹ Cf. CR-WERRO, 2003, n. 67 sur l'art. 41 CO ; CHRISTINE CHAPPUIS, Responsabilité fondée sur la confiance : un tour d'horizon, in : Chappuis/Winiger (n. 1), p. 21 ss, p. 27.

²⁰ Créance et prétention, d'une part et devoir et dette d'autre part découlant de l'obligation sont employés dans le présent contexte dans le même sens ; cf. SPR-MERZ, tome VI/1, p. 50.

notion, introduite par HERMANN STAUB²¹ au début du XX^e siècle dans la culture juridique européenne et qui est aussi entrée dans la terminologie suisse – pour une fois en dépit des objections fondées d'ANDREAS VON TUHR – prête à malentendus et induit en erreur. Tout d'abord, l'art. 97 al. 1 CO ne constitue pas une norme du droit des contrats, mais, de manière plus générale, une norme relative à l'exécution des obligations. Cette disposition ne s'applique pas seulement aux obligations contractuelles, mais à toute obligation, quel qu'en soit son fondement²². L'unique condition est que l'inexécution ne porte pas sur une prestation pécuniaire, car, dans ce cas, seules les règles sur la demeure du débiteur selon les art. 102 ss CO sont applicables, parce que les dettes d'argent ne deviennent pas impossibles, ni ne peuvent être mal exécutées²³. Ensuite, la violation ne résulte pas nécessairement d'un acte positif mais peut également consister dans une abstention. C'est pourquoi je préfère la notion de « violation matérielle de la créance » (« materielle Forderungsverletzung ») à celle de « violation positive du contrat ». Elle permet d'appréhender la mauvaise exécution de toute obligation relative, qui ne consiste pas exclusivement en une dette d'argent. Le champ d'application de l'art. 97 al. 1 CO est ainsi élargi.

Le véritable champ d'application de cette disposition est la mauvaise exécution des obligations contractuelles, y compris – à travers sa norme sœur de l'art. 98 al. 2 CO – les obligations de faire et de ne pas faire. Dans ce cadre et selon la conception représentée ici, le fait que le devoir contractuel violé soit un devoir principal, un devoir accessoire accompagnant la prestation (p. ex. le montage de la chose achetée ou la fourniture d'un mode d'emploi pour un appareil technique) ou encore un devoir de comportement (devoir de protection ou de garde, ici en particulier le devoir d'information et de renseigner) ne joue aucun rôle. Tout aussi peu décisif est le fait que le débiteur ait effectivement mal exécuté la prestation due ou le comportement requis, ou qu'il manifeste, dès avant le terme, que l'exécution interviendra de manière imparfaite (violation anticipée de la créance). Dans tous ces cas, il existe

²¹ HERMANN STAUB, Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag, 1902.

²² Demeurent naturellement réservés les *leges speciales* de la section spéciale, en particulier les règles sur la garantie pour les défauts en matière de contrat d'entreprise et de contrat de vente.

²³ Ceci vaut également pour les obligations en monnaie étrangère. Si l'exécution de l'obligation est proposée ou effectuée en monnaie différente de celle stipulée dans le contrat, s'il y a inexécution et non mauvaise exécution, alors l'obligation en monnaie étrangère doit être exécutée par l'Etat, si le montant en est évalué ou converti en monnaie nationale, nonobstant, les effets de la mauvaise exécution ne peuvent plus se déployer dès lors que selon les modalités de réquisition de poursuite (cf. art. 67 al. 1 ch. 3 LP; ATF 134 III 151 consid. 2.3; 125 III 443 consid. 5a; 115 III 36 (n° 8) consid. 3a).

une violation du contrat, dont les conséquences sont réglées selon l'art. 97 al. 1 CO.

Il en va cependant de même lorsqu'une obligation portant sur une chose ou un service est fondée non sur un contrat mais sur un délit, un enrichissement illégitime, directement sur la loi ou « *ex variis causarum figuris* »²⁴. Quiconque est tenu, suite à un acte illicite, à la restitution en nature²⁵ et exécute imparfaitement cette obligation répond du dommage découlant de l'inexécution, non plus directement en application de la norme délictuelle, mais de l'art. 97 al. 1 CO. Il en va de même, lorsque l'enrichi exécute imparfaitement l'obligation de restituer un enrichissement en nature²⁶. La prétention en dommages-intérêts qui en découle n'est pas directement fondée sur l'enrichissement illégitime, mais sur l'art. 97 al. 1 CO. Elle englobe notamment le gain manqué relatif à l'utilisation ou l'exploitation de la chose due. D'un point de vue systématique, il en va de même de la violation de devoirs de comportement extra-contractuels, tels que les devoirs d'information fondés sur le principe de la confiance. Il s'agit de devoirs découlant d'une relation juridique relative, d'une obligation, qui sont également soumis à la protection de l'art. 97 al. 1 CO.

Selon la conception représentée ici, l'art. 97 al. 1 CO régit en principe globalement les conséquences de la mauvaise exécution d'une norme primaire dans l'ensemble du droit privé, pour autant que la violation ne se limite pas à un retard. Cette disposition est ici intéressante en tant que norme de responsabilité à partir de la violation matérielle d'une créance, de la mauvaise exécution d'un devoir d'information. La prétention primaire a pour objet l'exécution conforme du devoir de comportement, soit le devoir d'information, alors

²⁴ Gai. D 44,7,1 pr; zur Vielfalt der Entstehungsgründe von Obligationen EUGEN BUCHER, Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin, in: Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift Walter, 2005, p. 231 ss.

²⁵ Selon l'art. 43 al. 1 en relation avec l'art. 99 al. 3 CO, le juge détermine la forme de réparation du dommage; en principe la restitution en nature garantit au mieux l'intérêt à l'intégrité du patrimoine du lésé et tient compte de manière optimale de l'idée de l'indemnisation du dommage (ATF 129 III 331 consid. 2.2). Exemples de la jurisprudence ATF 107 II 139 et 100 II 134 (remise en état d'un bien foncier dévasté), 110 II 183 (fourniture de lingots d'or), 116 II 441 (libération du créancier de la prétention d'un tiers); ATF 129 III 331 consid. 2.2 (nouvelle plantation d'un arbre).

²⁶ Cf. art. 65 al. 2 CO, où il est question de « restitution [de la chose] » (« Rückgabe der Sache »). L'on peut considérer la restitution de lettres d'amour, d'une déclaration sur l'honneur ou d'une reconnaissance de dette (ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, tome 1, 2006, 468, ch. 7), les conditions appropriées dans les cas fortuits (BSK-SCHULIN, 2007, n. 26 sur l'art. 62 CO), les simples conditions de possession (ANDREAS VON TUHR / HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, tome 1, 1979, p. 476), et surtout l'annulation de l'exécution d'un acte de disposition abstrait lorsque l'acte obligationnel est vicié (sur la dichotomie des actes de disposition abstraits et causaux HEINRICH HONSELL, Tradition und Zession – kausal oder abstrakt?, in: Bucher et al. (Hrsg.), Norm und Wirkung, FS Wiegand, 2005, p. 349 ss).

que la prétention secondaire vise la réparation du dommage résultant de la violation de l'obligation primaire. Il convient cependant de distinguer ces deux prétentions. Certes, selon la compréhension pandectiste du droit commun, en particulier celle de FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY et de FRIEDRICH MOMMSEN, l'obligation est changeante et son contenu exact variable. Elle ne se limite toutefois pas à la relation juridique d'origine, mais englobe également les violations d'obligations, qui entraînent seulement une « métamorphose du rapport juridique »²⁷. Cette théorie a toutefois suscité une critique justifiée dans la doctrine récente. On lui oppose à raison que la prétention en réparation d'un dommage découlant de la violation d'une obligation ne résulte pas d'un acte juridique mais de la loi et porte, d'un point de vue fonctionnel, non pas sur une prestation mais sur la remise en l'état²⁸. Le débiteur n'est pas recherché sur la base de son obligation initiale mais sur celle de sa responsabilité. Le devoir de réparer le dommage n'est pas la continuation de l'obligation primaire mais remplace celle-ci²⁹. Ceci est particulièrement manifeste dans le domaine de l'exécution imparfaite des obligations, en cas de violation matérielle de la créance. Dans cette hypothèse, la prétention en exécution subsiste pour le surplus malgré la violation. La prétention en réparation s'ajoute à la prétention en exécution et ne la remplace que partiellement. La première complète la seconde en tant que prétention accessoire³⁰. La prétention primaire tendant à l'exécution de l'obligation et la prétention secondaire en réparation du dommage ont de ce fait chacune un destin propre et ne sont pas conçues comme identiques sur le plan juridique. La prétention en réparation du dommage ne se limite pas à un devoir de prestation transformé, qui poursuit sous une forme nouvelle la créance visant à l'exécution³¹, mais constitue une créance nouvelle, autonome, dont le fondement juridique réside dans la violation d'une autre obligation.

C'est ainsi que se résout la question de la troisième voie : seule la prétention primaire à l'exécution de l'obligation emprunte celle-ci, non la prétention secondaire en réparation du dommage. Si l'on limite la naissance des

²⁷ Cf. MARTIN IMMENHAUSER, *Das Dogma von Vertrag und Delikt*, 2006, p. 257 ss (sur Savigny) et p. 288 ss (sur Mommsen). CR-THÉVENOZ, n. 18 sur l'art. 97 CO évoque lui aussi une « transformation ».

²⁸ IMMENHAUSER (n. 27), 261 rem. 1019.

²⁹ HUBERT STÖCKLI, *Das Synallagma im Vertragsrecht*, 2008, ch. 476.

³⁰ STÖCKLI (n. 29), ch. 478 ; BSK-WIEGAND, 2007, nn. 47 et 52 sur l'art. 97 CO.

³¹ Ainsi qu'il apparaît dans la doctrine et la jurisprudence encore dominantes : ATF 122 III 53 consid. 4b, 117 II 273 consid. 4c ; BK-KRAMER, 1986, *Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR*, n. 89 s. ; BK-WEBER, 2000, nn. 205, 262 et 347 sur l'art. 97 CO ; CHK-FURRER / WEY, 2007, n. 127 sur les art. 97-98 CO ; EUGEN BUCHER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 1988, p. 328 ; PIERRE TERCIER, *Le droit des obligations*, 2004, ch. 1109 ; INGEBORG SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2006, ch. 4.19.

droits primaires – comme cela fait sens pour la responsabilité fondée sur la confiance – à la dichotomie courante entre contrat et délit, alors le devoir de comportement fondé sur la théorie de la confiance ne relève ni de l'un ni de l'autre. En effet, étant donné l'absence d'un état de fait contractuel, l'admission d'un acte illicite, si l'on veut éviter de transformer l'art. 41 al. 2 CO en boîte de Pandore, se heurte à l'exigence d'une norme de protection fondant la responsabilité au sens de l'art. 41 CO³². La relation spéciale fait cependant naître un rapport de confiance régi par l'art. 2 CC. Les règles de la bonne foi deviennent ainsi la *causa* du devoir de comportement, ici le devoir d'information. En d'autres termes, la créance ne se déduit ni du contrat ni du délit, mais – *tertium datur* – de l'art. 2 CC. Le principe de la confiance fonde le devoir de comportement dont la violation entraîne la responsabilité fondée sur la confiance.

Que le devoir de comportement soit compris sous l'angle délictuel, contractuel ou de la confiance, il en résulte une prétention en réparation en cas de mauvaise exécution, à l'exclusion de l'hypothèse du retard. Cette prétention en réparation trouve son fondement juridique à l'art. 97 al. 1 CO, indépendamment du fondement juridique du droit violé, conformément à la conception défendue ici. La créance primaire ainsi diversifiée conduit à une prétention en réparation uniformément structurée. Ceci vaut en tout cas pour la cause de la prétention en réparation. Des modifications peuvent survenir dans l'aménagement de son contenu³³.

4. Casuistique des manifestations de la responsabilité fondée sur la confiance pour violation du devoir d'information

4.1. Remarques générales

L'on tentera de mettre en évidence, sur la base de la jurisprudence du Tribunal fédéral, quelles sont les constellations typiques dans lesquelles la responsabilité extra-contractuelle fondée sur la confiance pour défaut d'information ou pour information inexacte peut avoir une signification pratique.

D'abord, il faut rappeler que la responsabilité fondée sur la confiance est soumise à deux conditions distinctes et cumulatives, à savoir: l'existence

³² ZK-BAUMANN, 1998, n. 105 ss. sur l'art. 2 CC situe la responsabilité fondée sur la confiance de l'art. 2 CC de façon très compréhensible dans une zone entre non-délit et non-encore-violation du contrat (n. 108); cf. aussi WOLFGANG WIEGAND, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2004 und 2005, RJB 2008, p. 613, p. 621.

³³ Sur ce sujet, cf. infra, point 5.

d'une relation particulière et la déception des attentes créées. Si l'une des deux conditions fait défaut, la prétention en réparation de celui qui a accordé sa confiance est infondée³⁴.

La relation particulière repose sur un contact au moins analogue à un rapport fondé sur un acte juridique. Une telle relation fait par exemple défaut lorsque le comportement contraire à la bonne foi est vu dans un acte de concurrence déloyale³⁵. Le rapport entre concurrents, même s'il est soumis aussi au principe de la bonne foi, aux termes de l'art. 2 LCD, ne constitue pas une relation particulière au sens de l'art. 2 CC³⁶.

Pour établir la déception d'attentes légitimes, le Tribunal fédéral souligne que, de jurisprudence constante, la responsabilité pour la confiance suscitée et trompée se fonde sur des conditions strictes. En conséquence, n'est pas digne de protection quiconque est victime de sa propre imprudence, de sa crédulité ou de la réalisation de risques généraux inhérents à une opération commerciale, mais seulement quiconque a subi l'abus de sa confiance légitime³⁷. Il est ainsi manifestement tenu compte de l'objection soulevée à l'encontre de la responsabilité fondée sur la confiance, selon laquelle celle-ci ouvrirait sans limites la porte à tous les cas possibles de responsabilité³⁸. Le choix de la notion d'abus ne semble d'ailleurs pas très heureux dans ce contexte. La responsabilité découle davantage de la violation de l'injonction de loyauté de l'art. 2 al. 1 CC que d'un abus de droit selon l'al. 2 du même article. En outre, cette violation n'est pas réalisée dès qu'il existe un comportement objectivement inadéquat³⁹, mais nécessite dans la plupart des cas une faute⁴⁰, bien que, selon la conception représentée ici, la négligence suffise⁴¹.

³⁴ ATF 128 III 324 consid. 22, 121 III 350 consid. 6d, 120 II 331 consid. 5a, 4C.47/2002 du 9.12.2004, consid. 3.

³⁵ 4C.190/2000 du 10.11.2000, consid. 6b.

³⁶ BK-MERZ, 1966, n. 34 sur l'art. 2 CC.

³⁷ ATF 133 III 449 consid. 4.1 avec références.

³⁸ Exposée nommément par HEINRICH HONSELL, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 2005, p. 55.

³⁹ Pour une vue d'ensemble des caractères subjectifs de faits dans le champ d'application de l'art. 2 CC, voir BK-Merz, 1966, n. 105 sur l'art. 2 CC

⁴⁰ LOSER (n. 4), ch. 1204. Toutefois, elle peut aussi représenter la responsabilité du risque sans qu'il y ait de faute; LE MÊME, *ibid.*, ch. 1218 s.; sur la responsabilité du risque en général CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, *Die Gewähr: Risikoverantwortlichkeit*, 2007, p. 119 ss EUGEN BUCHER (n. 24), p. 231 ss, p. 245 ss et p. 257 s., comprend même la responsabilité fondée sur la confiance, du moins dans certaines de ses manifestations, comme une responsabilité causale au sens propre.

⁴¹ P. ex. 4C.364/1999 du 24.2.2000, consid. 2c/bb; 4C.190/2000 du 10.11.1000, consid. 6a; 4C.373/2002 du 18.3.2003 consid. 4.1 (tous sur la *culpa in contrahendo*); la question de la responsabilité pour négligence est en revanche laissée ouverte dans l'ATF 130 III 345 consid. 1; réponse par l'affirmative HANS PETER WALTER, *Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages*, RJB 1996, p. 273, p. 292.

S'agissant des devoirs d'information et de renseigner, on reconnaît le principe selon lequel

« celui qui, disposant de connaissances spéciales dans un domaine, accepte de fournir des renseignements ou des conseils doit agir de bonne foi »⁴²,

et cela, indépendamment du fait que ces renseignements sont communiqués dans un contexte contractuel ou en dehors de tout contact contractuel, pourvu que ce soit dans le cadre d'une relation particulière au moins analogue à une relation juridique.

Il convient de dissiper un malentendu qui semble survenir parfois dans la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant les devoirs de renseigner – même en dehors du contexte de la responsabilité fondée sur la confiance: l'orientation unilatérale du devoir d'information en fonction d'un devoir abstrait, sans considération de la demande et du besoin concret de renseignements. D'un point de vue juridique, les renseignements doivent donner au partenaire la possibilité de se comporter d'une façon adéquate sur la base des informations reçues. En fin de compte, il y va de la liberté de décision. Cette liberté est cependant subjective; quant au besoin d'information, il est toujours individuel et concret. Le principe et l'étendue de l'information requise sont fonction des besoins du destinataire des renseignements⁴³. Quiconque est déjà suffisamment renseigné n'a pas besoin d'informations supplémentaires. Les renseignements sont destinés à combler une lacune de la connaissance. Faute d'une telle lacune, il n'y a pas lieu de renseigner. En outre, le principe de la confiance, sur lequel reposent les devoirs d'information, n'est pas à sens unique. Quiconque a besoin de renseignements doit le faire savoir et prendre des informations. Les faits dont la partie adverse peut et doit elle-même prendre connaissance selon les règles de la bonne foi ne relèvent en principe pas du devoir d'information et n'ont pas à être fournies spontanément⁴⁴. Celui qui fait aveuglément confiance en pratiquant la politique de l'autruche assume en partie ou entièrement, les conséquences d'une éventuelle carence en informations selon les règles sur la faute concomitante.

⁴² 4C.237/1999 du 4.1.2000, consid. 2b.

⁴³ 4C.202/2002 du 30.10.2002, consid. 3.2.

⁴⁴ ATF 105 II 745 consid. 2a.

4.2. Arrêts isolés relatifs à la responsabilité fondée sur la confiance pour information défectueuse donnée ou pour défaut d'information

4.2.1. Responsabilité pour conseil et renseignement

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un renseignement qui n'est pas donné dans l'exercice d'une industrie ou en contrepartie d'une rémunération ne doit pas être considéré comme l'exécution d'une obligation assumée par contrat, mais comme un acte extra-contractuel fondé sur un devoir de comportement légal, dont la violation fait naître la responsabilité fondée sur la confiance. La responsabilité pour conseil et renseignement en dehors d'un devoir contractuel correspondant représente ainsi l'un des états de faits entraînant une responsabilité fondée sur la confiance les plus importants et les plus couramment invoqués. Une responsabilité est notamment admise dès lors que le fait de communiquer le conseil ou les renseignements en question permet de poursuivre aussi ses propres intérêts. Cette considération s'est révélée fatale pour une banque, dont le directeur avait influencé les pourparlers contractuels d'une société avec un investisseur dans l'espoir de gagner cet investisseur en tant client pour le placement de capitaux. Bien que le directeur n'ait pas su que la société conduisait les pourparlers avec l'intention de tromper, son employeur (banque) a dû répondre du fait que le directeur avait recommandé la société pour son sérieux et avait donné l'impression que la banque contrôlerait l'utilisation adéquate des moyens investis⁴⁵.

4.2.2. Acte de complaisance

La confiance placée dans un professionnel et déçue est un paradigme significatif de la responsabilité pour les informations, y compris dans le domaine des actes de complaisance sans volonté de s'engager juridiquement⁴⁶. Ici aussi, il est d'ailleurs nécessaire que la personne recherchée ait éveillé et

⁴⁵ 4C.193/2000 du 26.9.2001, consid. 4 et 5. Cependant les motifs de la responsabilité ont été fondés de manière superflue sur deux plans, à savoir tant sur le délit que sur la confiance. Il eût été plus approprié selon la conception représentée ici, de comprendre la responsabilité du fait de renseignements certes propres à susciter la confiance, mais non fournis avec l'intention de tromper, exclusivement comme une responsabilité fondée sur la confiance. Dans ce cas concret, une responsabilité de la banque aurait aussi pu être admise, en tant qu'elle a participé par négligence à une *culpa in contrahendo*. Les différentes variantes quant au fondement de la responsabilité demeurent du reste sans effet sur le résultat de l'arrêt.

⁴⁶ ATF 129 III 181. Sur la confiance placée dans un professionnel déjà ATF 57 II 81 consid. 2; LOSER (n. 4), ch. 826 ss; sur la responsabilité du fait d'actes de complaisance, en détail BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Die privatrechtliche Gefälligkeit und ihre Rechtsfolgen, thèse Fribourg, 1999.

réclamé la confiance de la victime, puis déçu cette confiance. Un arrêt du Tribunal fédéral de l'année 2004 est significatif à cet égard⁴⁷ : un architecte avait fait les projets d'une construction de jardin pour un maître d'ouvrage privé et pris en charge la direction des travaux. L'autorisation de construire comprenait l'obligation de sonder et au besoin protéger une conduite d'eau située le long de la limite de la parcelle avant le début de la construction. Cette mesure se révéla superflue, car l'architecte avait opté pour un mode de construction ne présentant aucun danger pour la conduite d'eau. Après l'achèvement de la construction, le maître d'ouvrage fit réaliser des travaux sur le terrain par un horticulteur, pour la réalisation desquels l'architecte dessina à titre gracieux un croquis qu'il remit à l'horticulteur. La conduite d'eau fut détériorée suite aux travaux de terrassement, ce qui causa un dommage considérable. Comme l'horticulteur ne devait réparer qu'une partie du dommage en raison de la faute concomitante du maître d'ouvrage, ce dernier chercha à rendre l'architecte responsable pour le solde sur la base d'un manque d'information. Le Tribunal fédéral nia la responsabilité fondée sur la confiance, vu que le maître d'ouvrage attendait uniquement une aide dans la communication concernant l'aspect esthétique de l'aménagement du jardin et non le conseil technique d'un spécialiste. La condition d'une responsabilité pour la confiance créée dans les instructions approfondies de l'horticulteur n'était pas remplie.

4.2.3. *Culpa in contrahendo*

Le principal champ d'application de la responsabilité pour violation de devoirs d'information demeure la *culpa in contrahendo*, que le Tribunal fédéral qualifie désormais expressément d'hypothèse spécifique de la responsabilité fondée sur la confiance en général⁴⁸. La *culpa* représente d'ailleurs une notion générique sous laquelle sont regroupés différents cas de responsabilité⁴⁹, et qui peut jouer un rôle tant lorsque le mécanisme de conclusion du contrat est vicié que dans l'hypothèse d'un contrat venu à chef⁵⁰. Seuls les cas en rapport avec un devoir d'information professionnel spécifique seront évoqués dans le cadre de ma contribution et non les cas couverts par les autres contributions à ce colloque.

⁴⁷ 4C.291/2003 du 04.02.2004.

⁴⁸ ATF 130 III 345 consid. 2.1; 4C.364/1999 du 24.2.2000, consid. 2c/bb; 5C.267/2004 du 1.6.2005, consid. 5.3; 5C.45/2004 du 9.7.2004, consid. 2.2.

⁴⁹ EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 1988, p. 281 ss; RAINER GONZENBACH, *Culpa in contrahendo* im schweizerischen Vertragsrecht, thèse Berne 1987.

⁵⁰ 4C.237/1999 du 4.1.2000, consid. 2b.

Le contrat d'assurance est nul, si au moment où il a été conclu, le sinistre était déjà survenu (art. 9 LCA). Selon cette disposition, les maladies momentanément guéries pour lesquelles il existe typiquement un risque de rechute après une première apparition, ne peuvent plus être assurées par un contrat d'assurance-maladie privé conclu ultérieurement. Une compagnie d'assurances, qui avait conclu sans réserve une assurance-maladie complémentaire, bien qu'elle sache que la contractante avait souffert d'arthrite antérieurement, a ainsi pu se soustraire à son obligation de couvrir les frais de traitement liés à une rechute, avec la bénédiction du Tribunal fédéral en 2001, parce que ce contrat d'assurance était en partie frappé de nullité sur ce point⁵¹. Cependant, trois ans plus tard, le Tribunal fédéral admit au contraire la responsabilité d'une compagnie d'assurances pour le dommage subi par un assuré qui, confiant dans l'acceptation sans réserve du contrat d'assurance par la compagnie nonobstant le fait qu'il eût déclaré son arthrite, s'était fait soigner dans la division privée de l'hôpital alors qu'il avait été frappé par une rechute. Le Tribunal jugea que la compagnie d'assurances avait violé son devoir d'information, tant lors de la conclusion du contrat que dans sa manière de traiter la demande de prise en charge des frais, en s'abstenant d'informer le preneur d'assurance de l'interdiction légale de s'assurer de manière rétroactive et d'attirer ainsi son attention sur la nullité partielle du contrat d'assurance⁵². Cet arrêt rappelle le cas «Monte Rosa», dans lequel le Tribunal fédéral avait admis la responsabilité fondée sur la confiance et la prétention en réparation du préjudice subi dans le contexte de l'achat d'un bien foncier, en dépit de la nullité de forme du contrat qui ne mentionnait pas l'entier du prix de vente⁵³.

4.2.4. *Responsabilité de tiers ou à l'égard des tiers dans le cadre d'un contrat*

La responsabilité de tiers et à l'égard de tiers par rapport à un contrat ou à des pourparlers contractuels, qui sont impliqués activement ou passivement dans les faits mais non en droit, revêt une signification pratique particulière. Dans le cas d'une implication active, la question est celle de la responsabilité propre des sociétés faisant partie d'un même groupe, des organes, représentants ou auxiliaires envers un tiers contractant lésé. S'il s'agit de la violation de devoirs d'information, la responsabilité d'un tiers fondée sur la *culpa in contrahendo* passe au premier plan. Si le tiers au contrat est impliqué passivement par

⁵¹ ATF 127 II 21.

⁵² 5C.45/2004 du 9.7.2004.

⁵³ 4C.299/1998 du 7.1.1999.

le fait qu'il subit un dommage, c'est-à-dire s'il est lésé par le comportement inapproprié d'une partie au contrat, il faut se demander à quelles conditions il peut réclamer la réparation du dommage en raison de sa position factuelle dans le champ des effets du contrat, et si le contrat déploie un effet de protection à son encontre⁵⁴. Dans les deux cas, il convient de vérifier la jurisprudence récente du Tribunal fédéral.

Un promoteur immobilier régnait sur une multitude de sociétés domiciliées dans différents Etats et dont il avait confié l'administration à une société fiduciaire suisse. Le président du conseil d'administration et principal actionnaire de celle-ci exerçait également les fonctions d'organe de plusieurs des sociétés administrées par la fiduciaire. C'est en cette qualité qu'il commit une *culpa in contrahendo* à la conclusion d'un contrat avec un acheteur immobilier, en taisant par dol des faits essentiels touchant à l'existence réelle d'un objet vendu. La responsabilité de la société fiduciaire envers le contractant a été admise sur la base de la relation étroite liant l'organe de la société avec le contractant et de l'activité d'administration déployée pour le compte de la société contractante. Cet arrêt admet la responsabilité fondée sur la *culpa in contrahendo* de toute société qui, en lien ou non avec un groupe de sociétés, conduit les affaires d'une autre société, dans l'hypothèse où l'organe de la première société abuse de la confiance d'un partenaire dans le cadre de pourparlers contractuels pour le compte de la société administrée. Elle n'est pas déchargée de cette responsabilité pour le motif que son organe fautif est en même temps l'organe de la société contractante, dans la mesure où le fait que deux postes sont occupés par la même personne engendre également une relation particulière entre le tiers et elle, en sa qualité de « société chargée de la gestion »; cette relation particulière est source de responsabilité⁵⁵. D'un point de vue systématique, cet arrêt est en accord avec la conception admise désormais par le Tribunal fédéral, selon laquelle une personne morale peut aussi être l'organe de fait d'une autre⁵⁶. Comme la *culpa in contrahendo* fonde en outre la responsabilité personnelle de l'organe fautif pour dommage direct causé au créancier selon l'art. 754 CO⁵⁷, il en résulte que, dans la constellation qui nous intéresse ici, la société contractante, la société qui administre cette

⁵⁴ Sur ce sujet en particulier MARTIN MOSER, Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten, 1998; SAMUEL SIEGRIST, Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach schweizerischem Recht, thèse Zurich 1997.

⁵⁵ 4C.202/2002 du 30.10.2002, consid. 4.

⁵⁶ ATF 132 III 523 consid. 4.5; voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 47/01 du 11.3.2002, consid. D.4/d. Sur l'ensemble PETER R. ISLER, Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation in Verantwortlichkeitsprozessen, in: Weber/Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, 2008, p. 87 ss, p. 108 ss avec références supplémentaires.

⁵⁷ ATF 131 III 306 consid. 3.1.2.

dernière et l'organe agissant pour les deux sociétés sont solidairement responsables envers le lésé⁵⁸. D'un point de vue dogmatique, cette responsabilité présente tous les aspects d'une responsabilité fondée sur la confiance.

La responsabilité de l'expert envers les tiers est une forme spéciale de *culpa in contrahendo*⁵⁹. Elle peut être engagée lorsqu'un expert délivre, intentionnellement ou par négligence, une expertise incorrecte dont il sait ou doit admettre que son donneur d'ordre l'utilisera lors de pourparlers contractuels avec un tiers et que celui-ci sera incité par l'expertise incorrecte à des investissements objectivement injustifiés⁶⁰. Des conditions particulières s'ajoutent à celles qui entrent généralement en considération pour admettre la responsabilité, à savoir que les circonstances réelles déterminantes n'aient pas changé entre la délivrance de l'expertise et son utilisation et que l'expertise soit effectivement utilisée aux fins auxquelles elle était destinée. Ces conditions n'étaient pas réunies dans le cas suivant: L'estimation de la valeur courante d'un bien foncier établie en vue de l'obtention d'un crédit hypothécaire fut communiquée par le propriétaire aux tiers intéressés deux ans plus tard, durant des pourparlers contractuels. C'est en vain que les acheteurs tentèrent de rendre l'auteur de l'expertise responsable du dommage résultant du fait que, faute d'indications correspondantes dans le rapport d'expertise, ils avaient cru à tort que le bien ne comportait aucun défaut. L'action en dommages-intérêts des acheteurs tendant à obtenir le remboursement des coûts de réparation des défauts a été rejetée⁶¹.

La conception du Tribunal fédéral quant au contrat avec effet protecteur des tiers demeure ouverte. Tandis que la jurisprudence plus ancienne sur la responsabilité fondée sur la confiance laissait entendre qu'elle reconnaissait en tout cas l'institution juridique comme un fondement subsidiaire de prétentions juridiques⁶², la jurisprudence récente indique qu'une telle responsabilité n'a jamais été fondamentalement reconnue dans la jurisprudence

⁵⁸ Art. 50/51 en rapport avec l'art. 99 al. 3 CO; ATF 115 II 42 consid. 1b; BSK-WIEGAND, 2007, n. 22 sur l'art. 99 CO.

⁵⁹ Dans l'ATF 131 III 345, le Tribunal fédéral a traité la question de la responsabilité d'une manière quelque peu déconcertante sous l'angle double de la *culpa in contrahendo* (consid. 1) et de la responsabilité fondée sur la confiance en général (consid. 2). Il est plus juste d'examiner la *culpa*, lorsque les intérêts de son donneur d'ordre défendus par l'expert sont opposés à ceux du tiers (position de l'expert en tant que complice de la *culpa* de son donneur d'ordre), tandis que la question d'un contrat comportant un effet de protection pour les tiers se pose, lorsque les intérêts du donneur d'ordre et du tiers se rejoignent.

⁶⁰ ALAIN HIRSCH, La responsabilité des experts envers les tiers, in: Chappuis/Winiger (n. 1); p. 77 ss.

⁶¹ ATF 130 III 345; sur ce sujet WIEGAND (n. 32), *ibid.*

⁶² WALTER, in: Chappuis/Winiger (n. 1), p. 156 s. avec référence à l'arrêt 4C.194/1999 du 18.1.2000 et SJ 2000 I 549.

actuelle⁶³. Par conséquent, on reste dans l'attente d'une clarification par le Tribunal fédéral de cette incertitude, quand bien même, selon la conception défendue ici, l'on doit partir du point de vue qu'un effet du contrat à l'égard des tiers doit être clairement approuvé lorsque les conditions de la responsabilité fondée sur la confiance sont réalisées⁶⁴.

5. Les modalités de la prétention en réparation

Il découle de ce qui précède que la responsabilité fondée sur la confiance est une responsabilité pour violation d'un devoir de comportement. Ce devoir de comportement est d'autre part un devoir juridique fondé sur les règles de la bonne foi, qui constitue ainsi un véritable devoir ou obligation. L'inexécution ou la mauvaise exécution de cette obligation (primaire) fonde une prétention en réparation qui trouve son fondement juridique à l'art. 97 al. 1 CO, selon la conception soutenue ici. Le fondement juridique uniforme de toutes les violations de devoirs juridiques ne signifie cependant pas que la prétention en réparation sera nécessairement traitée selon des modalités, elles aussi, uniformes. Il convient d'examiner notamment les questions liées au dommage réparable, à la responsabilité pour les auxiliaires, la prescription et la répartition du fardeau de la preuve.

5.1. Le dommage

Le dommage à réparer correspond toujours à la valeur patrimoniale d'un intérêt auquel il a été porté préjudice⁶⁵. S'il s'agit de la violation d'une créance, la question se pose de savoir quel intérêt doit servir de base de calcul. A cet égard, le trias de l'intérêt positif (intérêt à la bonne exécution du contrat, «Erfüllungsinteresse»), l'intérêt négatif (intérêt à la non conclusion du contrat, «Vertrauensschaden») et l'intérêt au maintien ou à l'intégrité du patrimoine («Erhaltungsinteresse/Integritätsinteresse») s'est imposé en droit des contrats⁶⁶. L'intérêt à la bonne exécution de la créance violée est qualifié de positif, celui découlant de la confiance déçue en l'existence d'une créance ou en l'observation loyale d'un devoir de comportement juridiquement pertinent

⁶³ ATF 130 III 345 consid. 1.

⁶⁴ De même avis WIEGAND (n. 32), 623.

⁶⁵ «*It quod interest*» au sens propre (WOLFGANG KUNKEL/HEINRICH HONSELL, *Römisches Recht*, 1987, p. 224 rem. 4).

⁶⁶ Voir BK-WEBER, 2000, n 165 ss. sur l'art. 99 CO; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2003, ch. 7221 ss; NIKLAUS LÜCHINGER, *Schadenersatz im Vertragsrecht*, 1999, p. 15.

est qualifié de négatif. Ces deux intérêts s'excluent mutuellement⁶⁷. L'intérêt à l'intégrité est l'intérêt du créancier au maintien de l'intégrité de ses biens juridiques absolument protégés. Il peut, le cas échéant, conduire à la réparation cumulativement avec l'intérêt positif ou négatif.

La violation de devoirs de comportement extra-contractuels peut se manifester par la déception d'attentes légitimes fondées sur la bonne foi. Comme, en règle générale, ces devoirs de comportement ne donnent pas un droit à l'exécution de l'obligation qui puisse être poursuivi en justice, l'intérêt positif ne constitue pas un critère approprié pour le calcul du dommage. Par conséquent, dans le cas normal c'est l'intérêt négatif, soit le dommage résultant de la confiance déçue, qui doit être réparé. Le créancier bénéficie d'une protection négative de sa confiance, ce qui signifie qu'il doit être placé dans la situation qui serait la sienne s'il n'avait pas fait confiance. La protection de sa confiance légitime permet au créancier de recouvrer l'intérêt négatif, c'est-à-dire qu'on le place dans la situation patrimoniale où il se trouverait s'il n'avait pas fait confiance⁶⁸. Le Tribunal fédéral a parfois également désigné l'intérêt à l'intégrité comme déterminant, sans toutefois se examiner plus amplement cette notion⁶⁹.

Dans des cas isolés, la loi protège la confiance légitime du créancier et permet à celui-ci de recouvrer l'intérêt positif, c'est-à-dire l'intérêt à être placé dans la situation patrimoniale qui serait la sienne si sa confiance n'avait été déçue. L'on peut considérer en particulier les prétentions fondées sur l'équité de l'art. 26 al. 2 CO relatif à la responsabilité de celui qui commet une erreur par négligence, et de l'art. 39 al. 2 CO relatif à la responsabilité du représentant sans pouvoirs, ainsi que le droit du partenaire trompé de demander des dommages-intérêts en vertu de l'art. 31 al. 3 CO. Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion d'accorder l'intérêt positif dans le cadre de la responsabilité fondée sur la confiance⁷⁰, mais cet arrêt n'a pas reçu un accueil favorable⁷¹. Ce non-obstant, se fondant sur des arguments de poids de la doctrine dans un jugement récent, le Tribunal fédéral n'a pas exclu que la confiance éveillée puisse à la rigueur fonder une prétention en réparation de l'intérêt positif, lorsque la partie lésée comptait sur une prestation contractuelle qui, en fin de compte, ne fait pas l'objet du contrat. Ceci ne doit d'ailleurs – à juste titre – valoir que

⁶⁷ BK-WEBER, 2000, n. 165 sur l'art. 99 CO avec références.

⁶⁸ LOSER (n. 4), ch. 1237.

⁶⁹ ATF 124 III 363 consid. II/5b.

⁷⁰ 4C.299/1998 du 7.1.1999 (Monte Rosa).

⁷¹ EUGEN BUCHER, Was man aus einem Fall von „Putativ-Vertrauenshaftung“ lernen kann, recht 2001, p. 68; WOLFGANG WIEGAND, Formungültigkeit und Vertrauenshaftung – Bemerkungen zu einem bemerkenswerten Urteil des Bundesgerichts, recht 1999, p. 225; JÖRG SCHMID, remarques in: BR/DC 1999, 155 (n° 281).

dans des cas exceptionnels, car la première préoccupation des contractants doit être de régler par consentement les termes du contrat; en principe, des prestations principales non couvertes par l'accord ne sont pas dues. Mais le Tribunal fédéral a réservé le cas où la conclusion d'un contrat ne peut être réalisée en raison de l'équilibre des forces en présence ou d'un rapport de dépendance du partenaire et que la renonciation à l'affaire n'est pas acceptable pour celui qui a accordé à tort sa confiance. Au demeurant, la protection de la confiance légitime se manifeste dans cette constellation davantage sous forme d'obligation de conclure que sous forme de prétention en réparation⁷². Finalement, la responsabilité évoquée a aussi conduit à établir la responsabilité d'une société d'assurances pour défaut d'information sur la nullité partielle du contrat en raison de l'interdiction de s'assurer de manière rétroactive et à la réparation de l'intérêt positif⁷³.

Si l'on prend au mot les art. 43 et 99 CO, le juge dispose d'un vaste pouvoir d'appréciation dans le calcul du dommage à réparer. En outre, la responsabilité fondée sur la confiance n'est pas régie de manière exhaustive par la loi et peut donc faire l'objet d'une création prétorienne en vertu de l'art. 1 al. 2 CC. Ceci justifie pleinement, dans des constellations particulières, notamment en cas de perfidie de celui qui viole la confiance, d'accorder la réparation de l'intérêt positif⁷⁴.

5.2. Responsabilité pour les auxiliaires

Si la confiance est éveillée ou déçue par un auxiliaire, la responsabilité repose sur les principes de l'art. 101 CO. Ceci correspond également à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral et à la doctrine dominante sur la responsabilité pour *culpa in contrahendo*⁷⁵.

⁷² ATF 133 III 449 consid. 4.1 en se référant à LOSER (n. 4), ch. 971 et 981, ainsi que CANARIS (n. 8), pp. 355, 366 et 369. Pour le résultat comme ici JÖRG SCHMID, BR/DC 2008, 69 (n° 134), qui part d'une obligation de contracter (d'un lien obligationnel reposant sur la confiance) et non de la responsabilité fondée sur la confiance.

⁷³ 5C.45/2005 du 9.7.2004; voir à ce sujet supra ch. 4.2.3.

⁷⁴ Voir à ce sujet p.ex. GÖTZ VON CRAUSHAAR, Der Einfluss des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung, 1969, p. 38 ss; DIETER MEDICUS, Ansprüche auf das Erfüllungsinteresse aus Verschulden bei Vertragverhandlungen?, in: FS Lange, 1992, p. 539 ss; pour un avis défavorable ANDRÉ POHLMANN, Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten, 2002, p. 122.

⁷⁵ ATF 108 II 419 E. 5; BSK-WIEGAND, 2007, Introduction aux art. 97-109 CO, n. 10 avec références, également aux opinions divergentes; CHK-FURRER/WEY, 2007, n. 13 sur l'art. 97-98 CO.

5.3. Prescription

La prescription des prétentions en réparation découlant de la responsabilité fondée sur la confiance n'est pas fixée par la loi et doit donc être déterminée par le juge dans le cadre d'un raisonnement par analogie. Comme la responsabilité fondée sur la confiance est située entre la responsabilité contractuelle et délictuelle, la question se pose de savoir si le délai doit être fixé en fonction de l'art. 60 CO ou de l'art. 127 CO, voire de l'art. 128 CO. La norme générale de l'art. 127 CO et l'exigence d'une relation étroite de confiance donnent à entendre, qu'en principe, c'est le délai de prescription décennal de l'art. 127 CO qui devrait être retenu. La doctrine dominante défend de manière convaincante cette manière de voir⁷⁶; quant au Tribunal fédéral, dans sa jurisprudence récente, il reste, même récemment, attaché à sa jurisprudence, selon laquelle les prétentions en réparation découlant de la responsabilité fondée sur la confiance sont soumises au délai de prescription du droit aquilien⁷⁷. La motivation de cet arrêt laisse entendre que la jurisprudence est cimentée jusqu'à nouvel ordre. *Lousonna locuta, causa finita*. «Les tribunaux fédéraux les plus élevés se trompent aussi, mais leurs erreurs passent en force de chose jugée»⁷⁸.

5.4. Fardeau de la preuve

Les devoirs de comportement ne donnent en règle générale aucun droit à l'exécution en nature, ce qui a pour conséquence que le débiteur n'a plus la charge de prouver que l'exécution conforme est intervenue ou a été offerte. C'est donc au créancier qu'il appartient de prouver les conditions de la responsabilité fondée sur la confiance (confiance éveillée et déçue, dommage et lien de causalité), à l'exception toutefois de la faute du défendeur. Si la prétention en réparation se fonde sur l'art. 97 CO, l'on doit appliquer la règle du fardeau de la preuve qui y est prévue. Au demeurant, le débiteur recherché sur la base de la responsabilité fondée sur la confiance a aussi la possibilité d'opposer à la preuve de la causalité apportée par le créancier, la preuve contraire de ce que le dommage serait survenu même s'il avait satisfait au devoir de renseigner⁷⁹.

⁷⁶ Démonstration chez BSK-WIEGAND, 2007, Introduction aux art. 97-109 CO, n. 10; CHK-FURRER/WEY, n. 135 sur les art. 97-98 CO.

⁷⁷ ATF 134 III 390.

⁷⁸ BERND RÜTHERS, *Rechtstheorie*, 1999, p. 180.

⁷⁹ ATF 133 III 121 consid. 4.1.3.

Le devoir d'information de l'Etat

FRANÇOIS BELLANGER*

Table des matières

I.	Introduction	175
II.	Le devoir d'information de l'Etat	176
A.	L'information active ou le devoir d'informer	176
1.	L'organisation des services d'information	177
a)	La structure générale des services d'information	177
b)	Le porte-parole du Conseil fédéral	178
2.	Le contenu de l'information	180
a)	Les règles générales	180
b)	Les règles spéciales	184
i.	L'information dans le cadre des votations	184
ii.	L'information spécialisée	185
B.	L'information passive ou le droit à l'information	187
III.	La violation du devoir d'information	190
A.	L'action en responsabilité	190
B.	Le droit de recours	197
IV.	Conclusion	198

I. Introduction

L'information est un élément essentiel, voire vital, de notre société. Nous vivons dans un environnement où jamais l'information n'a été aussi omniprésente et, en apparence, aussi facilement accessible. La crise financière, qui a débuté en 2008, illustre une version paroxysmique des effets d'une intense information, de la découverte du fait que des informations que l'on croyait justes étaient en fait erronées, ou encore de la crainte de l'absence d'information.

L'Etat a naturellement un rôle à jouer en matière d'information. Pour cerner l'étendue de cette mission et en définir les modalités, la Confédération s'est donnée un cadre juridique.

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève, avocat au barreau de Genève. Nous remercions Madame Roswitha Petry, assistante à la Faculté de droit, qui a participé à la mise au point de l'appareil critique qui accompagne ce texte.

Selon l'article 180, alinéa 2, de la Constitution fédérale¹, le Conseil fédéral doit renseigner le public sur son activité en temps utile et de manière détaillée, dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose. Cette disposition constitutionnelle fonde le devoir d'information active et passive de la Confédération.

L'information active concerne la diffusion spontanée de nouvelles ou documents par le gouvernement ou l'administration au sujet de l'activité de l'Etat ou de la vie des citoyens.

L'information passive vise la réponse aux demandes d'accès de citoyens à des documents de l'administration. Il s'agit dans ce cas, de garantir la transparence des activités administratives, dans le respect de la protection des données ou d'autres intérêts prépondérants².

Dans le cadre de cet article, nous allons aborder successivement ces deux aspects du devoir d'information. Dans une première partie, nous définissons le contenu de l'obligation imposée à l'Etat au regard du droit fédéral (II). Dans une seconde partie, nous examinerons les conséquences d'une violation de ses obligations par l'Etat et nous déterminerons en particulier les moyens à disposition des citoyens pour obtenir la réparation du préjudice qu'ils pourraient avoir subi (III). Nous approfondirons en particulier les liens entre le devoir d'information active et l'éventuelle responsabilité de l'Etat. En revanche, nous ne traiterons pas la problématique de la bonne foi de l'administration suite à des assurances qu'elle aurait pu donner. Cette question vise une garantie constitutionnelle particulière et ne concerne pas directement le devoir général d'information de l'Etat.

II. Le devoir d'information de l'Etat

A. L'information active ou le devoir d'informer

L'article 180, alinéa 2, Cst. est la source du devoir d'informer de l'Etat, soit son obligation de diffuser activement une information objective, rapide et complète sur son activité. Afin de déterminer comment l'information est diffusée et avec quel contenu, il faut examiner l'organisation des services d'information de l'administration (1.) et le contenu de l'information diffusée (2.).

¹ RS 101; « Cst. ».

² Pour les notions d'information active et passive, voir également K. SPOERRI, F. VARONE, « La transparence administrative à l'épreuve des usagers: une évaluation exploratoire dans cinq cantons », in *LeGes* 2008, pp. 89/92-93 et les références citées.

1. *L'organisation des services d'information*

a) *La structure générale des services d'information*

L'article 10 de la Loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration³ charge le Conseil fédéral d'assurer l'information de l'Assemblée fédérale, des cantons et du public. Il doit informer de manière cohérente, rapide et continue sur son appréciation de la situation, sa planification, ses décisions et les mesures qu'il prend. Sont réservées les dispositions particulières relatives à la sauvegarde d'intérêts prépondérants, publics ou privés. L'article 11 LOGA précise en outre que le Conseil fédéral cultive ses relations avec le public et s'informe des opinions de la population ainsi que de ses préoccupations⁴.

Ces dispositions sont complétées par l'article 23, alinéas 1 & 3 de l'Ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration⁵ qui prévoit que la Chancellerie fédérale est responsable, en collaboration avec les départements, de l'information de l'Assemblée fédérale, des cantons et du public portant sur les décisions et les intentions du Conseil fédéral, ainsi que sur les mesures qu'il prend. Elle assure la planification indispensable de la diffusion de l'information et élabore les principes régissant la politique de communication du Conseil fédéral.

Cette mission gouvernementale ne serait pas suffisante pour assurer une information complète compte tenu de la marge de manœuvre dont dispose chaque Conseiller fédéral au sein de son département. En conséquence, chaque chef de département est responsable de l'information et de la communication dans son domaine (art. 23 al. 2 OLOGA); il doit prendre, en accord avec la Chancellerie fédérale, les mesures nécessaires pour informer le public sur l'activité de son département (art. 40 LOGA). En outre, ils règlent les tâches d'information qui incombent aux unités qui leur sont subordonnées. En principe, un ou plusieurs responsables de l'information sont désignés dans le département.

Pour garantir la coordination de la communication au niveau fédéral, il appartient aux départements de respecter la ligne générale de la politique de communication du Conseil fédéral (art. 23 al. 2 OLOGA). La Chancellerie veille en collaboration avec la Conférence des services d'information de

³ RS 172.010; «LOGA».

⁴ Sur ce dernier volet des obligations du Conseil fédéral, voir D. BARRELET, «L'Etat entre le devoir d'informer et le désir de cultiver ses relations publiques», in *De la Constitution – Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, P. ZEN-RUFFINEN ET A. AUER (éd.), Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996, pp. 303/304 ss.

⁵ RS 172.010.1; «OLOGA».

la Confédération, de la coordination de l'information et de la communication; elle peut arrêter des instructions à cet effet (art. 23 al. 3 OLOGA)⁶. Cette conférence est composée du porte-parole du Conseil fédéral, qui la préside, et des responsables de l'information de chaque département; de plus, un représentant des Services du Parlement peut y participer, avec voix consultative (art. 54 al. 1 & 3 LOGA). Sa mission est de traiter les problèmes courants des départements et du Conseil fédéral en matière d'information, ainsi que de coordonner et de planifier l'information (art. 54 al. 2 LOGA).

Le chancelier de la Confédération assure également l'information interne entre le Conseil fédéral et les départements (art. 34 al. 2 LOGA), ce qui est nécessaire pour garantir une bonne coordination des communications.

Enfin, si les circonstances le justifient, le Conseil fédéral a toujours la faculté de centraliser l'information et la communication auprès du président de la Confédération, de la Chancellerie fédérale, d'un département ou d'une unité administrative (art. 23 al. 4 OLOGA).

b) Le porte-parole du Conseil fédéral

Selon l'article 10a LOGA, le Conseil fédéral désigne un membre de la direction de la Chancellerie fédérale comme porte-parole du Conseil fédéral. Ce dernier est chargé d'informer le public sur mandat du Conseil fédéral et de coordonner les activités d'information entre le Conseil fédéral et les départements. Ce porte-parole est directement responsable de l'information au public (art. 34 LOGA).

Cette disposition a été introduite dans la LOGA le 1^{er} septembre 2000⁷, suite à un rapport de la Commission de Gestion du Conseil national concernant les activités déployées par le Conseil fédéral et l'administration fédérale en matière d'information lors de situations extraordinaires du 29 mai 1997⁸, mis en œuvre par une initiative parlementaire du 27 janvier 1999⁹. L'objectif de cette réforme était de répondre aux principaux problèmes constatés par la Commission de gestion à la lumière de trois situations de crise, l'affaire Nyffenegger, celle de la vache folle et enfin l'accord d'indemnisation entre la Suisse et la Pologne: le manque de coordination et l'absence de transparence dans le processus gouvernemental.

⁶ Voir également Message du Conseil fédéral du 20 octobre 1993 concernant la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA), FF 1993 III 949, p. 1018.

⁷ RO 2000 2095.

⁸ Ce rapport est publié à la FF 1997 III 1401.

⁹ FF 1999 2324.

S'agissant de la coordination, ce rapport a notamment relevé les difficultés pouvant être provoquées par le système collégial du gouvernement, qui connaît parfois des faiblesses, durant les phases difficiles et en situation de crise, lorsqu'il est important d'expliquer la manière d'agir du gouvernement. En particulier, l'étalage de divergences d'opinions en public nuit à la crédibilité du gouvernement et à l'intelligibilité de sa politique¹⁰.

La réponse donnée fut la professionnalisation des activités d'information au sujet des affaires de la Confédération, respectivement des événements d'importance nationale. Le poste de porte-parole de la Confédération a ainsi été créé.

De plus, en chargeant dans certaines situations un porte-parole de communiquer pour lui, le Conseil fédéral résout en partie les problèmes de communication liées au système collégial. En effet, si chaque membre du Conseil fédéral est libre de choisir la manière de s'adresser au public, lors d'événements importants ou pour toutes les affaires communes, il apparaît préférable de donner une image coordonnée de l'action gouvernementale. Il suffit de déclarations contradictoires ou même simplement non coordonnées de deux conseillers fédéraux pour donner l'impression d'une politique non concertée et pour faire perdre de sa crédibilité à l'action gouvernementale¹¹, voire de créer une situation susceptible d'engendrer la responsabilité de la Confédération. L'existence d'un porte-parole de la Confédération est censée éviter ces écueils. En conséquence, en principe, pour les affaires importantes, le président de la Confédération a la responsabilité de l'information à la population. Il peut s'appuyer à cet effet sur le porte-parole du Conseil fédéral. Celui-ci fournit un appui professionnel dans ce domaine. De la sorte, en cas d'événements importants ou de situation de crise, avec une coordination de l'information dès l'origine, il doit être possible d'assurer une communication complète, cohérente et sans contradiction, ce qui ne fut pas le cas dans les trois affaires examinées par la Commission de gestion¹².

Il est intéressant de relever que la mission du porte-parole va au-delà de l'appui au Conseil fédéral pour sa communication. Il doit avoir en outre un rôle pro-actif pour la collecte et la diffusion de l'information. Selon le rapport de la Commission de gestion, sa tâche est aussi « d'ouvrir des canaux d'information au sein de l'administration fédérale de manière à permettre au Conseil fédéral de trouver et d'accéder rapidement et à temps à l'information

¹⁰ Rapport précité note 8, p. 1406 s.

¹¹ Rapport précité note 8, p. 1438 s.

¹² Rapport précité note 8, p. 1439.

importante»¹³. Il doit également «reconnaître les besoins internes et externes en matière d'information, coordonner l'information du public, gérer l'information ou amener le Conseil fédéral à le faire et le soutenir dans cette activité»¹⁴. Le porte-parole du Conseil fédéral remplit donc un rôle central dans la gestion et la coordination de l'information.

2. *Le contenu de l'information*

a) *Les règles générales*

La notion d'«information» visée à l'article 10, alinéa 1, LOGA est très large. Elle vise toutes les annonces et déclarations des autorités sous la forme de faits, d'avis, de renseignements, d'explications, ou encore de communication de documents. Il s'agit donc d'une information ouverte, vaste et communiquée de manière systématique.

L'article 10, alinéa 2, LOGA fixe les lignes directrices relatives aux modalités de l'information en imposant qu'elle soit «cohérente, rapide et continue». En revanche, cette norme ne détermine pas le contenu minimal des informations ; elle fixe juste le champ devant être couvert par l'information : la planification du Conseil fédéral, ses décisions et les mesures qu'il prend.

L'article 10, alinéa 3, LOGA pose quant à lui les limites de l'information diffusable. L'existence d'intérêts publics ou privés prépondérants peuvent s'opposer à la communication d'informations. La définition précise des intérêts concernés dépend principalement de règles spéciales, comme la Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données¹⁵ ou le secret de fonction, qui vont imposer de ne pas divulguer certaines informations¹⁶.

La LPD régit le traitement de données concernant des personnes physiques et morales effectué par des personnes privées ou des organes fédéraux ; est à ce titre organe fédéral toute autorité, service fédéral ou personne chargée d'une tâche de la Confédération (art. 2 al. 1 et 3 litt. h LPD). La collecte et le traitement de données personnelles doivent se faire de manière licite et dans le respect des principes de la bonne foi, de la proportionnalité et dans le but qui leur est assigné (art. 4 LPD). Depuis le 1^{er} juillet 2006¹⁷, la

¹³ Rapport précité note 8, p. 1441.

¹⁴ Rapport précité note 8, p. 1441.

¹⁵ RS 235.1; «LPD».

¹⁶ Message du Conseil fédéral du 20 octobre 1993 concernant la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA), FF 1993 III 949, p. 1018.

¹⁷ Le nouvel alinéa 1bis de l'art. 19 LPD a été introduit lors de l'entrée en vigueur de la Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de transparence dans l'administration.

coordination entre les obligations découlant de la LPD et le devoir d'information active incombant aux autorités est réglée à l'article 19, alinéa 1bis, LPD. Cette disposition autorise en tant que de besoin les autorités fédérales à communiquer des données personnelles dans le cadre de l'information au public, si les données concernées sont en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques et pour autant que la communication réponde à un intérêt public prépondérant.

Les employés de la Confédération sont soumis au secret de fonction (art. 22 de la Loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération¹⁸). Depuis l'entrée en vigueur de la Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la transparence de l'administration¹⁹, la portée du secret de fonction est définie au regard de cette loi: le secret de fonction ne s'applique que pour les informations soustraites au droit d'accès selon la LTrans²⁰, à savoir pour des informations à la divulgation desquelles un intérêt public ou privé prépondérant s'oppose; constituent de tels intérêts, notamment, le risque d'entrave à l'exécution de mesures prises par une autorité, le risque de voir la sûreté nationale, les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure, les relations confédérales ou la politique économique ou monétaire compromises, des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication, ou des informations fournies par un tiers à une autorité qui en a garanti le secret (art. 7 LTrans).

L'étendue des informations devant être diffusées par la Confédération doit donc être appréciée en fonction de ces paramètres. Une information aussi ouverte et vaste que possible doit être fournie, sous la seule limite du secret devant être préservé pour tenir compte soit des intérêts de tiers, par exemple en cas de procédure judiciaire, soit de l'intérêt public, par exemple pour des motifs de sécurité ou pour garantir une procédure correcte de décision²¹. En conséquence, l'action du Conseil fédéral doit faire l'objet d'une information aussi complète que possible, sous la seule réserve de cas exceptionnels.

¹⁸ RS 172.220.1; «LPers».

¹⁹ RS 152.3; «LTrans».

²⁰ Message du Conseil fédéral du 12 février 2003 relatif à la Loi fédérale sur la transparence de l'administration (LTrans), FF 2003 1807, p. 1821.

²¹ Dans un communiqué du 15 février 2006, le Conseil fédéral a annoncé qu'il renonçait à la publication de documents avant leur mise au point et la prise d'une décision politique sur ceux-ci. En particulier, il a considéré que les documents destinés à la consultation des offices ne sont que des avant-projets dont la diffusion prématurée exposerait de manière excessive le gouvernement à la pression du public, dès lors que la consultation des offices est une procédure interne ayant pour but de coordonner la compréhension technique du projet au sein de l'administration et non d'associer le public à son élaboration. Pour soutenir sa position, il a relevé que l'art. 8 al. 2 LTrans prévoit que l'accès à de tels documents n'est autorisé qu'après que la décision dont ils constituent la base a été prise.

La Conférence des Services d'information de la Confédération s'est fondée sur ce principe pour édicter en 2003 des Lignes directrices²². Ce document, qui sert de complément à la LTrans, définit, à l'intention du Conseil fédéral et de l'administration fédérale, le rôle de l'information et de la communication. Il fixe également les principes et règles applicables en la matière. Il exige des organes chargés de l'information qu'ils informent le public de manière active, objective et complète, et en temps utile, de l'appréciation d'une situation, des décisions prises, des raisons ayant motivé ces décisions et des mesures adoptées²³.

Selon ces lignes directrices, l'information émanant du Conseil fédéral et de son administration est régie par les principes suivants²⁴.

En premier lieu, l'information est active; cela signifie que l'administration doit alimenter de manière rapide et continue les communications à la population. De la sorte, non seulement l'administration remplit son obligation d'informer, mais elle peut également limiter le risque de fausses rumeurs ou nouvelles.

En deuxième lieu, l'information est diffusée de manière complète, de façon continue et en temps utile: tous les chiffres et faits, même négatifs, doivent être communiqués de façon détaillée et complète, sans délai. Si la communication ne peut être faite de suite, une justification doit être donnée lorsque l'information devient accessible. Dans le même sens, la continuité de la diffusion de l'information impose de communiquer sur les différentes étapes de l'action gouvernementale. Les lignes directrices exigent ainsi que les résultats partiels, les variantes et les étapes intermédiaires soient présentés au public.

En troisième lieu, l'information doit être objective et conforme à la vérité. Les lignes directrices interdisent à ce titre « la propagande, la suggestion, la manipulation, la dissimulation, la tromperie et la désinformation ».

En quatrième lieu, l'information est communiquée de façon cohérente et coordonnée; il s'agit de préserver un gouvernement s'exprimant d'une seule voix, même si l'existence de divergences peut être mentionnée. La coor-

²² Lignes directrices « Information et communication du Conseil fédéral et de l'administration fédérale » établies par la Conférence des Services d'information de la Confédération (CSIC), disponibles à l'adresse www.admin.ch/dokumentation/00006/00037/index.html?lang=fr (état du lien au 28 avril 2009).

²³ Communiqué de presse du Conseil fédéral du 12 février 2003, disponible à l'adresse www.admin.ch/cp/f/3e4a173c_1@presse1.admin.ch.html (état du lien au 28 avril 2009).

²⁴ Voir également S. FÜZESSÉRY, « Le devoir d'information des autorités: l'autre face de la transparence administrative », in A. FLÜCKIGER (éd.), *La mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration*, Schulthess 2006, pp. 81/82-83.

dination des communications de différentes autorités doit également être assurée.

En cinquième lieu, la source des informations doit toujours être identifiée pour garantir la transparence de la communication.

En sixième lieu, l'information est diffusée dans le respect des intérêts publics ou privés prépondérants qui pourraient être lésés²⁵.

Enfin, la communication se fonde sur une culture de dialogue avec la population et sur la prise en compte des besoins particuliers des groupes-cibles éventuels de la communication et des médias²⁶.

D'un point de vue pratique, au sein de l'administration fédérale, la section information et communication s'occupe des relations publiques du Conseil fédéral. Ses principales attributions sont²⁷ :

- Annonce et diffusion des décisions du Conseil fédéral.
- Rédaction et publication des explications du Conseil fédéral pour les votations fédérales.
- Soutien à la communication du Conseil fédéral et des départements prenant aussi bien la forme de conseils en relations publiques que de la préparation de brochures destinées au grand public.
- Informations sur les dossiers de la Chancellerie fédérale, destinées principalement aux médias.
- Gestion du Centre de presse du Palais fédéral et accréditation des journalistes.
- Gestion du forum politique de la Confédération, qui est un lieu de dialogue politique exploité conjointement par les Services du Parlement et la Chancellerie fédérale.
- Réponses aux centaines de lettres que des citoyens adressent annuellement au Conseil fédéral pour faire part de leurs préoccupations ou de leurs suggestions.

²⁵ Voir, sur ce point, U. SAXER, « Öffentlichkeitsinformationen von Behörden im Rechtsstaat », *in* MédiaLex 1/04, pp. 19/22 ss.

²⁶ Conformément à l'ordonnance du 30 novembre 2007 sur l'accréditation des correspondants des médias (RS 170.61; « OAccr »), les journalistes qui, dans l'exercice de leur profession, doivent pouvoir accéder au Centre de presse du Palais fédéral et au Palais du Parlement peuvent demander une accréditation ou une autorisation d'accès à la Chancellerie fédérale (www.bk.admin.ch/org/bk/00346/00347/04702/index.html?lang=fr&unterseite=yes, état du lien au 28 avril 2008).

²⁷ Voir la section « Information et communication » de la Chancellerie fédérale à l'adresse www.bk.admin.ch/org/bk/00346/00347/index.html?lang=fr (état du lien au 28 avril 2009).

La section cyberadministration de la Chancellerie gère, quant à elle, le portail Internet www.ch.ch et la page d'accueil du portail www.admin.ch de l'administration fédérale. Elle maintient la présence de la Chancellerie fédérale et du Conseil fédéral sur Internet, par exemple en assurant la transmission sur Internet de la conférence de presse hebdomadaire du Conseil fédéral. Enfin, elle remplit des tâches de coordination et d'information dans le domaine de la cyberadministration.

b) Les règles spéciales

i. L'information dans le cadre des votations

En vertu de l'article 34 Cst., les résultats des élections et des votations doivent refléter de manière fidèle et sûre la volonté des citoyens. Le Conseil fédéral et l'administration ont donc l'obligation de veiller à ce que les citoyens puissent se forger librement leur opinion.

L'idée selon laquelle la volonté démocratique doit se former à l'abri de toute influence étatique ne correspond guère à la réalité: une information active de la population fait partie des tâches du gouvernement, et celui-ci doit pouvoir, comme tous les intéressés, participer au débat politique en apportant tous les arguments permettant de trouver la solution politique la plus juste, et cela non seulement par une information objective, mais aussi au moyen de jugements de valeur. Il s'agit également pour l'Etat de contrebalancer, dans une certaine mesure, les prises de position souvent unilatérales des groupes de pressions influents de la société civile²⁸.

Partant, le Conseil fédéral doit en particulier marquer sa présence en répondant aux questions, en clarifiant les incertitudes, en se prononçant sur les nouveaux arguments lancés dans le débat et en montrant les implications des projets soumis au vote. Le corps électoral a par ailleurs le droit de connaître non seulement l'avis du gouvernement sur un projet, mais aussi les motifs qui l'ont amené à penser ainsi. Si l'autorité doit en principe se limiter à diffuser une information objective, elle n'est pas tenue à la neutralité²⁹. Le Conseil fédéral et l'administration doivent notamment pouvoir intervenir lorsque des tiers menacent la libre formation de l'opinion et de la volonté en diffusant des informations fallacieuses ou trompeuses. Enfin, le Conseil fédéral et l'administration sont tenus d'informer le public des éléments nouveaux dont la connaissance est indispensable pour pouvoir se prononcer en toute objectivité sur un projet donné.

²⁸ P. MAHON, « L'information par les autorités », in ZSR/RDS 1999 II, p. 199 ss, qui défend un droit d'intervention plus large de l'autorité, pp. 243-244.

²⁹ ATF 117 Ia 41, consid. 5.

Les informations communiquées en matière électorale par le Conseil fédéral et l'administration doivent respecter les exigences générales de continuité, de transparence et d'objectivité, mais aussi le principe de proportionnalité³⁰. Ainsi, s'il est admis que le Conseil fédéral recommande au peuple d'accepter ou non un projet et qu'il lui adresse un message explicatif, une intervention plus importante dans le débat ne se justifie qu'exceptionnellement et doit répondre à des motifs pertinents. Les interventions qui faussent le débat en raison de la supériorité de l'autorité par rapport aux autres participants à la campagne sont en tout cas inadmissibles³¹.

ii. L'information spécialisée

Certaines normes fédérales spéciales imposent aux autorités un devoir particulier d'information. Trois exemples peuvent illustrer cette obligation :

Selon l'article 6 de la Loi fédérale sur la protection de l'environnement³², les autorités doivent renseigner le public de manière objective sur la protection de l'environnement et sur l'état des nuisances qui y portent atteinte. Les services spécialisés, visés à l'article 42 LPE, conseillent les autorités et les particuliers. Ils recommandent l'adoption de mesures visant à réduire les nuisances. Cette disposition vise le devoir général, incombant à l'autorité, d'informer le public, afin que sa connaissance du fait environnemental soit élargie. Dans un même temps, elle pose les standards minimaux en matière d'information, qui s'appliquent également en cas d'information spécifique et d'émission de recommandations, en particulier le devoir d'objectivité³³.

L'objet de l'information est défini de manière vaste comme la fourniture de renseignements sur la protection de l'environnement et sur l'état des nuisances qui y portent atteinte. Elle englobe donc tous renseignements à l'attention du public, notamment les informations relatives à l'application des lois (directives, ordonnances administratives) et au processus législatif, ou encore aux résultats des enquêtes sur les nuisances grevant l'environnement (art. 44 al. 1 LPE)³⁴. Quant à la matière, l'autorité est tenue d'informer sur l'impact sur l'environnement de l'exercice d'activités, de l'exploitation d'installations

³⁰ Voir le rapport de la Conférence des services d'information élargie « L'engagement du Conseil fédéral et de l'administration dans les campagnes précédant les votations fédérales », publié en novembre 2001 (Rapport GT CSIC) et disponible à l'adresse www.admin.ch/ch/f/pore/pdf/Eng_BR_f.pdf (état du lien au 28 avril 2009).

³¹ Arrêt du Tribunal fédéral du 4 septembre 2001, 1P.377/2001, consid. 3.

³² RS 814.01; « LPE ».

³³ D. THURNHERR, *Öffentlichkeit und Geheimhaltung von Umweltinformationen*, Zurich/Bâle/Genève 2003, pp. 188-189.

³⁴ Message du Conseil fédéral du 31 octobre 1979 relatif à une loi fédérale sur la protection de l'environnement, FF 1979 III 741, p. 776.

ou de l'utilisation de matières ou organismes³⁵. Concrètement, le site Internet de l'Office fédéral de l'environnement (OFEV) contient une information abondante³⁶. L'information et le relevé de données y sont mentionnés comme faisant partie des instruments de politique environnementale. Parmi ses nombreuses publications, l'OFEV diffuse par exemple des documents intitulés «rapports d'état». Ces documents sont destinés à donner un aperçu sur l'état de l'environnement dans de nombreux domaines dépendant de la protection de l'environnement, et présentent les liens entre les activités, les atteintes à l'environnement, la qualité de l'environnement, les conséquences et les mesures. L'OFEV édite également de nombreuses publications générales (Rapports annuels) ou portant sur des questions spécifiques. Les avis de droit commandés par l'OFEV sont également disponibles, ainsi que l'information quant au processus législatif concernant la LPE. Pour l'OFEV, la diffusion de l'information s'inscrit dans le cadre d'une démarche partenariale entre l'Etat et les citoyens.

Dans le même sens, l'article 12 de la Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur les denrées alimentaires et les objets usuels³⁷ demande à la Confédération de veiller à ce que le public soit informé des événements particuliers notables touchant la protection de la santé. Elle peut également informer le public des connaissances scientifiques d'intérêt général en matière de nutrition, utiles notamment à la prévention des maladies et à la protection de la santé. Cette disposition générale est complétée par l'article 43 LDAI relatif aux mises en garde publiques. Ainsi, lorsque les autorités d'exécution constatent que des denrées alimentaires, des additifs ou des objets usuels présentant un danger pour la santé ont été distribués à un nombre indéterminé de consommateurs, elles doivent en informer le public et lui recommander le comportement à adopter. Si la population de plusieurs cantons est menacée, il incombe aux autorités fédérales de publier des informations et des recommandations³⁸.

Enfin, l'article 3 de la Loi fédérale du 18 décembre 1970 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme³⁹ définit la mission d'information de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP). Il publie des relevés hebdomadaires, mensuels et annuels au sujet des maladies transmissibles et informe, s'il est nécessaire, les autorités, le corps médical et le public par d'autres com-

³⁵ D. THURNHERR, précité note 34, p. 168; P. TSCHANNEN, *Kommentar USG*, Zurich 2003, N° 14 ad art. 6 LPE.

³⁶ Le site Internet de l'OFEV se trouve à l'adresse www.bafu.admin.ch.

³⁷ RS 817.0; «Loi sur les denrées alimentaires» ou «LDAI».

³⁸ Voir par exemple les communiqués de presse diffusés sur le site de l'Office fédéral de la santé publique avisant la population de dangers liés à certains produits ou du retrait de produits du commerce: www.bag.admin.ch/aktuell/00718/index.html?lang=fr (état du lien au 28 avril 2009).

³⁹ RS 818.101; «Loi sur les épidémies» ou «LEp».

munications (art. 3 al. 1 & 2 de la Loi sur les épidémies), comme par exemple des brochures⁴⁰. En outre, il établit et diffuse des directives concernant la lutte contre les maladies transmissibles et l'utilisation d'agents pathogènes (art. 3 al. 3 de la Loi sur les épidémies). On peut se référer à ce sujet, par exemple, au plan suisse de Pandémie Influenza publié sur le site de l'OFSP, qui contient des recommandations adressées à la population et aux entreprises⁴¹.

B. L'information passive ou le droit à l'information

Le second volet du devoir d'information de l'Etat concerne le droit des citoyens à accéder à des documents qui n'ont pas été diffusés dans le public par l'administration. Les conditions d'accès aux documents ont été mises en place par l'adoption, le 17 décembre 2004, par le Parlement fédéral de la Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration, connue comme la LTrans. Selon son article 1, cette loi vise à promouvoir la transparence quant à la mission, l'organisation et l'activité de l'administration; elle contribue à l'information du public en garantissant l'accès aux documents officiels⁴².

La LTrans a eu un impact important sur le fonctionnement de l'administration fédérale en renversant le principe du secret des activités administratives⁴³ au profit de celui de la transparence. Il est important de signaler que la LTrans n'est pas applicable aux procédures judiciaires ou arbitrales (art. 3 al. 1 LTrans). Pour ces dernières, l'accès aux documents reste régi par la Loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'archivage⁴⁴. Un accès est envisageable uniquement après l'expiration d'un délai de protection de trente ans après le dépôt du dernier document dans le dossier, sous réserve d'un motif de prolongation

⁴⁰ Voir par exemple la brochure «Grippe saisonnière, grippe aviaire et grippe pandémique – bon à savoir / Informations importantes, pour vous-même et pour votre famille» disponible sur le site de l'OFSP à l'adresse www.bag.admin.ch/shop/00047/00261/index.html?lang=fr (état du lien au 28 avril 2009).

⁴¹ Ce plan est disponible sur le site de l'OFSP à l'adresse: www.bag.admin.ch/influenza/01120/01134/03058/index.html?lang=fr (état du lien au 28 avril 2009).

⁴² Pour un aperçu global, voir L. MADER, «Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes – Einführung in die Grundlagen», in B. EHRENZELLER (éd.), *Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes*, St-Gall 2006, p. 9 ss.

⁴³ La loi s'applique à l'administration fédérale, aux organismes et personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à l'administration fédérale, dans la mesure où ils édictent des actes ou rendent en première instance des décisions au sens de l'art. 5 de la Loi fédérale sur la procédure administrative, et aux Services du Parlement (art. 2 al. 1 LTrans). En revanche, elle ne s'applique pas à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), à la Banque nationale suisse et aux autorités désignées par le Conseil fédéral en raison de la nature ou de la faible importance de leurs tâches (art. 2 al. 2 LTrans).

⁴⁴ RS 152.1; «LAR».

du délai, notamment si le dossier contient des données personnelles (art. 9 à 12 LAr).

Ce changement a eu pour conséquence que toute personne a en principe le droit de consulter des documents officiels établis par l'administration et d'obtenir des renseignements sur leur contenu de la part des autorités (art. 6 al. 1 LTrans). Il s'agit d'un droit subjectif à la consultation des documents officiels que toute personne peut faire valoir en justice⁴⁵.

Sont des documents officiels, toute information qui a été enregistrée sur un quelconque support, qui est détenue par l'autorité dont elle émane ou à laquelle elle a été communiquée et qui concerne l'accomplissement d'une tâche publique (art. 5 al. 1 LTrans). Sont assimilés à de tels documents, ceux qui peuvent être établis par un traitement informatisé simple sur la base d'informations enregistrées satisfaisant aux mêmes conditions (art. 5 al. 2 LTrans). En revanche, ne sont pas considérés comme des documents officiels les documents commercialisés par l'administration comme les données météorologiques ou les cartes géographiques, les documents n'ayant pas atteint leur stade définitif d'élaboration, ou encore les documents destinés à l'usage personnel (art. 5 al. 3 LTrans).

Les motifs de refus d'accès aux documents sont strictement codifiés et limités. L'article 7, alinéa 1, LTrans énonce une série d'exceptions mettant en cause des intérêts publics ou privés. En particulier, du point de vue de l'intérêt public, l'accès peut être limité ou refusé lorsqu'il serait susceptible de porter notablement atteinte au processus de la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité qui est soumise à la présente loi, d'un autre organe législatif ou administratif ou d'une instance judiciaire, ou encore lorsqu'il entraverait l'exécution de mesures concrètes prises par une autorité conformément à ses objectifs (art. 7 al. 1 litt. a et b LTrans)⁴⁶. L'article 8 LTrans réserve également des cas particuliers comme le secret des documents relatifs à la procédure de co-rapport prévue à l'article 15 LOGA pour les affaires devant être tranchées par le Conseil fédéral ou encore celui des documents officiels avant la décision politique ou administrative dont ils constituent la base (art. 8 al. 1 & 2 LTrans).

Du point de vue de l'intérêt privé, l'article 7, alinéa 1, litt. g et h protège les secrets professionnels ou d'affaires ainsi que le secret garanti par l'administration dans le cadre d'une procédure. En outre, l'article 7, alinéa 2,

⁴⁵ R. WIEDERKEHR, « Transparenz als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV) », in ZBL 2008, pp. 521/529.

⁴⁶ L'atteinte aux intérêts publics (ou privés) doit toutefois apparaître probable en raison de l'accès aux documents concernés. Une conséquence mineure ou désagréable engendrée par l'accès au document officiel demandé (travail supplémentaire, attention publique non désirée, etc.) ne saurait constituer une atteinte (ATF 133 II 209, consid. 2.3.3).

LTrans contient une clause générale permettant de protéger la sphère privée de tiers sauf en présence d'un intérêt public prépondérant à la transparence. L'article 9 LTrans impose en outre l'anonymisation des documents contenant des données personnelles, voire si cela n'est pas possible l'application de l'article 19 LPD concernant les conditions relatives à la communication de données personnelles et à la procédure d'accès à ces documents.

L'article 4 LTrans réserve également les dispositions spéciales d'autres lois fédérales, qui déclarent certaines informations secrètes ou accessibles uniquement à des conditions dérogeant à la LTrans. L'une des conséquences de cette norme, rappelée par l'article 3, alinéa 2, LTrans est que l'accès aux pièces d'une procédure administrative, notamment avant la prise d'une décision, reste régi par les dispositions de la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative⁴⁷.

L'exercice du droit à la consultation des documents officiels présuppose une demande préalable d'un citoyen dans un cas concret. Selon l'article 10 LTrans, la demande d'accès est adressée à l'autorité qui les a produits ou qui les a reçus en tant que destinataire principal de la part de tiers qui ne sont pas soumis à loi (art. 10 LTrans). La LTrans a donc consacré le principe de l'information sur demande. Il concerne donc la politique d'information passive de l'administration en réaction à des requêtes d'un citoyen qui complète la politique active que nous avons décrit précédemment.

Face à une demande de documents par un citoyen, l'administration doit l'informer sur l'existence ou non des documents demandés et sur leur accessibilité. Dans ce but, pour anticiper les demandes et sous réserve d'une éventuelle interdiction découlant d'une disposition spéciale, l'article 18 de l'Ordonnance du 24 mai 2006 sur le principe de la transparence dans l'administration⁴⁸ prévoit que les autorités informent le public en publiant sur Internet des informations sur les domaines et les affaires importantes qui relèvent de leur compétence et en mettant à la disposition des intéressés d'autres informations susceptibles de faciliter la recherche de documents officiels, pour autant que cela n'occasionne pas des frais disproportionnés. En outre, les autorités doivent en principe publier sur Internet les documents officiels importants (art. 19 OTrans).

L'accès à l'information suppose également l'existence d'une organisation adéquate permettant un accès aisé aux documents. L'article 22 LOGA l'impose en demandant aux unités administratives de consigner leurs activités en assurant la gestion systématique des dossiers. A cet effet, elles doivent

⁴⁷ RS 172.021; «PA».

⁴⁸ RS 152.31; «Ordonnance sur la transparence» ou «OTrans».

prendre les mesures organisationnelles, administratives et techniques nécessaires à la constitution et à la gestion des documents. Il appartient, d'une part, aux Archives fédérales de coordonner et contrôler la gestion des dossiers et, d'autre part, à l'Office fédéral de l'informatique et de la télécommunication de coordonner et d'apporter son support à l'utilisation de moyens informatiques pour la gestion des dossiers, notamment en matière de bureautique. L'ensemble de ces actions se déroulent dans le respect des règles posées par la Loi fédérale sur l'archivage.

III. La violation du devoir d'information

A. L'action en responsabilité

La diffusion d'une information sous la forme d'un communiqué de presse ou d'une lettre, voire d'une publication sur Internet, n'est pas une décision au sens de l'article 5 PA. Elle n'a pas d'effets juridiques sur les droits et obligations des destinataires⁴⁹. Il en va de même, *a fortiori*, de l'absence de diffusion d'information. En conséquence, une procédure de recours dans le domaine de l'information active n'est en principe pas possible.

Compte tenu de leur nature, les actions liées à la diffusion ou non d'information font parties des actions matérielles de l'Etat⁵⁰. A ce titre, elles doivent respecter les principes généraux du droit public, savoir les principes de la légalité, de l'intérêt public, de la proportionnalité, de l'égalité de traitement ou de la bonne foi⁵¹.

Avec l'entrée en vigueur du nouvel article 25a PA le 1^{er} janvier 2007, la personne au bénéfice d'un intérêt digne de protection est en mesure de requérir d'une autorité fédérale au sens de l'article 1 PA⁵² auteur d'un acte matériel

⁴⁹ Arrêt du Tribunal fédéral du 8 février 2007, 1A.188/2006, consid. 2.

⁵⁰ P. MAHON, précité note 29, pp. 221-222; I. HÄNER, « Aktive Information und passives Zugangsrecht », in URP/DEP 2004, pp. 3/22; P. TSCHANNEN, *Kommentar USG*, précité note 36, N° 28 ad art. 6 LPE.

⁵¹ ATF 118 Ib 473, consid. 5a; P. MAHON, précité note 29, p. 257; P. TSCHANNEN, « Amtliche Warnungen und Empfehlungen », in ZSR/RDS 1999 II, pp. 353/420; T. POLEDNA, « Staatliche Informationspflichten (Grundversorgung mit elektronischen Daten) », in *Recht und Rechtsdaten – Anspruch und Wirklichkeit, Tagung 2003 für Informatikrecht*, Berne 2004, pp. 69/93-94.

⁵² BVR/JAB 2007, pp. 441/450. Comme la PA ne s'applique pas aux autorités administratives cantonales dans le cadre de l'application du droit cantonal, la protection juridique conférée par l'art. 25a n'est pas pertinente pour l'information diffusée par les cantons; la question est réglée au regard de chaque loi de procédure administrative cantonale (E. RIVA, « Neue bundesrechtliche Regelung des Rechtsschutzes gegen Realakte: Überlegungen zu Art. 25a VwVG », in SJZ/RSJ 2007, pp. 337/340).

qu'elle constate la portée juridique de celui-ci dans une décision. Elle peut exiger pour des actes fondés sur le droit public fédéral et touchant à des droits ou des obligations que l'autorité compétente s'abstienne d'actes illicites, cesse de les accomplir ou les révoque, élimine les conséquences d'actes illicites, voire simplement constate l'illicéité de tels actes. Autrement dit, la personne qui aurait des motifs de contester une information diffusée par l'autorité est désormais habilitée à provoquer la prise d'une décision à ce propos, laquelle ouvrira la voie au contentieux administratif ordinaire. Ce contentieux ne doit pas être confondu avec la question de la responsabilité éventuelle de la Confédération.

Cette procédure n'est pas ouverte à toute personne. Il faut que celui ou celle qui entend obtenir une décision fondée sur l'article 25a PA ait un intérêt digne de protection. Cette exigence n'a pas de portée autonome. Elle a la même signification que la condition similaire figurant à l'article 48, alinéa 1, litt. c PA⁵³. Il faut donc, d'une part, que le requérant établisse que l'acte contesté lui cause un préjudice ou le prive d'un avantage, ce qui lui donne un intérêt à sa modification ou son annulation. Il est nécessaire, d'autre part, que le requérant soit *particulièrement* touché par l'acte attaqué; il doit être atteint dans ses intérêts de fait ou de droit dans une mesure supérieure et avec une intensité supérieure que les autres personnes⁵⁴. Cette exigence paraît difficilement pouvoir être remplie dans le cadre de la diffusion d'informations d'intérêt général. En effet, de telles informations concernent par essence à tout le moins une grande partie de la population et un citoyen pourra difficilement démontrer qu'il est plus touché que le reste du public⁵⁵. En revanche, la démonstration d'un intérêt digne de protection est envisageable pour des informations spécialisées.

A défaut d'application de l'article 25a PA, la seule voie d'action possible contre l'Etat en relation avec la diffusion d'information est l'action en responsabilité.

Au plan fédéral, ce domaine est régi par la Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires⁵⁶.

Elle s'applique à toutes les personnes investies d'une fonction publique de la Confédération, soit les membres du Conseil fédéral et le chancelier de

⁵³ M. BEUSCH, A. MOSER, L. KNEUBÜHLER, «Ausgewählte prozessrechtliche Fragen im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht», in ZBL 2008, pp. 1/10 ss; C. BOVET, «De la CFB 2007 à la FINMA 20..», in *Journée 2006 de droit bancaire et financier*, Genève/Zurich/Bâle 2007, pp. 197/201.

⁵⁴ ATF 127 V 1, consid. 1b.

⁵⁵ Comparer avec la situation visée dans l'ATF 123 II 376, consid. 4.

⁵⁶ RS 170.32; «Loi sur la responsabilité» ou «LRFC».

la Confédération, les membres et les suppléants des tribunaux fédéraux, les membres et les suppléants des autorités et commissions fédérales indépendantes des tribunaux fédéraux et de l'administration fédérale, les fonctionnaires et les autres agents de la Confédération ainsi que toutes les autres personnes, dans la mesure où elles sont chargées directement de tâches de droit public par la Confédération (art. 1 al. 1 LRCF). La seule exception concerne les personnes appartenant à l'armée, pour ce qui concerne leur situation militaire et leurs devoirs de service (art. 1 al. 2 LRCF).

Tous les actes de ces personnes entrent dans le champ de loi, qu'il s'agisse d'actes juridiques ou matériels. La seule réserve couvre les déclarations des membres du Conseil fédéral et du chancelier de la Confédération au sein de l'Assemblée fédérale ou de ses organes (art. 2 al. 2 LRCF) et les immunités prévues par la Loi du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale⁵⁷ (art. 2 al. 3 LRCF). En conséquence, sous réserve de dispositions spéciales figurant dans d'autres lois fédérales, la question de la diffusion d'information par le Conseil fédéral ou l'administration fédérale peut donner lieu à une action en responsabilité contre la Confédération.

A teneur de l'article 3, alinéa 1, LRCF, la Confédération répond du dommage causé sans droit à un tiers par une personne entrant dans son champ d'application dans l'exercice de ses fonctions, sans égard à la faute de cette personne. Cette disposition consacre une responsabilité primaire, exclusive et causale de l'Etat, en ce sens que le tiers lésé ne peut rechercher que l'Etat, à l'exclusion de la personne responsable, et qu'il n'a pas à établir l'existence d'une faute. Il lui suffit de faire la preuve d'un acte illicite commis par un fonctionnaire fédéral dans l'exercice de ses fonctions, d'un dommage ainsi que d'un rapport de causalité entre ces deux éléments⁵⁸. Comme en droit privé, ce lien signifie que le dommage ne serait pas survenu sans l'acte ou l'omission reproché aux personnes qui engagent l'Etat. Le lien de causalité existe lorsque le fait dommageable est une condition nécessaire (*conditio sine qua non*) de la survenance du préjudice⁵⁹. La causalité naturelle est établie lorsqu'on ne peut faire abstraction d'un fait (comportement) sans que le résultat (dommage) en question ne tombe aussi⁶⁰. La causalité naturelle cesse dès que le lien logique entre la survenance d'un préjudice et une circonstance déterminée fait défaut. De plus, lorsque la relation de causalité naturelle entre un comportement donné et un certain résultat est retenue, il faut encore se demander si le rapport peut être qualifié d'adéquat, c'est-à-dire si le

⁵⁷ RS 171.10; «Loi sur le parlement» ou «LParl».

⁵⁸ ATF 132 II 305, consid. 4.1; ATF 106 Ib 357, consid. 2b.

⁵⁹ ATF 132 III 715, consid. 2.2; 129 V 402, consid. 4.3.1; 128 III 180, consid. 2d.

⁶⁰ ATF 95 IV 139, consid. 2a.

comportement en question était propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit⁶¹.

La démarche paraît simple à première vue, mais ne l'est pas en réalité. Il est souvent difficile d'établir l'existence d'un acte illicite dans le domaine de l'information.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il y a un acte illicite lorsque l'activité du fonctionnaire viole des prescriptions destinées à protéger un bien juridique. La jurisprudence a également considéré comme illicite la violation de principes généraux du droit⁶², telle l'obligation, pour celui qui crée une situation dangereuse, de prendre les mesures propres à prévenir un dommage⁶³ ou encore, selon les circonstances, un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation conféré par la loi⁶⁴. Une omission peut aussi, le cas échéant, constituer un acte illicite, pour autant qu'existe, au moment déterminant, une norme juridique sanctionnant explicitement l'omission commise ou imposant à l'Etat de prendre en faveur du lésé la mesure omise ; un tel chef de responsabilité suppose donc que l'Etat ait eu une position de garant vis-à-vis du lésé et que les prescriptions qui déterminent la nature et l'étendue de ce devoir aient été violées⁶⁵.

La jurisprudence du Tribunal fédéral est ainsi restrictive quant à la définition de l'acte illicite. Il doit toutefois s'agir d'une violation grave du droit⁶⁶; n'importe quelle violation n'est pas illicite.

Si le fait dommageable consiste dans l'atteinte à un droit absolu (comme la vie ou la santé humaines, ou le droit de propriété), l'illicéité est d'emblée réalisée, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si et de quelle manière l'auteur a violé une norme de comportement spécifique ; on parle à ce propos d'illicéité par le résultat (Erfolgsunrecht). Si, en revanche, le fait dommageable constitue une atteinte à un autre intérêt (par exemple le patrimoine), l'illicéité suppose qu'il existe un « rapport d'illicéité », soit que l'auteur ait violé une norme de comportement ayant pour but de protéger le bien juridique en cause ; c'est ce que l'on appelle l'illicéité par le comportement (Verhaltensunrecht)⁶⁷. La simple lésion du droit patrimonial d'un tiers n'emporte donc pas, en tant que

⁶¹ ATAF A-7063/2007 du 28 mai 2008, consid. 5.1.2 ; ATF 123 III 112, consid. 3a.

⁶² ATF 118 Ib 473, consid. 2b ; 116 Ib 193, consid. 2a ; 107 Ib 160, consid. 3a.

⁶³ ATF 89 I 483, consid. 6e.

⁶⁴ ATF 118 Ib 473, consid. 2b ; 116 Ib 193, consid. 2b.

⁶⁵ ATF 132 II 305, consid. 4.1 ; 123 II 577, consid. 4d/ff ; 118 Ib 473, consid. 2b ; 116 Ib 367, consid. 4c.

⁶⁶ ATF 116 Ib 193, consid. 2c.

⁶⁷ ATF 118 Ib 473, consid. 2b.

telle, la réalisation d'un acte illicite ; il faut encore qu'une règle de comportement de l'ordre juridique interdise une telle atteinte et que cette règle ait pour but la protection du bien lésé. Lorsque l'illicéité reprochée procède d'un acte juridique (une décision, un jugement...), seule la violation d'une prescription importante des devoirs de fonction est susceptible d'engager la responsabilité de la Confédération⁶⁸.

Le Tribunal fédéral a mis ces principes en application dans l'affaire de la « vache folle ». Il a notamment souligné la position délicate dans laquelle peuvent se trouver les autorités face à des situations complexes où il est difficile d'identifier immédiatement la mesure optimale à prendre : « [...] *on ne saurait exiger de la Confédération qu'elle prît, pour faire face à la crise de la vache folle, en toute circonstance et en toute occasion, les meilleures décisions au meilleur moment, car cela reviendrait à la placer dans une situation quasi impossible puisque, quoi qu'elle eût pu faire ou s'abstenir de faire, elle se fût exposée au risque d'être toujours responsable, soit d'avoir agi trop tard ou trop mollement, comme il lui est fait grief dans le présent cas, soit d'avoir agi trop tôt ou de manière trop incisive, comme il lui a été fait grief dans une autre situation de crise en relation avec les mesures édictées par l'OFSP pour empêcher la propagation en Suisse du syndrome respiratoire aigu sévère (connu sous l'acronyme de SRAS) apparu en Asie (cf. ATF 131 II 670). Il s'impose dès lors d'admettre que les offices fédéraux mis en cause disposaient, à l'époque des faits litigieux, d'une certaine liberté d'action pour faire face à la crise, soit d'une marge d'appréciation relativement importante dans le choix aussi bien des mesures à prendre que de leur moment. Les mesures qui, au vu de l'ensemble des circonstances, en particulier de l'état des connaissances au moment déterminant, se situent à l'intérieur de cette marge, n'engagent dès lors pas la responsabilité de la Confédération et ne donnent lieu à aucune indemnisation, même si, rétrospectivement, elles ne s'avèrent pas optimales voire même se révèlent insuffisantes.* »⁶⁹. Au vu de ces principes et d'une analyse détaillée des omissions reprochées à la Confédération, le Tribunal fédéral a finalement jugé qu'elle n'avait commis aucun acte illicite au sens de l'article 3 LRCF⁷⁰.

Un cas s'est aussi posé concernant la diffusion de l'information par la Confédération dans l'affaire dite de la « listériose »⁷¹.

En 1989, plusieurs producteurs de fromages à pâte molle ont ouvert une action de droit administratif devant le Tribunal fédéral demandant le paiement d'une indemnité par la Confédération, à titre de dommages-intérêts. Ils

⁶⁸ ATF 123 II 577, consid. 4d/dd; 118 Ib 163, consid. 2.

⁶⁹ ATF 132 II 305, consid. 4.4.

⁷⁰ ATF 132 II 305, consid. 5.1 ss.

⁷¹ ATF 118 Ib 473.

affirmaient que l'information et les avertissements qui avaient été donnés au public en relation avec la présence de listéria dans le Vacherin Mont-d'Or non seulement étaient faux et lacunaires, mais avaient aussi été inadaptés et diffusés en temps inopportun. Selon eux, ils avaient incité les consommateurs à ne plus acheter leurs produits. Après avoir rappelé sa jurisprudence en matière de responsabilité de la Confédération, le Tribunal fédéral a examiné les règles relatives au devoir d'information de la Confédération. A l'époque, était en vigueur l'ancien article 8 de la Loi sur l'organisation de l'administration (LOA). Cette disposition prévoyait que le Conseil fédéral veille à ce qu'un service d'information renseigne constamment le public sur ses intentions, sur les décisions et les mesures qu'il prend, ainsi que sur les travaux de l'administration fédérale, lorsqu'il y a un intérêt général à donner de tels renseignements et que cette information ne peut pas porter atteinte à des intérêts publics ou privés importants et dignes d'être protégés. Elle constituait l'ancêtre de l'actuel article 10 LOGA.

Le Tribunal fédéral a immédiatement restreint la portée du devoir d'information de l'Etat en affirmant que « *Cette disposition ne concerne en revanche pas directement l'information relative à des problèmes qui surgissent hors du cadre de l'activité étatique. C'est donc à tort que la demanderesse déduit de l'art. 8 LOA un <droit à l'information> qui aurait la portée d'une norme de protection générale* »⁷². Deux éléments ressortent de cette citation. D'une part, *a contrario*, il existe un droit à l'information relatif aux questions surgissant dans le cadre de l'activité étatique; les limites de ce droit étant le droit à l'erreur ou à l'hésitation énoncé par le Tribunal fédéral dans l'affaire de la vache folle. D'autre part, le fondement d'une éventuelle action en responsabilité pour des informations relatives à des éléments externes à l'administration ne pourra être trouvé que dans des dispositions spéciales qui imposeraient un devoir particulier à l'administration.

Dans le cas particulier de la listériose, le Tribunal fédéral a examiné la LEp, qui contenait de telles dispositions spéciales. Il a relevé les obligations d'information découlant de l'article 3 LEp mentionné *supra*⁷³ en soulignant que c'est la base légale sur laquelle repose l'activité d'information des autorités fédérales de santé publique. Sur cette base, le Tribunal fédéral a affirmé que les règles de la LEp, comme celles de la législation sur les denrées alimentaires, tendent en premier lieu à protéger la vie et la santé de la population, et non pas d'autres intérêts de tiers, d'ordre économique notamment. Une telle règle a donc un effet protecteur pour les particuliers qui sont concernés par l'information. Dans ce cas, et s'il y a faute de l'autorité, par exemple, avec un

⁷² ATF 118 Ib 473, in JdT 1994 I 650, p. 652.

⁷³ Point II. A. 2. b) ii) *in fine*.

avertissement inapproprié relatif à certains produits alimentaires, le Tribunal fédéral a admis que la responsabilité de la Confédération puisse être engagée envers le producteur. En revanche, le Tribunal fédéral n'a pas considéré que l'article 3 LEp imposerait à la Confédération de prendre publiquement position lorsque les consommateurs se détournent de certains produits sans que cela soit dû à des avertissements officiels⁷⁴.

Sur cette base, il a exclusivement examiné si la Confédération avait donné une information objective et appropriée au regard de l'article 3 LEp. Il a relevé que la Confédération avait clairement distingué dans ses communiqués les Vacherins Mont d'Or incriminés des autres fromages à pâte molle. Il en a déduit que *« l'information donnée par les autorités fédérales ne pouvait raisonnablement pas être comprise par le public comme un encouragement à renoncer à la consommation de toutes les sortes de fromage à pâte molle ; au contraire, le public pouvait déduire des mesures prises que les fromages se trouvant toujours sur le marché ne présentaient aucun risque »*⁷⁵. Cette information était de plus nécessaire pour éviter un risque de mortalité. Cet intérêt public contrebalançait les conséquences, prévisibles et devant être acceptées par les producteurs, d'une baisse des ventes de tous les fromages à pâte molle. Partant, selon le Tribunal fédéral, la responsabilité de la Confédération devait être écartée.

Si l'on essaye de faire la synthèse de ces éléments, on peut tirer les règles suivantes sur l'éventuelle responsabilité de l'Etat.

La première hypothèse couvre l'absence de diffusion d'information. Une telle absence ne peut constituer un acte illicite que si elle concerne l'activité étatique et qu'elle est d'une importance suffisante pour que l'article 10 LOGA impose sa communication. Il y aurait dans ce cas un défaut d'information active. Si le manquement de l'administration concerne un élément autre que l'activité étatique, il faut pouvoir établir un lien avec une disposition spéciale imposant un devoir de communication à l'administration.

La seconde hypothèse concerne une mauvaise communication par l'administration concernant son activité. Une information qui ne respecterait pas l'obligation d'une diffusion complète, continue et en temps utile de même qu'une information qui ne serait pas objective et conforme à la vérité pourrait constituer un acte illicite. L'information contenant des données relatives à des tiers qui seraient diffusées alors qu'un intérêt privé prépondérant s'y oppose pourrait aussi constituer un acte illicite. En dehors du cadre spécifique de l'activité de l'administration, les mêmes principes seraient appli-

⁷⁴ ATF 118 Ib 473, in JdT 1994 I 650, p. 653.

⁷⁵ ATF 118 Ib 473, in JdT 1994 I 650, p. 654.

cables pour autant qu'une norme spéciale impose un devoir particulier à l'administration.

Dans les deux hypothèses, la violation du devoir devrait avoir une certaine importance. Plus l'administration dispose d'un pouvoir d'appréciation ou fait face à des incertitudes compte tenu des circonstances, plus il y aura une tolérance par rapport à son manquement. L'administration n'a pas le devoir d'être parfaite; elle doit faire au mieux en fonction des éléments dont elle dispose. Dans ce sens, la violation du devoir de coordination des autorités fédérales serait probablement neutre du point de vue du droit à moins qu'elle n'aboutisse à la diffusion d'une fausse information.

De plus, même si l'acte illicite était établi, il faudrait encore un dommage et un lien de causalité entre ce dommage et le défaut de communication.

B. Le droit de recours

En matière d'information passive, la situation est plus simple dès lors que la LTrans met en place une protection juridictionnelle complète des requérants de l'information.

Nous avons vu que la demande d'accès à des documents officiels est adressée à l'autorité qui les a produits ou qui les a reçus en tant que destinataire principal de la part de tiers qui ne sont pas soumis à la LTrans (art. 10 al. 1 LTrans). La seule exigence est que la demande soit formulée de manière suffisamment précise (art. 10 al. 2 LTrans).

Dès réception de la demande, l'autorité procède à un examen préliminaire. Si elle constate que les documents auxquels l'accès est requis contiennent des données personnelles relatives à un tiers, elle consulte la personne concernée et l'invite à se prononcer dans un délai de dix jours (art. 11 al. 1 LTrans). Elle l'informe ensuite de sa prise de position (art. 11 al. 2 LTrans). Cette dernière doit intervenir rapidement puisque la LTrans impose un délai maximal de 20 jours, prolongeable de la même durée lorsque la demande est complexe, à compter de la date de la réception de la demande (art. 12 al. 1 & 2 LTrans).

La réponse est donnée au demandeur avec une motivation sommaire lorsque le délai est prolongé ou le droit d'accès limité ou refusé. La limitation ou le refus du droit d'accès et son motif sont communiqués par écrit (art. 12 al. 4 LTrans).

En cas de refus partiel ou total, voire de retard à statuer, le demandeur peut demander une médiation. Il en va de même pour le tiers lorsque l'accès est donné aux documents en dépit de son opposition (art. 13 al. 1 LTrans). La

demande est déposée par écrit auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence dans un délai de 20 jours à compter de la date de réception de la prise de position de l'autorité ou à l'échéance des délais fixés à l'autorité pour prendre position (art. 13 al. 2 LTrans). Le préposé a accès aux documents officiels dans le cadre de la procédure de médiation, même si ceux-ci sont secrets afin de pouvoir remplir au mieux sa mission (art. 20 al. 1 LTrans). Il est par conséquent soumis au secret de fonction dans la même mesure que les autorités dont ils consultent les documents officiels ou dont ils obtiennent des renseignements (art. 20 al. 2 LTrans).

Si la médiation aboutit, l'affaire est classée (art. 13 al. 3 LTrans). En revanche, si la médiation n'aboutit pas, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence établit une recommandation écrite à l'attention des participants à la procédure dans les 30 jours qui suivent la réception de la demande en médiation (art. 14 LTrans).

Le demandeur ou le tiers peuvent demander dans les dix jours qui suivent la réception de la recommandation que l'autorité rende une décision selon l'article 5 PA. De plus, si l'autorité n'accepte pas la recommandation et entend limiter, différer ou refuser le droit d'accès, voire, à l'inverse, accorder le droit d'accès à un document officiel contenant des données personnelles, elle doit rendre une décision sur ce point dans un délai de 20 jours (art. 15 LTrans).

Cette décision est sujette à recours auprès du Tribunal administratif fédéral conformément aux dispositions de la PA et de la Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral⁷⁶ (art. 16 al. 1 LTrans). Un recours au Tribunal fédéral est réservé. Comme le préposé, les autorités de recours ont aussi accès aux documents officiels protégés par le secret (art. 16 al. 2 LTrans).

Les mécanismes juridictionnels permettent de considérer que, pour la diffusion passive de l'information, il existe peu de risques d'une mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat. Il faudrait une très grave violation de ses devoirs par la juridiction saisie pour que l'existence d'un acte illicite soit admise.

IV. Conclusion

L'étude des règles gouvernant la Confédération démontre l'existence d'un grand devoir d'information active à la charge des autorités fédérales. Toutefois, l'étendue de ce devoir n'a pas de conséquences équivalentes s'il n'est

⁷⁶ RS 173.32; «LTAf».

respecté. Les risques de voir la Confédération condamnée à verser des dommages et intérêts car elle n'aurait pas informé de manière assez rapide, complète ou adéquate paraissent très limités.

Le domaine de l'information passive est un complément plus récent mais néanmoins indispensable du devoir d'information. Il apparaît marqué par l'existence de droits clairs en faveur des citoyens, renforcés par un contrôle judiciaire adéquat.

Le devoir d'information précontractuelle de l'assureur

VINCENT BRULHART*

Table des matières

I.	Introduction	202
II.	Contrat de consommation et contrat d'assurance	204
	A. Généralités	204
	B. Particularités du contrat d'assurance	204
III.	Devoir d'information en matière d'assurance	206
	A. Le devoir précontractuel de l'assureur	206
	B. Exigences de contenu, de temps et de forme	208
	1. Le contenu	208
	a) Son identité (art. 3 I LCA)	208
	b) Les éléments essentiels du contrat	208
	ba) Les risques assurés (art. 3 I <i>lit.</i> a LCA)	208
	bb) L'étendue de la couverture d'assurance (art. 3 I <i>lit.</i> b LCA)	209
	bc) Les primes dues et les autres obligations du preneur d'assurance (art. 3 I <i>lit.</i> c LCA)	209
	bd) La durée et la fin du contrat d'assurance (art. 3 I <i>lit.</i> d LCA)	209
	be) Les méthodes, les principes et les bases de calcul régissant la distribution des excédents et la participation aux excédents (art. 3 I <i>lit.</i> e LCA)	210
	bf) Les valeurs de rachat et de transformation (art. 3 I <i>lit.</i> f LCA)	210
	bg) Le traitement des données personnelles, y compris le but et le genre de banques de données, ainsi que sur les destinataires et la conservation des données (art. 3 I <i>lit.</i> g LCA)	210
	2. Le moment	211
	3. La forme	211
	4. Le cas spécial des assurances collectives	211
	C. Devoir d'information de l'intermédiaire	212
	D. Information en cours de contrat	213
IV.	Violation du devoir d'information – Sanction	214
	A. Sanction légale	214
	B. Appréciation	214

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne. L'auteur remercie Monsieur Malik FAGONE, assistant diplômé à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, pour son soutien dans l'élaboration de ce texte, notamment pour ses recherches en droit français et allemand.

V. Aperçu de droit comparé	216
A. Le droit français	216
1. L'obligation d'information	216
a) Fondement et définition	216
b) La fiche d'information	217
c) Le projet de contrat ou notice d'information	218
d) Créancier et débiteur de l'obligation	218
e) Sanctions	219
2. Le devoir de conseil	222
a) Définition	222
b) Débiteur et créancier	222
c) Sanctions	223
B. Le droit allemand	223
1. Généralités	223
2. La loi sur le contrat d'assurance	224
a) Exigences de temps de contenu et de forme	224
b) Créancier et débiteur de l'information	225
3. Sanctions	225
VI. Conclusion	226
Bibliographie	228

I. Introduction

L'individu est-il la source ou la finalité du droit? Selon un constitutionnaliste français, le régime d'Etat serait une sorte de grand jardin dans lequel la circulation aurait été facilitée par des travaux d'art, où seraient tracées de larges avenues et où de nombreux poteaux indicateurs annonceraient les directions et les précautions à prendre. L'Etat ne serait ainsi qu'un milieu d'existence¹. Quelle est alors, dans ce milieu, la place respective de la liberté et de la contrainte? Emmanuel KANT distingue la liberté intérieure et la liberté extérieure. La première consacre l'autonomie morale de l'individu, qui n'est soumis à d'autres lois que celles qu'il se donne à lui-même, soit seul, soit de concert avec d'autres. La seconde, extérieure, requiert la contrainte de la loi. La liberté contractuelle est une forme de liberté extérieure et, pour reprendre KANT, le but de la législation doit viser au maintien de cette liberté et à l'exercice de la contrainte nécessaire à cet effet². Les nouvelles dispositions relatives au devoir d'information en matière d'assurance s'inscrivent dans ce contexte.

¹ WALINE, p. 24.

² Cf. DULCKEIT.

Si la liberté contractuelle compte parmi les fondements de notre ordre juridique, elle est en réalité souvent entravée : nombre de facteurs, tels que le statut social, l'éducation, les connaissances, la situation du marché ou les caractéristiques de la société contemporaine, sans réduire la largeur du principe, en limitent pourtant ses effets. Bien souvent, l'Etat, par l'intermédiaire du législateur, est amené à intervenir. Son action peut poursuivre deux objectifs notamment :

1° *La réalisation de la politique sociale.* L'Etat vise ici à favoriser la solidarité et la protection des plus faibles ; cela se traduit normalement par une obligation de contracter. En matière d'assurance privée, on la rencontre spécialement dans le domaine de l'assurance responsabilité civile véhicules à moteur. En matière d'assurance sociale, on peut se référer à toutes les formes de prévoyance où l'obligation de contracter a pour but et pour effet d'éviter qu'une personne ne tombe à la charge de l'assistance.

2° *Le rétablissement de la liberté contractuelle.* L'Etat cherche là essentiellement à rétablir les conditions d'exercice d'une liberté entravée ; on prend conscience du caractère parfois inégalitaire du rapport contractuel. Pour rétablir la parité, l'Etat procède généralement par l'imposition de devoirs particuliers à la partie forte ou par l'octroi de prérogatives à la partie faible.

Une partie peut être considérée comme faible ou forte en considération de divers critères : en matière de contrat de bail, l'état général du marché immobilier peut jouer en défaveur du locataire. Lors de la conclusion d'un contrat par démarchage à domicile, c'est l'intimidation parfois qui entrave le libre arbitre. Dans le domaine du crédit à la consommation, la simplicité et la rapidité avec laquelle il est possible de s'engager peut placer le contractant sur une pente glissante. Enfin, il est des situations dans lesquelles la prestation est insaisissable à raison de son aspect immatériel et/ou technique : ainsi de l'assurance. Ces caractéristiques peuvent se combiner. Sans dire que le contractant finit toujours sur un mauvais terrain (il existe en effet nombre de contrats de bail, de crédit à la consommation ou encore de contrats d'assurance qui s'inscrivent dans un rapport parfaitement équilibré), il faut néanmoins veiller à ce que le contractant s'engage en connaissance de cause ; dans certains cas, il est même indiqué que le législateur mette des instruments spécifiques à sa disposition pour maîtriser l'évolution. La question se pose alors de savoir s'il faut cumuler les moyens, en d'autres termes, s'il faut imposer un devoir d'information et un droit de révocation ou si la logique ne commande pas plutôt le choix entre l'un et l'autre, selon les circonstances. Nous y reviendrons.

II. Contrat de consommation et contrat d'assurance

A. Généralités

Le devoir d'information est rangé dans la catégorie des devoirs précontractuels, ce qui est parfaitement logique si l'on considère la chronologie des opérations. Il se trouve en compagnie notamment du devoir de vérité, du devoir de négociation sérieuse et du devoir de se renseigner³. Le devoir d'information est à géométrie variable en ce sens que son envergure dépend étroitement de la distance qui oppose les contractants sur le terrain de l'information dans le domaine considéré. Précisément dans le champ des contrats de consommation, la distance peut être grande entre le prestataire, qui dispose d'une connaissance étendue du terrain, et le contractant, qui s'aventure parfois sur une vraie *terra incognita*. C'est cela qui justifie avant tout l'intervention de l'Etat.

Or le contrat d'assurance est un contrat de consommation.

B. Particularités du contrat d'assurance

En effet, si l'assurance ne fait pas l'essence des phénomènes de l'existence, elle les accompagne tous. D'où son omniprésence. L'assurance est devenue usuelle, indispensable même. Dans ce sens, elle est un bien de consommation courante, voire un bien de nécessité. Il n'est probablement pas besoin d'insister sur ce point.

Mais n'y a-t-il pas des éléments particuliers à l'assurance que d'autres contrats de consommation ne présentent pas ? Si l'on tente par exemple la comparaison avec le contrat de bail, que constate-t-on ?

Dans les deux cas, on est face à un contrat qui porte sur un besoin courant : le logement d'un côté, la protection du patrimoine de l'autre (qu'il s'agisse de victimes ou de personnes assurées). Dans les deux cas, il y a une forme de nécessité (se loger d'un côté, se garantir financièrement de l'autre). Dans les deux cas, on est face à un engagement de durée dont l'enjeu financier, à l'échelle de l'individu, n'est pas négligeable. Dans les deux cas enfin, les uns (bailleurs et assureurs) sont plus puissants que les autres (locataires et preneurs d'assurance). Il est cependant deux points caractéristiques de l'assurance que l'on ne retrouve pas ailleurs :

³ Cf. KUONEN, p. 444 ss.

1° Le contrat d'assurance privée se distingue des autres contrats de consommation en ce que la prestation de l'assureur, au jour de la conclusion du contrat, consiste en une *promesse* : celle de couvrir les conséquences d'un sinistre qui trouve son origine dans la survenance d'un risque couvert par le contrat. Elle est généralement connue sous la dénomination de « garantie ».

A côté de l'indemnisation des conséquences dommageables d'un sinistre couvert, il convient de rappeler en effet, que la garantie revêt bel et bien le caractère de prestation principale, en ce sens que le contrat peut arriver à échéance sans que le sinistre ne survienne ; l'assureur est pourtant considéré comme ayant parfaitement exécuté son obligation⁴.

C'est sur ce dernier point que doit porter l'attention : la garantie est une prestation d'autant plus difficile à saisir qu'elle est parfois invisible. On constate bien souvent dans des contrats de longue durée sans sinistre que le preneur attend une contribution tangible de l'assureur : on jugera sinon que l'engagement n'a pas été respecté. Or, cette appréciation est injustifiée, puisque pour être en mesure d'offrir la garantie, l'assureur doit mettre à contribution son appareil. C'est bien là sa prestation, et c'est à cette condition qu'il peut, cas échéant, intervenir en cas de sinistre et par conséquent offrir la sécurité attendue. Mais il reste que l'appréciation du rapport prestations/contre-prestation ne s'impose pas d'emblée ; il requiert une analyse du contrat et de sa nature⁵.

2° De surcroît, cette garantie repose sur un mécanisme hautement technique que le plus souvent les preneurs d'assurance ne maîtrisent pas. Ils sont par conséquent démunis au moment d'apprécier le rapport entre le montant de la prime et le risque souscrit. Par ailleurs, la définition du risque elle-même n'est de loin pas toujours comprise. Enfin, le contrat repose sur des conditions générales longues, parfois difficilement compréhensibles.

Au contraire, le locataire peut d'emblée apprécier la qualité de la prestation que lui propose le bailleur. Si la chose louée présente un vice, il dispose d'une action en garantie. Dans le contrat de vente, l'acquéreur voit ou sait ce qu'il achète, les défauts cachés justifiant quant à eux également une action en garantie. L'existence de ces garanties légales, notamment pour les vices cachés, témoigne de cette conception selon laquelle, celui qui conclut le contrat doit pouvoir reconnaître ce qu'il acquiert.

Finalement, pourquoi devrait-il en aller différemment dans l'assurance ? Expliquer le contenu de la promesse, c'est donner au preneur la possibilité d'apprécier ce qu'il entend obtenir. Une mauvaise information, c'est au fond

⁴ Cf. p. ex. MAURER, pp. 212-213.

⁵ Sur la nature de la prestation d'assurance, cf. p. ex. BRULHART, p. 188 ss. Cf. également art. 118 OS sur le rôle de la surveillance étatique en matière de prime.

un défaut de la chose qui, s'il apparaît après la conclusion du contrat et s'il est susceptible de décevoir la confiance du preneur, doit pouvoir justifier une forme de garantie pour les défauts cachés. Nous y reviendrons au moment d'aborder la responsabilité de l'assureur pour la violation des obligations d'information.

Reconnaissant au contrat d'assurance son caractère de contrat de consommation⁶, le législateur a saisi l'occasion de la révision partielle de la LCA du 17 décembre 2004⁷ pour introduire une obligation d'information précontractuelle de l'assureur. Le nouvel art. 3 LCA prévoit une importante série de renseignements que l'assureur doit donner au preneur avant la conclusion du contrat. Il ne suffit plus désormais que l'assureur remette les conditions générales d'assurance, comme cela prévalait dans l'ancien droit.

III. Devoir d'information en matière d'assurance

A. Le devoir précontractuel de l'assureur

Dans le contexte particulier du contrat d'assurance, le besoin d'information doit être considéré dans une double perspective : d'une part, le preneur d'assurance voudrait être au clair sur la garantie d'assurance qu'il reçoit, en d'autres termes sur le produit qu'on lui propose ; d'autre part, l'assureur doit être mis en situation de procéder à une analyse du risque dont la souscription est en cause. La loi de 1908 se préoccupe essentiellement du second volet en sanctionnant la violation des obligations d'information du preneur d'assurance par les règles relatives à la réticence⁸. Pour le reste, la loi ne prévoyait qu'une norme faisant obligation à l'assureur de remettre au souscripteur les conditions générales avant la conclusion du contrat⁹. Or, il a été considéré que les besoins d'information du preneur sont notablement plus étendus, et qu'ils ne sauraient être satisfaits par une simple transmission des conditions générales d'assurance (CGA).

La révision partielle introduit une règle spéciale consacrée au devoir d'information précontractuel de l'assureur, suivant en cela l'élan imprimé

⁶ FF 2003 p. 3421 notamment.

⁷ Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance, RS 221.229.1.

⁸ Le nouveau devoir d'information de l'assureur en est considéré comme le pendant : cf. FF 2003, p. 3370.

⁹ Cf. *ancien* art. 3 LCA.

par certaines législations européennes¹⁰. La loi fixe, au-delà de l'obligation d'informer, le contenu de ce devoir, en d'autres termes énumère concrètement les points sur lesquels l'information doit porter. La justification de ce régime repose sur la volonté de garantir une saine concurrence entre assureurs, un objectif qui ne peut être atteint qu'à la condition que le preneur soit, dans les faits, mis en situation de procéder à un choix parmi les produits d'assurance existant sur le marché; cela suppose une information aussi complète que possible sur le contenu de la garantie¹¹. Il est cependant nécessaire pour cela que l'information vise les points essentiels et n'induisse pas auprès du futur souscripteur le découragement et la résignation susceptibles de résulter d'une information excessivement abondante¹².

Le devoir d'information est désormais légalement et spécifiquement institué par l'art. 3 LCA¹³ qui vise plusieurs objectifs: améliorer la transparence, faciliter la comparaison des produits pour le preneur, rétablir une certaine égalité des parties et compenser la suppression du contrôle *a priori* des produits d'assurance par l'autorité¹⁴.

¹⁰ Directive 2002/92/CE du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance (JO n° L 9 du 15.01.03 pp. 3-10). Voici quelques caractéristiques de cette directive.

L'art. 2 donne tout d'abord de nombreuses définitions utiles: la plus remarquable tient sans doute au point 7 ou la notion d'intermédiaire lié est présentée, ainsi que son régime de responsabilité.

Les art. 3 et 4 énoncent les exigences nécessaires à l'exercice de l'activité d'intermédiaire telles que l'immatriculation dans un registre établi par l'autorité nationale (à noter l'exception prévue par l'art. 3 al. 1 § 3) et les exigences professionnelles. Il convient de noter spécifiquement l'exigence pour tout intermédiaire d'être couvert par une assurance de responsabilité civile s'étendant à tout le territoire de la Communauté, sauf s'il dispose déjà d'une garantie équivalente, fournie par une entreprise d'assurance, par exemple; il en va ainsi pour un intermédiaire lié.

L'art. 8 prévoit que les Etats membres doivent adopter un système de sanction pour celui qui exercerait l'intermédiation tout en ne répondant pas aux exigences présentées.

Enfin, on peut spécifiquement s'intéresser aux art. 12 et 13 de la directive qui énoncent les informations que l'intermédiaire doit fournir spontanément au partenaire, ainsi que les exigences relatives au support et à la forme de cette information (pratiquement des exigences de clarté, d'exactitude et de support durable, disponible et accessible).

¹¹ Cf. HASENBÖHLER, *in*: AJP/PJA 7/2006, p. 834.

¹² Cf. p. ex. SÜSSKIND, *in*: HAVE/REAS 1/2006a, p. 15.

¹³ A noter que cette disposition n'est entrée en vigueur que le 1^{er} janvier 2007.

¹⁴ SÜSSKIND, *in*: HAVE/REAS 1/2006, pp. 15-16.

B. Exigences de contenu, de temps et de forme

1. *Le contenu*

L'assureur doit renseigner le preneur de manière « compréhensible » sur une importante série d'éléments. Les renseignements doivent porter sur l'identité de l'assureur et les points essentiels du contrat d'assurance¹⁵.

a) *Son identité (art. 3 I LCA)*

Il est primordial pour le preneur d'assurance de savoir qui est réellement son partenaire contractuel. Cela peut être notamment important en cas de sinistre, le preneur devant satisfaire à un certain nombre d'obligations, tel le devoir d'annonce. Pour remplir les conditions de cette première exigence, l'assureur devra tout d'abord indiquer le nom de la compagnie. On a pu considérer que la raison sociale telle que figurant au Registre du commerce n'est pas nécessaire si le nom de la compagnie est largement connu au sein de la population, même si une indication de la forme de la société est souhaitable¹⁶.

b) *Les éléments essentiels du contrat*

ba) Les risques assurés (art. 3 I *lit.* a LCA)

Ce premier élément renvoie aux dommages consécutifs à la survenance de l'événement couvert par l'assurance, telle la perte de gain causée par une invalidité, la destruction de biens mobiliers dans un incendie etc. Cela implique pour l'assureur non seulement de renseigner clairement le preneur sur les risques couverts, mais encore sur les principales exclusions. Rappelons que l'art. 33 LCA prévoit que l'assureur répond de toutes les situations présentant le caractère du risque assuré¹⁷. S'il veut exclure certaines situations, il doit le prévoir expressément et d'une manière non équivoque.

¹⁵ Il convient de signaler le paragraphe 7 nouveau VVG de la législation allemande (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008) ayant trait au devoir d'information en matière de contrat d'assurance, et son ordonnance d'application. Il est à noter que la disposition est extrêmement détaillée, non seulement au regard du devoir d'information en général, mais également par rapport à des renseignements spécifiques à certaines branches d'assurance. Cf. pour la loi : www.gesetze-im-internet.de/vvg_2008/index.html et pour l'ordonnance : www.gesetze-im-internet.de/vvg-infov/index.html, et *infra*.

¹⁶ SÜSSKIND, *in*: HAVE/REAS 1/2006, p. 17.

¹⁷ Cf. art. 33 LCA.

bb) L'étendue de la couverture d'assurance (art. 3 I *lit.* b LCA)

Sous cette dénomination sont en fait traitées les modalités des prestations d'assurance. Ainsi l'assureur doit-il en premier lieu renseigner sur le montant maximal de l'indemnité. Ensuite, il doit éclairer le preneur sur le type de prestation, à savoir assurance de somme ou de dommage, versée en capital ou sous la forme de rente. Enfin, l'assureur doit préciser quelles sont les méthodes de calcul du dommage retenues pour le contrat – par exemple, pour le cas d'une assurance couvrant des dommages matériels : dommage calculé selon la valeur à neuf, ou en considération d'un amortissement¹⁸.

bc) Les primes dues et les autres obligations du preneur d'assurance (art. 3 I *lit.* c LCA)

Aux termes de l'art. 3 LCA, la « prime » doit être interprétée largement ; il s'agit plutôt d'une information sur les questions afférentes à la prime : au-delà du montant, c'est également l'échéance, la périodicité ou encore les règles sur la demeure qui sont concernées. Il faut à notre sens inclure les modifications de prime que l'assureur se serait réservées ; est ici visée la question de la clause d'adaptation. Il s'impose également de considérer certaines configurations spécifiques, telles qu'une offre de produits combinés, pour lesquels il faut envisager autant de primes qu'il y a de produits dans le contexte des obligations d'information¹⁹.

bd) La durée et la fin du contrat d'assurance (art. 3 I *lit.* d LCA)

Sont ici visés le début et le terme ordinaire du contrat. Cela signifie que les motifs de résiliation extraordinaires ne sont en principe pas concernés²⁰. Le preneur n'aurait donc pas de droit à l'information dans des cas tels que prévus par les art. 6, 14, 40, 42 et 54 LCA. D'aucuns considèrent que le droit de résiliation unilatéral de l'assureur n'exercerait pas un impact décisif sur la volonté du preneur de conclure le contrat²¹.

¹⁸ Dans le même sens, cf. SÜSSKIND, *in*: HAVE/REAS 1/2006, p. 18.

¹⁹ SÜSSKIND, *in*: HAVE/REAS 1/2006, p. 18.

²⁰ SÜSSKIND, *in*: HAVE/REAS 1/2006, p. 19.

²¹ SÜSSKIND, *in*: HAVE/REAS 1/2006, p. 19.

- be) Les méthodes, les principes et les bases de calcul régissant la distribution des excédents et la participation aux excédents (art. 3 I *lit.* e LCA)

La participation et la distribution d'excédents concernent principalement l'assurance vie²². Dans le domaine des assurances privées, un tel avantage octroyé au preneur relève en principe de la liberté contractuelle. Dans le cas où il s'engage à verser une prestation au preneur en cas d'excédents, l'assureur est tenu de lui donner les informations fixées à l'art. 3 I *lit.* e LCA. L'assureur sera sans doute bien inspiré de ne pas se perdre en démonstrations mathématiques et statistiques, mais de préciser au preneur dans quelle configuration il pourra prétendre à une part d'excédent, et comment cette part sera calculée en considération de son contrat d'assurance. Il n'est évidemment pas question pour l'assureur d'avancer un chiffre fixé d'avance, l'excédent étant par définition hypothétique.

- bf) Les valeurs de rachat et de transformation (art. 3 I *lit.* f LCA)

En application de cette disposition, le preneur doit être informé du contenu de l'art. 90 LCA, lequel permet le rachat ou la transformation d'un contrat. A noter que cela concerne essentiellement le domaine de l'assurance vie. Plus précisément, l'obligation de l'assureur consiste en le fait de renseigner le preneur sur l'évolution des valeurs de rachat et de transformation.

- bg) Le traitement des données personnelles, y compris le but et le genre de banques de données, ainsi que sur les destinataires et la conservation des données (art. 3 I *lit.* g LCA)

Le législateur cherche par ce moyen à renforcer la protection des droits de la personnalité, en permettant de déterminer l'utilisation que l'assureur va faire des données de ses clients. La question est particulièrement sensible dans des domaines tels que l'assurance maladie, accident et invalidité, où les données traitées concernent des dossiers médicaux. Il faut à ce titre rappeler l'existence des art. 4 ss de la Loi sur la protection des données (LPD)²³, qui visent à interdire et sanctionner toute utilisation illicite ou abusive de données personnelles.

²² SÜSSKIND, *in*: HAVE/REAS 1/2006, p. 19.

²³ RS. 235.1.

2. *Le moment*

L'art. 3 II LCA prévoit que le preneur doit pouvoir prendre connaissance de l'information au titre de l'art. 3 I LCA avant qu'il ne fasse ou accepte la proposition d'assurance.

3. *La forme*

L'art. 3 LCA ne prévoit expressément aucune forme. Il apparaît cependant, par interprétation téléologique de la disposition et interprétation analogique de l'art. 45 LSA (ayant trait à l'information des intermédiaires d'assurance, cf. *infra*), que les renseignements doivent être remis sous « une forme durable ». Dès lors une transmission orale ou par téléphone n'apparaît pas suffisante. La loi n'évoque nulle part de forme écrite ou authentique. La pratique a développé la notion de « forme textuelle », une appellation dans laquelle peut entrer toute communication prenant l'apparence d'un texte. Cela permet à l'assureur de passer également par des moyens électroniques, tels qu'e-mails, ou serveur sur lequel le preneur peut aller chercher les renseignements²⁴.

Il convient de préciser qu'il ne faut pas confondre la remise de ces renseignements avec celle des conditions générales d'assurance, qui selon l'art. 3 II LCA doivent impérativement être en sa possession avant que le preneur ne fasse ou n'accepte la proposition. Sans doute la meilleure solution pour l'assureur est-elle d'inclure les renseignements exigés par l'art. 3 LCA au début des conditions générales d'assurance, ce qui se rencontre déjà abondamment dans la pratique.

4. *Le cas spécial des assurances collectives*

Le siège de la matière se trouve à l'art. 3 III LCA. Dans une telle configuration, il faut distinguer deux séries d'obligations :

- Celles du preneur d'assurance, qui doit informer les assurés des éléments essentiels du contrat, ainsi que sur ses possibilités de modification ou de dissolution.
- Celles de l'assureur, qui doit mettre à disposition du preneur toutes les informations qui lui sont nécessaires en vue de renseigner les assurés au bénéfice d'un droit direct ; est ici spécifiquement visé l'art. 87 LCA.

²⁴ SÜSSKIND, *in* : HAVE/REAS 1/2006, p. 22.

C. Devoir d'information de l'intermédiaire

Le siège de la matière se trouve à l'art. 45 LSA²⁵ (en cas de modification dans les informations données, il faut alors considérer l'art. 190 OS²⁶). Comme l'exposent les rédacteurs du Message²⁷, « un objectif important de cette disposition est de garantir que les consommateurs²⁸ puissent savoir clairement si l'intermédiaire qui les conseille est dépendant ou non d'une ou plusieurs entreprises d'assurance ».

L'art. 45 LSA énonce les renseignements que l'intermédiaire doit donner au preneur. L'intermédiaire doit indiquer :

- a) *son identité et son adresse* : il est important pour le preneur de savoir à qui il a affaire.
- b) *Les entreprises avec lesquelles le preneur va se lier contractuellement* : cette exigence vise principalement le cas où, par un seul contrat, le preneur se lie avec plusieurs entreprises d'assurance. Il convient pour le preneur de savoir qui est son assureur, principalement en cas de sinistre ; non seulement cela est important en matière de réclamation de prestation, mais également en vue de l'exécution des obligations en cas de sinistre, telle que l'obligation d'annonce.
- c) *Les liens contractuels qu'il entretient avec une ou plusieurs entreprises d'assurance, et le nom de celles-ci* : cette exigence a à nouveau trait à la volonté de transparence. Il s'agit pour le preneur de déterminer quel est le degré de proximité de l'intermédiaire avec l'assureur dont les garanties sont en cause.
- d) *La personne responsable en cas de négligence, faute, ou erreur commise par le responsable* : si cette information est liée à la précédente, il convient de distinguer selon que nous sommes en présence d'un intermédiaire lié ou non lié. Dans le premier cas, l'assureur répond des erreurs de son agent au titre des art. 55 et 101 CO. Dans le cas d'un intermédiaire non lié, l'assureur ne saurait répondre puisque l'on a affaire à un auxiliaire du pre-

²⁵ Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (LSA), RS 961.01.

²⁶ Ordonnance du 9 novembre 2005 sur la surveillance des entreprises d'assurance privées (OS), RS 961.011.

²⁷ FF 2003 p. 3391.

²⁸ Le législateur regarde ainsi officiellement le contrat d'assurance comme un contrat de consommation.

neur. C'est donc l'intermédiaire lui-même qui répondra sur la base de la responsabilité du mandataire²⁹.

- e) *Le traitement des données personnelles* : nous retrouvons ici le souci de protection des droits de la personnalité au regard du caractère sensible de certaines données dont peut disposer l'assureur (tels que des renseignements d'ordre médical).

Par rapport à la forme, l'art. 45 II LSA prévoit que l'intermédiaire doit remettre au preneur les renseignements sur un support durable et accessible. L'exigence est double : le support doit tout d'abord être « durable ». Alors que la LSA ne requiert pas la forme écrite, la forme orale semble clairement insuffisante. Il faut à notre sens effectuer un rapprochement avec la notion de forme textuelle induite par l'art. 3 LCA. Cela permet à l'assureur de considérer des moyens électroniques comme supports de l'information. Ensuite les renseignements doivent être accessibles à l'assuré. La question est ici de savoir si ce critère d'accessibilité se satisfait d'une mise à disposition de l'information par l'assureur, telle que la déposer sur un serveur. Tel ne nous semble pas être le cas si l'intermédiaire peut se rendre compte que le preneur n'est pas en situation de prendre connaissance de l'information ; on peut penser à une personne âgée qui ne disposerait pas d'accès Internet.

D. Information en cours de contrat

Le législateur a prévu, essentiellement dans l'Ordonnance sur la surveillance des entreprises d'assurance (OS)³⁰, divers renseignements à donner au preneur. Il n'est plus tant question d'information précontractuelle ; nous avons bien plutôt affaire à des renseignements portant sur la gestion des contrats. On peut citer à titre d'exemple l'art. 140 OS relatif à l'assurance de prévoyance professionnelle (qui prévoit la remise dans les cinq mois qui suivent la date du bilan de renseignements ayant trait à la comptabilité, à l'attribution des excédents, et à l'information nécessaire à la bonne exécution par le preneur de ses obligations légales d'information) et l'art. 163 OS relatif à l'assurance de protection juridique (qui prévoit que l'assureur multibranche qui n'aurait pas confié la gestion des sinistres à une entreprise juridiquement indépendante doit informer le preneur assuré de son droit à opter pour l'avocat de son choix).

²⁹ Est un intermédiaire lié à l'assureur, selon la législation sur la surveillance, celui qui touche plus de la moitié de sa rémunération auprès d'un ou deux assureurs. L'intermédiaire non lié est tenu de s'inscrire dans le registre prévu à cet effet et de conclure une assurance responsabilité civile (RC) pour les dommages causés dans l'exercice de son activité (cf. art. 43-44 LSA).

³⁰ RS 961.011.

IV. Violation du devoir d'information – Sanction

A. Sanction légale

L'art. 3a LCA prévoit qu'en cas de violation par l'assureur d'une des exigences de l'art. 3 LCA, le preneur est en droit de résilier le contrat dans un délai de quatre semaines dès la découverte du vice, mais au plus tard une année après la conclusion du contrat. La sanction de l'art. 3a LCA consiste donc en un droit de *résiliation extraordinaire*.

B. Appréciation

Considérons l'exemple d'un contrat conclu pour cinq ans. Deux ans plus tard, un dommage partiel survient. L'assureur refuse d'indemniser au motif que le risque survenu n'est pas celui couvert par le contrat. Après examen, il apparaîtrait que l'assureur a mal renseigné le preneur sur ce point. Le preneur ne peut résilier le contrat sur la base de l'art. 3a LCA.

Cependant, au moment d'acquiescer la garantie d'assurance, le preneur envisage bien la prise en charge d'un éventuel sinistre. La possibilité de résilier le contrat ne lui apporte de ce point de vue guère de solution. Se pose alors la question de savoir si les dispositions relatives à la responsabilité précontractuelle peuvent entrer en ligne de compte, cas échéant en complément à l'art. 3a LCA.

Il faut à notre sens interpréter l'art. 3/3a LCA en relation avec les règles générales du droit des obligations, lequel règle tout ce que la LCA ne régleme pas expressément. Au reste, la relation d'assurance repose sur un contrat classique, qui n'échappe pas aux principes généraux. Cela permet de considérer l'art. 2 CC.

Précisons qu'il ne s'agit pas de remplacer les art. 3 et 3a LCA par l'art. 2 CC, mais bien plutôt d'appliquer ce dernier de façon complémentaire. Ainsi, l'art. 2 CC serait-il invoqué en même temps que l'art. 3a LCA dans le cas où le délai de résiliation n'est pas échu, ou exclusivement hors de ce délai. Il est donc admis que la LCA règle de manière exhaustive la question de la résiliation du contrat pour violation du devoir d'information.

Sur l'art. 2 CC repose le fondement de la responsabilité précontractuelle, laquelle est appelée à jouer un rôle particulier lorsque la violation du devoir d'information porte sur l'étendue de la garantie. La mise en œuvre de la responsabilité précontractuelle peut, selon les circonstances, permettre de replacer le partenaire contractuel dans la situation qui eût été la sienne si l'information avait été donnée correctement. Or, il est sans doute des cas dans

lesquels le preneur pourra démontrer que si l'information avait été correcte, il aurait conclu un contrat qui aurait inclus une garantie pour le sinistre en cause.

De fait, la doctrine et la jurisprudence tendent à adopter des solutions nuancées s'agissant de réparer les dommages découlant de la responsabilité précontractuelle. S'il est vrai que le principe porte plutôt sur les dommages intérêts négatifs, la réparation de l'intérêt positif est envisagée aussi, notamment lorsque le contrat a été conclu, et qu'il a débuté dans son exécution. Loin de tout dogmatisme, on cherche le centre de gravité de la relation, soit à déterminer si l'on est encore dans le champ de la responsabilité précontractuelle ou si l'on doit déjà considérer la responsabilité pour inexécution du contrat³¹.

Nous pensons qu'il devrait être possible d'admettre, dans notre hypothèse, la réparation de l'intérêt positif, toutes autres conditions de la responsabilité admises par ailleurs. Il faudra alors notamment que le preneur démontre que s'il avait été informé correctement, il aurait conclu ou pu conclure un contrat couvrant le sinistre, dont l'assureur a refusé la prise en charge. L'appréciation de cette question peut paraître ardue de prime abord, à plus forte raison que l'on est face à un raisonnement qui ressortit à la causalité hypothétique, mais on sait d'un autre côté qu'il existe certains standards dans les garanties d'assurance sur le marché, en tous cas pour ce qui concerne les assurances tout public; cette circonstance peut être de nature à faciliter le règlement de cette question, que le résultat tende d'ailleurs dans un sens ou dans un autre.

Autre est la question de savoir si le devoir d'information doit se doubler d'un droit de *révocation*. Un tel droit n'est pas prévu par la LCA dans son état actuel. L'art. 40 a CO prévoit un droit de révocation dans le cas des contrats conclus par démarchage à domicile, mais selon son texte même, cette disposition n'est pas applicable aux contrats d'assurance. D'aucuns ont souhaité que le champ de l'art. 40 CO fût étendu à l'assurance, mais il est apparu que cela poserait un certain nombre de problèmes liés à la nature même de cette institution. On peut penser aux contrats d'assurance de courte durée (voyage), aux contrats d'assurance RC où des tiers peuvent être touchés, soit des situations dans lesquelles la révocation ne peut être envisagée sans l'assortir de tempéraments, une réflexion qui a été menée lors des travaux qui ont conduit à une proposition de révision totale de la LCA³². A notre avis, de deux choses, l'une:

³¹ THÉVENOZ / WERRO, in: *Commentaire romand*, Bâle, 2003, p. 4.

³² Sur la révocation, cf. art. 7 AP-LCA.

- soit le cocontractant ne dispose pas des éléments lui permettant de se déterminer en connaissance de cause. Dans ce cas, on peut agir préventivement en donnant une information plus complète avant la conclusion du contrat, ou agir *a posteriori* en restituant un délai de réflexion, ce qui peut intervenir par la reconnaissance d'un droit de révocation;
- soit le cocontractant dispose de toutes les informations requises pour se déterminer en toute connaissance de cause; sa volonté est libre, et s'il s'engage, il n'y a pas de raison de revenir sur le contrat.

Le cumul des deux moyens (devoir d'information et droit de révocation) nous paraît contraire à la logique et probablement excessif. Il est vrai que le droit de révocation vise avant tout à protéger le contractant contre des engagements qu'il aurait souscrits par des méthodes de démarchage agressives, là où le prestataire exerce par exemple une pression sur une personne en situation de faiblesse, mais il conviendrait alors à tout le moins de préciser les circonstances dans lesquelles le droit de révocation peut s'exercer; il ne doit pas être possible sans autre et dans tous les cas, sauf à mettre en péril les principes directeurs de notre ordre juridique.

V. Aperçu de droit comparé

Nous allons jeter un bref coup d'œil sur la législation française et la nouvelle législation allemande en matière de devoir d'information.

A. Le droit français

Le régime français opère en droit des assurances privées une distinction entre l'obligation d'information, qui revêt un caractère objectif, et le devoir de conseil, qui présente plutôt un caractère subjectif. Nous allons examiner ces deux aspects: définition, exigences de contenu et de forme, créancier et débiteur de l'obligation et nous terminerons par l'examen des sanctions en cas de violation.

1. *L'obligation d'information*

a) *Fondement et définition*

Le devoir d'information en droit français trouve sa source dans l'art. L. 112-2 du Code des assurances. Il est de nature objective. Cela signifie que l'assureur

doit y satisfaire sans égard à la situation du cocontractant³³ : il importe peu que ce dernier soit un professionnel ou un profane du domaine de l'assurance, considérée ou en général. L'assureur est requis de remettre au preneur d'assurance des documents écrits, lisibles et compréhensibles, qui le renseigneront clairement sur tous les éléments importants du contrat^{34/35}.

D'un point de vue temporel, l'information doit être remise au preneur avant la conclusion du contrat ; cela découle de son caractère précontractuel. Cela implique également que cette obligation est indépendante de la conclusion³⁶ : cas échéant, le partenaire peut considérer que le contrat proposé, en définitive, ne lui convient pas.

En matière de forme, le preneur d'assurance reçoit deux documents : une fiche d'information et à choix de l'assureur, un projet de contrat ou une notice d'information. La remise doit être constatée par écrit sous forme d'une mention signée et datée par le preneur, au bas de la police³⁷. Reprenons ces différents éléments en exposant brièvement leur contenu³⁸.

b) *La fiche d'information*

La fiche d'information contient les informations ayant trait au prix (prime) et aux garanties offertes. Il s'agit des éléments objectivement essentiels du contrat d'assurance. A noter que l'art. R. 112-2 du Code des assurances prévoit que pour des contrats ayant trait aux grands risques ou de durée très limitée (inférieure à trois mois) la remise d'une fiche d'information n'est pas nécessaire ; cela est dû au fait que les premiers sont généralement négociés de gré à gré, et que les seconds ne sont que de peu d'importance ou se rattachent à d'autres services^{39/40}.

³³ P. ex. CHEN, p. 295.

³⁴ Comme cela découle de l'art. L. 112-2 du Code des assurances, disposition centrale en la matière.

³⁵ Cf. à ce sujet les développements exposés dans : BIGOT, *in* : *Traité*, pp. 322-340, Ainsi que LAMBERT-FAIVRE / LEVENEUR, p. 130 ss.

³⁶ BIGOT, *in* : *Traité*, p. 356, ainsi que CHEN, p. 221.

³⁷ Art. R. 112-3 Code des assurances.

³⁸ Pour une présentation détaillée, cf. BIGOT, *in* : *Traité*, pp. 356-365, ainsi que CHEN, pp. 222-226.

³⁹ BIGOT, *in* : *Traité*, pp. 358-359.

⁴⁰ Ainsi des contrats d'une durée maximale de 3 mois, non renouvelables ; des contrats d'assurance liés à la villégiature, au camping, aux sports d'hiver, aux voyages ; des assurances bagages pour un seul voyage. BIGOT, *in* : *Traité*, p. 359 n. 305.

c) *Le projet de contrat ou notice d'information*

Le projet de contrat, auquel s'ajoutent généralement des annexes, constitue le modèle de ce que sera le contrat final. Ainsi doit-on considérer spécialement les conditions générales, les conventions spéciales et conditions particulières.

La notice d'information peut quant à elle remplacer le projet de contrat et ses annexes si elle est claire au sujet des éventuelles exclusions et obligations de l'assuré⁴¹.

Il est à noter l'existence d'une obligation d'information renforcée dans deux situations : le contrat exerçant une influence importante sur le patrimoine de l'assuré (ainsi l'assurance vie)⁴² ou le contrat présentant un caractère de complexité, notamment dans les relations entre les intervenants (ainsi l'assurance collective où l'on rencontre un assureur, un preneur et des assurés adhérents)⁴³.

Il faut encore signaler que les informations comprises dans ces documents n'échappent pas aux règles générales de validité : ainsi les clauses du contrat doivent être lisibles et compréhensibles. Ces exigences sont même renforcées en droit des assurances en ce sens que les clauses de grande importance (telles que déchéance, nullité, exclusion) doivent se présenter en caractères très apparents⁴⁴.

La remise des documents n'est pas à elle seule de nature à acquitter le concontractant de son obligation d'information. Cela s'impose particulièrement lorsque le contrat définitif diffère de ce que prévoyaient les documents précontractuels. L'information n'a pas pu porter dans ce cas sur le contrat définitif ; partant, l'obligation n'a pas pu être exécutée de manière conforme. Il en découle un défaut d'information⁴⁵.

d) *Créancier et débiteur de l'obligation*

Le projet de loi prévoyait à l'origine que les documents présentés plus haut devaient être remis à l'assuré qui en faisait la demande. Cette formulation est imprécise puisqu'au stade des négociations précontractuelles, il n'y a

⁴¹ CHEN, p. 224.

⁴² Art. L. 132-5 Code des assurances.

⁴³ Art. L. 141-4 Codes des assurances : ainsi le preneur d'assurance est-il tenu de remettre les informations prévues par la loi aux assurés adhérents. Cf. également CHEN, p. 232 ss.

⁴⁴ Cf. à ce sujet CHEN, p. 260.

⁴⁵ Cf. sur la question de la valeur informative les développements dans CHEN, p. 245 ss.

pas encore d'assuré. Il faut considérer plutôt que l'assureur doit remettre les documents d'information à toute personne cherchant l'acquisition d'une garantie⁴⁶.

A noter que l'assureur est tenu de renseigner le *souscripteur* ; cela est particulièrement important en matière d'assurances collectives où ce dernier doit spontanément renseigner les assurés adhérents sur les éléments exigés par la loi⁴⁷. L'assureur (ou son intermédiaire) est toujours tenu de remettre spontanément l'information à son partenaire contractuel.

L'assureur est le premier débiteur de l'obligation d'information. A l'instar du droit suisse, le droit français régleme la situation des intermédiaires⁴⁸. On distingue à ce titre l'agent général, qui est une forme de mandataire de l'assureur, du courtier qui est en principe le mandataire du preneur⁴⁹. C'est important pour le régime de responsabilité : l'assureur répond personnellement des actes de l'agent général dans la mesure où ils ont été commis par négligence ou imprudence, comme le prévoit l'art. L. 511-1 du Code des assurances. Le courtier répond personnellement de ses actes auprès du preneur⁵⁰.

e) *Sanctions*

Le droit français distingue deux types de sanctions : celles qui découlent de la violation du contrat d'une part et celles qui ressortissent à la responsabilité précontractuelle d'autre part.

1° *Les sanctions contractuelles*. Il faut évoquer ici les prescriptions relatives aux clauses inconnues, illisibles, obscures, abusives, ambiguës ou non transparentes. Ces règles sont applicables à tout contrat, avec un effet renforcé dans le domaine de la consommation, dont le contrat d'assurance relève désormais aussi.

La *clause inconnue* vise essentiellement deux situations : la première, se rapporte à la clause à laquelle aucune référence n'a été faite et qui est rattachée

⁴⁶ BIGOT, *in* : *Traité*, p. 359. Précisons que le régime en matière de contrats d'assurance est plus sévère que ce qui s'applique pour les contrats de consommation où l'on retrouve généralement la condition de la demande : cf. même auteur p. 360.

⁴⁷ Comme le prescrit l'art. L. 141-4 Code des assurances.

⁴⁸ Cf. art. L. 520-1 Code des assurances.

⁴⁹ A noter que le courtier peut le cas échéant être considéré comme un mandataire de l'assureur : ainsi l'assureur qui investit le courtier du pouvoir de conclure le contrat directement auprès du preneur. Dans une telle configuration, l'assureur répondra des actes de négligence ou d'imprudence du courtier, dans les limites des instructions qu'il a données.

⁵⁰ Cf. à ce sujet art. L. 512-6 Code des assurances.

au contrat ultérieurement. La seconde, vise une clause certes connue du cocontractant, mais qui demeure indisponible pour des motifs imputables au prestataire (dans notre cas l'assureur). Dans les deux cas, l'accord du cocontractant est vicié par le fait que sa volonté n'a pu porter sur un élément qu'il ne connaissait pas et ne pouvait pas connaître, ou sur un élément connu mais dont le contenu demeure inaccessible. Tout se passe alors comme si le contrat avait été conclu sans cette clause⁵¹. La seule exception tient à l'usage, notamment lorsque le cocontractant pouvait valablement considérer que des conditions générales devaient être incluses compte tenu de la nature de l'affaire ou du contrat⁵². Cela se rencontre essentiellement dans les contrats conclus avec des professionnels, ou dans les contrats de masse émis par une entreprise connue.

On envisage ensuite la *clause illisible*. Cette qualification tient essentiellement à l'aspect visuel de la clause : ainsi des caractères trop petits, mal imprimés ou raturés. De telles clauses sont exclues du champ contractuel. Cela découle de l'art. L 133-2 du Code de la consommation ; cette disposition permet de différencier la protection due au professionnel et au consommateur⁵³. A noter que la *clause obscure* partage le sort de la clause illisible. Nous sommes dans ce cas en présence d'une clause lisible certes, mais dont le contenu est incompréhensible.

Relativement à la *clause abusive*, il faut se référer à l'art. 132-1 du Code de la consommation qui prévoit ceci : « dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou avec des consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». La sanction est claire : « les clauses abusives sont réputées non écrites »⁵⁴.

C'est en fonction de sa formulation que l'on jugera si une disposition contractuelle est une *clause ambiguë*. Tel sera le cas en présence de deux ou plusieurs interprétations *objectivement* possibles. Dans une telle situation, le juge appliquera la théorie de l'interprétation favorable. On oppose au rédac-

⁵¹ Pour un exposé plus détaillé cf. p. ex. LIMBACH, pp. 225-228.

⁵² LIMBACH, pp. 238-239, sur le caractère inexcusable de l'attitude du cocontractant.

⁵³ Pour un exposé plus détaillé cf. p. ex. LIMBACH, pp. 225-228.

⁵⁴ Cf p. ex. LAMBERT-FAIVRE/LEVENEUR, pp. 143-144. A noter l'existence d'une législation européenne (transposée à niveau national) : Directive CEE du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs, JO L-95 du 21.4.1993, pp. 29-34.

teur le sens que le cocontractant pouvait objectivement et raisonnablement attribuer à la clause incriminée^{55/56}.

On peut encore faire état de la clause dite «*non transparente*». Il s'agit certes d'une clause lisible, disponible et compréhensible. Le problème tient toutefois à cette dernière exigence en ce que le sens de la disposition ne peut être dégagé qu'à raison d'efforts particuliers du cocontractant; la rédaction est décourageante: longue, pénible et rébarbative. S'il ne s'agit pas de bannir toute formule revêtant un caractère de complexité, étant admis que cela est parfois nécessaire, le rédacteur doit opter pour une formulation plus simple s'il se rend compte que cela est raisonnablement possible. La sanction tient au fait que la clause non transparente est écartée de la convention⁵⁷.

En matière d'information et spécifiquement dans le domaine de l'assurance, on considère qu'un défaut d'information entraîne un manque de clarté. La clause au sujet de laquelle le preneur n'a pas été renseigné correctement est réputée peu claire et soumise dès lors aux principes généraux applicables en pareille hypothèse. Par conséquent, elle pourra faire l'objet d'une interprétation favorable au preneur. Une telle sanction se justifie par le fait que l'assureur est celle des parties qui maîtrise le produit proposé; il doit donc être clair. La règle de l'interprétation favorable entraîne généralement pour résultat que le preneur se voit indemnisé comme si le cas d'assurance était effectivement couvert⁵⁸.

2° *La responsabilité précontractuelle*. On distingue deux types de sanctions: la remise en cause du contrat et la réparation du préjudice.

La première sanction entraîne la résiliation du contrat en raison d'un vice du consentement (étant admis que ce vice trouve sa source lors de la délivrance de l'information précontractuelle)⁵⁹. Il apparaît que cette sanction n'a pas grand intérêt dans le cas où le preneur recherche le déploiement de la garantie. Elle est donc généralement limitée au cas où le preneur découvre après la conclusion, mais hors cas de sinistre, que le contrat n'est pas celui qu'il entendait passer.

⁵⁵ A noter une législation de plus en plus dense en matière de protection du consommateur; ainsi est-on intervenu sur le plan national (tel l'art. L 133-2 du Code de la Consommation pour le droit français), mais également sur le plan européen. Il apparaît clairement que la protection du consommateur à niveau communautaire est une condition de bon fonctionnement du Marché Unique. Cf. sur cette législation LAMBERT-FAIVRE / LEVENEUR, p. 134 ss.

⁵⁶ LIMBACH, p. 230. CHEN, p. 280 ss.

⁵⁷ LIMBACH, pp. 230-234.

⁵⁸ CHEN, pp. 280-284.

⁵⁹ A noter des règles spécifiques en matière d'assurance vie. Cf. CHEN, pp. 285-287.

La responsabilité précontractuelle permet quant à elle la réparation du préjudice subi par le preneur d'assurance. Le résultat est très conforme à celui qui découle de l'interprétation favorable. On tend à remettre le preneur dans la position qui serait la sienne si l'information précontractuelle avait été délivrée correctement⁶⁰. Il en découlera généralement le versement de dommages et intérêts correspondant au préjudice subi : ce dernier sera égal au montant de la garantie que l'on aurait obtenue en cas de couverture du sinistre.

3° *Les sanctions administratives.* On peut encore signaler l'existence de sanctions administratives, dès lors infligées par l'Etat. A titre d'exemple, on mentionne la possibilité pour l'autorité d'exiger le retrait ou la modification d'un document contractuel qui présenterait des défauts de clarté. Cela est appréciable en ce sens que le contrat d'assurance est un contrat de masse ; les documents contractuels sont généralement produits en série⁶¹.

2. *Le devoir de conseil*

a) *Définition*

Le devoir de conseil trouve son origine dans la jurisprudence⁶². En matière de contrat d'assurance, il est un complément à l'obligation d'information en ce sens que là où cette dernière est d'ordre objectif, le devoir de conseil revêt plutôt un caractère subjectif. De surcroît, il s'agit d'une obligation positive : l'assureur doit donc rechercher quelle est la meilleure garantie pour son partenaire. En résumé, l'assureur (pratiquement l'intermédiaire) doit non seulement s'adapter aux connaissances du preneur d'assurance, mais également le conseiller afin de lui présenter la solution la plus avantageuse⁶³.

b) *Débiteur et créancier*

Nous retrouvons une situation identique à celle qui prévaut pour l'obligation d'information. Ainsi l'assureur, les intermédiaires au sens strict mais aussi les intervenants non professionnels sont tenus. Le preneur d'assurance ou l'adhérent (assuré dans l'assurance collective) sont créanciers du devoir du conseil.

⁶⁰ Cf. p. ex CHEN, p. 288. A noter que le droit français peut accorder une indemnité partielle lorsque le dommage semble se limiter pour le preneur, à la perte d'une chance de trouver un autre assureur.

⁶¹ Cf. p. ex CHEN, p. 291.

⁶² Cf. notamment : Cour de Cassation 1^{re} cour civile 10 novembre 1964 (note in : RGAT 1965 p. 175) ; Cour de Cassation 1^{re} cour civile 30 juin 1987, (note in : RGAT 1987 p. 600). Cour de Cassation 1^{re} cour civile 10 mai 2000.

⁶³ Cf. p. ex. LAMBERT-FAIVRE / LEVENEUR, p. 125, et CHEN, p. 295 ss.

c) *Sanctions*

La sanction d'une violation du devoir de conseil est la condamnation de l'assureur ou de l'intermédiaire au versement de dommages et intérêts à la victime. Le professionnel fautif est en principe toujours solvable : l'assureur répond des fautes commises par l'agent général et le courtier doit contracter une assurance RC pour exercer son activité⁶⁴.

B. Le droit allemand

1. Généralités

Le droit allemand considère que l'assureur doit satisfaire à trois devoirs : le devoir d'information au sens strict, le devoir d'explication (ou de clarification) et le devoir de conseil⁶⁵.

- Le devoir d'information implique la remise par l'assureur des informations exigées par la législation.
- Le devoir d'explication implique que l'assureur éclaircisse des points lorsqu'il se rend compte que le preneur ne les comprend pas, ou se trouve clairement dans l'erreur (étant admis que les documents remis au preneur sont objectivement clairs). L'assureur doit également répondre de manière complète aux questions du preneur s'il vient à en poser.
- Le devoir de conseil intervient quant à lui en cas de demande expresse du preneur d'assurance : ce dernier cherche la meilleure protection en fonction de sa situation. Cela arrivera fréquemment dans des cas particuliers tels que la création d'une entreprise par exemple.

En résumé, l'obligation de l'assureur semble consister en la remise de documents informatifs les plus clairs et complets possibles. S'il lui apparaît que le preneur est dans l'erreur, l'assureur doit fournir des explications supplémentaires. Pour le reste, il appartient au preneur d'assurance de se mettre en relation avec l'assureur si des points lui paraissent peu clairs : il convient de rappeler que le pendant de l'obligation d'information est le devoir de se renseigner⁶⁶. Enfin, l'assureur assume une responsabilité analogue à celle du mandataire lorsque le preneur demande des conseils en vue du produit d'assurance le plus adapté à sa situation⁶⁷.

⁶⁴ Cf. p. ex CHEN, p. 305 ss.

⁶⁵ Pour des définitions de ces notions cf. HUCKELE, pp. 15-17.

⁶⁶ Cf. KUONEN, pp. 450-453. Si les écrits de cet auteur s'intègrent dans une analyse du droit suisse, il ne faut pas oublier que les devoirs précontractuels sont issus du principe général de la bonne foi, principe directeur également en droit allemand.

⁶⁷ Pour de plus amples développements sur toutes ces questions, cf. HUCKELE, pp. 33-44.

2. *La loi sur le contrat d'assurance*

La question du devoir d'information en assurance privée trouve sa source principale dans le paragraphe 7 de la loi allemande sur le contrat d'assurance⁶⁸ et surtout dans l'ordonnance qui lui est rattachée. Pour l'essentiel, le contenu de la législation allemande est proche de ce que prévoit le droit suisse. Elle s'en distingue cependant par sa longueur et sa façon très détaillée.

a) *Exigences de temps de contenu et de forme*

Alors qu'il est question de devoir précontractuel, il apparaît que l'information doit être remise au preneur avant la conclusion du contrat. C'est en toute logique que le droit allemand ne diffère pas sur ce point du régime suisse.

Le paragraphe 7 VVG allemande énonce les grands principes tels que clarté et support textuel. Le paragraphe 1 de l'Ordonnance contient les exigences qui s'étendent à tous les contrats. Les paragraphes 2 et 3 sont des dispositions spécifiques à des domaines d'assurance particuliers : ainsi l'assurance vie, l'assurance perte de gain et l'assurance accident avec garantie de retour de prime pour le paragraphe 2 ; l'assurance-maladie pour le paragraphe 3.

Le paragraphe 4 s'inscrit dans une volonté de protection du consommateur en cas de souscription d'un contrat de grande importance : ainsi, l'assureur doit-il remettre au preneur un « document d'information sur le produit » contenant les divers renseignements énoncés. Le paragraphe 5 fait obligation à l'assureur de donner certains renseignements au preneur lorsqu'il contacte ce dernier par téléphone : ainsi, l'assureur doit-il par exemple donner son identité et le but de son appel.

Le paragraphe 6 se distingue par le fait qu'il prévoit des obligations d'informations pendant la durée du contrat, tel que le devoir de communiquer un changement d'identité par exemple.

La législation allemande est très dense. Nous nous permettons d'y renvoyer pour les détails⁶⁹.

⁶⁸ Versicherungsvertragsgesetz (VVG).

⁶⁹ Ainsi la loi est-elle librement consultable sur le site du Ministère de la justice allemand : www.gesetze-im-internet.de/vvg_2008/index.html ; pour l'ordonnance : www.gesetze-im-internet.de/vvg-infov/index.html. Nous nous contentons ici de signaler quelques éléments des plus dignes d'intérêt : en première information, l'assureur doit décliner son identité. Cela s'étend également aux mentions relatives au registre du commerce. Dans le même ordre d'idées, il est nécessaire de donner l'identité d'un représentant de l'assureur dans l'Etat membre de l'UE dans lequel le preneur est domicilié, pour autant qu'un tel représentant existe. L'assureur doit ensuite indiquer quelle est son activité principale. Il peut être plus rassurant pour le preneur, notamment par rapport à des questions de solvabilité de l'assureur, de savoir si le domaine de l'assurance consiste en l'activité principale de celui qui se présente comme assureur.

b) *Créancier et débiteur de l'information*

Le débiteur de l'information est en premier lieu l'assureur. Les intermédiaires sont évidemment tenus par l'obligation de renseigner; il faut à ce titre considérer les paragraphes 59 ss VVG allemande. Le créancier de l'information est le preneur d'assurance (également l'assuré dans une assurance collective).

3. *Sanctions*

La seule sanction directe en matière de violation du devoir d'information se trouve au paragraphe 8 VVG allemande. Ce dernier prévoit la possibilité pour le preneur de résilier le contrat⁷⁰: ce droit de résiliation doit être exercé dans un délai de deux semaines à partir du moment où l'assureur a satisfait à son devoir d'information – d'aucuns avaient suggéré que le droit de résiliation du preneur persiste *ad perpetuam*⁷¹.

Quant à la réparation du dommage, elle passe par d'autres voies. Il faut considérer tout d'abord le paragraphe 63 VVG allemande, qui a trait au régime de responsabilité pour les intermédiaires (à noter que la loi distingue deux types d'intermédiaires – lié ou non – à l'assureur). Le système prévoit que l'intermédiaire qui faillirait à ses obligations de renseignements et de conseil doit répondre du dommage qui peut en résulter. Cela est particulièrement utile en matière d'interprétation de contrat: si l'assureur refuse la prestation en cas de sinistre et qu'il apparaît que l'information a été mal communiquée, l'intermédiaire sera tenu à ce qui aurait été effectivement versé si l'information avait été donnée correctement.

Signalons que la réparation du dommage par l'assureur n'est possible que pour une violation des devoirs d'explication et de conseil⁷²: le devoir d'information au sens strict n'entraîne que la résiliation du contrat. Cela découle

Remarquable également est le fait que l'assureur doit informer de manière détaillée sur le paiement et l'accomplissement des obligations contractuelles, spécifiquement quant au moyen de paiement de la prime. Un autre point important a trait à la couverture: ainsi l'assureur doit-il correctement informer sur le moment de venue à chef du contrat, particulièrement sur le début de l'assurance et sur la couverture pendant la durée du délai durant lequel celui qui fait l'offre est lié.

On peut encore mentionner le fait que l'assureur doit informer sur les conditions de résiliation contractuelle à l'exclusion de situations éventuelles ayant trait à la violation du contrat. Les questions relatives au droit applicable et au for sont également à éclaircir.

Signalons enfin, l'obligation de donner le nom et l'adresse de l'autorité de surveillance auprès de laquelle le dépôt de plainte est possible.

⁷⁰ HUCKELE, p. 22.

⁷¹ Cf. Abschlussbericht der Kommission zur Reform der Versicherungsvertragsrechts vom 19. April 2004, p. 189.

⁷² Cf. HUCKELE, pp. 21-22.

des principes généraux, spécifiquement du paragraphe 280 du Code Civil allemand (BGB)^{73/74}. Il en résulte pour l'assureur un régime de sanction analogue à celui qui prévaut pour l'intermédiaire: l'assureur répond des actes de son intermédiaire, eu égard aux règles de la représentation.

VI. Conclusion

Le nouveau régime suisse prévoit donc trois types d'obligation d'information que l'on peut inscrire dans une chronologie:

L'information de l'intermédiaire, notamment relative à ses relations avec l'assureur dont il propose les garanties.

L'information précontractuelle portant sur la garantie dont la souscription est en cause. Cette obligation pèse sur l'assureur qui peut cas échéant en déléguer l'exécution à un auxiliaire (intermédiaire d'assurance), mais c'est bien l'assureur qui répond en cas de violation.

L'information en cours de contrat, telle qu'elle est prévue spécialement dans l'assurance vie (individuelle ou collective).

La question qui se pose aujourd'hui, est celle de savoir si la mise en œuvre des prescriptions de l'art. 3 LCA permet d'atteindre l'objectif, à savoir donner au preneur les moyens d'une comparaison des produits sur le marché. Deux considérations finales à cet égard:

1^o L'assurance reste une affaire *complexe*. Celui qui envisage la conclusion d'un contrat d'assurance sait (ou doit savoir) qu'il s'engage dans une procédure qui nécessite une réflexion approfondie. Aucun devoir d'information ne peut supprimer cette servitude. Une garantie appropriée suppose du temps et de l'attention.

2^o Le devoir d'information, tel qu'il découle du nouvel art. 3 LCA, permet cependant d'assurer que le preneur dispose des moyens lui permettant d'appréhender les caractéristiques essentielles de la garantie. Si l'on peut attendre un conseil personnalisé de l'assureur dans des affaires spéciales, s'agissant de la souscription des contrats de masse, il faut probablement admettre que par la remise d'un formulaire résumant les prestations offertes, l'assureur a fait ce qu'il pouvait en vue d'informer convenablement son futur parte-

⁷³ Bürgerliches Gesetzbuch.

⁷⁴ Cf. p. ex. ABRAM, *in*: Versicherungsrecht, pp. 46-47.

naire. Il appartient à ce dernier cas échéant de poser des questions complémentaires, auxquelles naturellement l'assureur est tenu de répondre. Dans ce sens, on peut admettre que l'art. 3 LCA est une contribution à l'information du souscripteur⁷⁵. Il ne faut probablement pas attendre plus de cette nouvelle disposition.

Par ailleurs, l'assureur n'a un devoir de conseil que dans certaines situations particulières, par exemple lorsqu'il peut se rendre compte du fait que son partenaire doit disposer d'un conseil spécial ou qu'il peut reconnaître que son partenaire est dans l'erreur (il s'agit de l'application générale de principes tirés de l'art. 2 CC), ou encore lorsque le preneur le requiert expressément. C'est aussi la solution qui paraît découler des régimes français et allemand. Instituer d'autres obligations de conseil entraverait excessivement la conclusion de contrats d'assurance de masse ; les modalités doivent être dans ce domaine aussi simples que possible.

⁷⁵ Il est vrai que les conditions générales d'assurance (CGA) sont difficilement accessibles au non-spécialiste ; elles restent cependant indispensables à mesure qu'elles constituent les conditions contractuelles, qu'elles fixent en d'autres termes juridiquement les droits et obligations des parties.

Bibliographie

- ABRAM Nils, *Informations- und Beratungspflichten des Versicherungsvermittlers nach dem Vorschlag der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts*, in : *Versicherungsrecht*, 1/2005, Karlsruhe, pp. 43-49. (Cité : ABRAM, in : *Versicherungsrecht*).
- BIGOT Jean, *Les documents contractuels*, in : *Traité de droit des assurances*, Tome III, Paris, 2002, pp. 307-417. (Cité : BIGOT, in : *Traité*).
- BRULHART Vincent, *Droit des assurances privées*, Berne, 2008. (Cité : BRULHART).
- CHEN Peng, *L'information précontractuelle en droit des assurances*, thèse Aix-en-Provence, 2005. (Cité : CHEN).
- DULCKEIT Gerhard, *Naturrecht und positives Recht bei Kant*, Aalen, 1987. (Cité : DULCKEIT).
- HASENBÖHLER Franz, *Schwerpunkte des teilrevidierten Versicherungsvertragsgesetz (VVG)*, in : *AJP/PJA* 7/2006, Lachen, pp. 833-839. (Cité : HASENBÖHLER, in *AJP/PJA*).
- HUCKELE Christian, *Die vorvertraglichen Aufklärungs- Beratungs- und Informationspflichten im Versicherungsrecht*, Tübingen, 2005. (Cité : HUCKELE).
- KUONEN Nicolas, *La responsabilité précontractuelle*, thèse Lausanne, 2007. (Cité : KUONEN).
- LAMBERT-FAIVRE Yvonne / LEVENEUR Laurent, *Droit des assurances*, 12^e éd., Paris, 2005. (Cité : LAMBERT-FAIVRE/LEVENEUR).
- LIMBACH Francis, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales – De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, Paris, 2004. (Cité : LIMBACH).
- MAURER Alfred, *Schweizerisches Privatversicherungsrechts*, 3^e éd., Berne, 1995. (Cité : MAURER).
- SÜSSKIND Marcel, *Die vorvertragliche Informationspflicht des Versicherers gemäss Art. 3 des revidierten Versicherungsvertragsgesetz*, in : *HAVE/REAS* 1/2006, pp. 15-25. (Cité : SÜSSKIND, in : *HAVE/REAS* 1/2006).
- THÉVENOZ Luc / WERRO Franz, in : *Commentaire Romand, Code des Obligations I*, Bâle, 2003. (Cité : THÉVENOZ/WERRO, in : *Commentaire Romand*).
- WALINE Marcel, *L'individualisme et le droit*, 2^e éd., Paris, 2007. (Cité : WALINE).
- WERRO Franz / HAHN Catherine, *La révision de la loi sur le contrat d'assurance*, in : *HAVE/REAS* 2/2003, pp. 91-100. (Cité : WERRO/HAHN, in : *HAVE/REAS* 2/2003).

Le droit à l'information : un droit fondamental de la personne

FRANZ WERRO*

Table des matières

1. Le droit à l'information: un droit constitutionnel et un droit de la personnalité	230
2. Le devoir d'information et le rôle du contrat	231
3. La sanction du devoir d'information et la définition du préjudice réparable	233
4. Le fardeau de la preuve	236
Bibliographie (sélective)	238

La présente journée de la responsabilité civile a porté sur la responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel. Alors que certains exposés en ont exploré les fondements, d'autres en ont dégagé les particularités en fonction de différentes professions. Les uns et les autres ont admis le devoir d'information à la charge de celui qui agit à titre professionnel et en qui le public place donc une confiance particulière.

Dans le prolongement de l'exposé introductif de Christine Chappuis, celui qui suit tentera de poser que, dans ce contexte, l'information fait l'objet d'un véritable droit fondamental de l'individu: un droit constitutionnel dans les rapports avec l'Etat, et un droit de la personnalité dans les rapports avec les particuliers¹.

Les brefs développements qui suivent montreront d'abord que le droit à l'information repose sur la constitution et la loi (1). Ils cerneront ensuite le rôle du contrat en relation avec les modalités du devoir d'information (2.) pour dégager la sanction qui doit s'attacher à la violation de celui-ci (3.). Quelques remarques porteront finalement sur le fardeau de la preuve de l'information (4.).

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg et Georgetown University Law Center, Washington, DC. Je remercie Marine Luy, assistante à la Faculté de droit de Fribourg, de l'aide qu'elle m'a apportée dans la mise au point de ce texte.

¹ Pour une esquisse de l'importance qu'a prise l'information et le respect de l'autonomie de la personne après la deuxième guerre mondiale, cf. CHAPPUIS / WERRO, 560 ss.

1. Le droit à l'information : un droit constitutionnel et un droit de la personnalité

La consécration de l'autonomie, de la liberté et de la dignité de l'individu est au cœur des aspirations de l'édifice juridique tel qu'il résulte aujourd'hui de la Constitution fédérale et de la Convention européenne des droits de l'homme². Cette approche fonde également la raison d'être des articles 27 et 28 CC, dans les rapports entre les particuliers. Or, ces biens protecteurs de la personne ne sauraient se concevoir sans reconnaître à cette dernière un droit à l'information, tant vis-à-vis de l'Etat que dans les rapports avec les particuliers, du moins lorsque ceux-ci exercent une activité à titre professionnel. C'est la raison pour laquelle, en France et en Allemagne notamment, on a admis qu'en matière médicale, ce droit trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine³. Ce qui est vrai en matière médicale, l'est à notre avis aussi d'une manière générale : l'autonomie de la personne et le respect de la dignité sont des valeurs propres, qui sont reconnues indépendamment de la protection de l'intégrité corporelle. En réalité, leur sauvegarde est inhérente au principe de la liberté de l'individu qu'entend sauvegarder l'ordre juridique dans son entier ; pour nous, le droit à l'information s'affirme donc de façon générale, comme une exigence fondamentale pour le respect de la personne. A partir de là, on ne peut que donner raison à Christine Chappuis qui propose de comprendre le droit à l'information comme un droit absolu dans les rapports avec les professionnels ; pour ma part, j'y vois un droit de la personnalité au sens de l'art. 28 CC dans les rapports avec les particuliers et un droit constitutionnel dans les rapports avec l'Etat.

Reconnaître que le droit à l'information est un droit fondamental – constitutionnel ou absolu – signifie qu'il s'impose indépendamment du contrat, du moins dans son seuil minimal. Cela ne veut pas dire que ce droit se conçoit sans limite ou qu'il s'entend de façon univoque. La pluralité des exposés réunis dans le présent volume a permis de comprendre que l'information a un contenu à géométrie variable et que, si l'exigence de vérité et d'information s'impose de façon générale comme un bien digne de protection, elle ne prend son sens spécifique et concret qu'au regard des différentes activités qui sont en cause. On ne peut en mesurer par ailleurs l'étendue sans prendre en compte le coût qu'elle génère à la charge de celui qui est censé la fournir.

² Art. 7 Cst. féd. (dignité humaine) ; cf. ég. 10 Cst. féd. (liberté personnelle) ; art. 16 Cst. féd. (liberté d'information).

³ ATF 117 Ib 197 ; pour toutes les références utiles, dans une perspective comparative, cf. HECKENDORN, n. 252 ss ; sur la constitutionnalisation du droit à l'information, cf. Civ. 1^{re}, 9 oct. 2001, www.courdecassation.fr.

C'est dire que le devoir d'information est loin d'imposer à son débiteur un devoir fixé d'avance, une fois pour toutes. Il consiste bien plus en un devoir de diligence raisonnable qu'il convient de mesurer au regard des circonstances concrètes du cas d'espèce et de la personne qu'il s'agit d'informer. Le Tribunal fédéral a raison de souligner en matière bancaire que l'information dépend du profil de celui à qui elle est destinée⁴. Cela étant, on comprendra que le respect de la liberté individuelle et de l'autonomie privée n'a de sens véritable que si la personne agit de façon informée ou qu'elle consent, comme on le dit souvent, de façon éclairée.

Si on accepte de voir dans le droit à l'information un droit absolu, son fondement ne fait guère de doute: au sens large, il existe de par la loi et il est lié de manière nécessaire au respect de la dignité humaine. L'affirmation ne date pas d'hier: on rappellera que, sans passer par la responsabilité fondée sur la confiance⁵, le Tribunal fédéral avait déjà reconnu, en 1931 déjà, comme un corollaire un devoir de renseigner et affirmé que, même si la loi ne prescrit nulle part l'obligation de dire la vérité, « il est un postulat de l'ordre légal que celui qui donne un renseignement doit le donner de manière correcte dès qu'il est reconnaissable pour lui que le renseignement a, ou peut avoir, pour celui qui le demande, une signification lourde de conséquences »⁶.

A ce constat liminaire du caractère légal ou fondamental du droit à l'information, il faut ajouter quelques développements pour mieux comprendre la relation qui existe entre ce droit ainsi consacré et le contrat, dès lors que, le plus souvent, les personnes appelées à fournir des informations sont engagées par contrat aux personnes à qui elles les donnent.

2. Le devoir d'information et le rôle du contrat

Plutôt que dans la loi, ou dans la constitution, il est tentant de voir dans le contrat le fondement du droit à l'information. En effet, ainsi que nous venons de l'affirmer, quand l'avocat accepte de rendre des services juridiques à une personne, il le fera sur la base d'un mandat. Comme il n'est pas tenu de rendre les services qu'il prodigue en dehors d'une relation contractuelle, on est tenté de soutenir que celle-ci constitue le cadre idoine pour délimiter les obligations qui en découlent.

⁴ TF, 4 C.166/2000.

⁵ Pour la première fois, cf. ATF 120 II 331 = JdT 1995 I 359.

⁶ ATF 57 II 81 c. 1 et 2, JdT 1931 I 557.

Depuis plusieurs années, cependant, on admet, plus ou moins expressément, que le droit à l'information trouve son fondement ailleurs que dans le contrat entre le professionnel et son client, et qu'il ne dépend pas non plus de la qualification qui en est faite. C'est ainsi que la jurisprudence a pu retenir que le droit à l'information n'est pas inhérent au mandat, mais qu'il peut s'imposer de la même façon en matière d'entreprise⁷. Pour dépasser le contrat, on a ainsi proposé de voir dans le devoir d'informer une expression des exigences du principe de la bonne foi (art. 2 CC)⁸. Cette approche ne se distingue pas de celle qui fonde le devoir d'information sur la loi ou qui assimilerait la violation du principe de la bonne foi à un acte illicite: dans un cas comme dans l'autre, le devoir s'impose indépendamment de toute négociation, au regard de la relation légale ou volontaire qui existe entre deux personnes. Lorsqu'un contrat crée un lien spécifique entre celui qui fournit des informations et celui qui les reçoit, ce n'est pas lui qui impose ce devoir d'information: c'est la loi qui veut, en conformité avec les exigences du principe de la bonne foi, que les relations entre les personnes soient fondées sur la transparence et la vérité. Comme on a pu le dire en France, reconnaître que la dignité fonde l'obligation d'information permet de détacher cette obligation des mécanismes contractuels et de l'imposer à d'autres personnes que le débiteur contractuel⁹.

En affirmant que le droit à l'information est un droit de la personnalité, on pose clairement le caractère légal et non volontaire de ce droit, du moins dans son seuil minimal. Il semble d'ailleurs que tous les exposés de ce jour aient insisté, ne serait-ce qu'implicitement parfois, sur cet aspect des choses. L'affirmation du caractère légal du droit à l'information trouve diverses justifications; c'est le statut de celui qui la prodigue, comme l'a souligné le professeur Lévy, à propos de la relation entre l'avocat et son client¹⁰; c'est la loi, en matière bancaire, comme la professeure Emmenegger l'a souligné, selon certaines dispositions prévues spécialement à cet effet (art. 11 LBVM)¹¹. Les exposés des professeurs Junod et Brühlart me paraissent aller dans le même sens, en matière de distribution de médicaments ou d'assurance¹².

Plus que dans le contrat, qui fonde des obligations que la loi ne prévoit pas, l'information trouve donc, encore une fois, son fondement propre dans

⁷ ATF 129 III 604, c. 4.1.

⁸ Pour une approche semblable, cf. CHAPPUIS / WERRO, 565 ss.

⁹ En matière médicale, cf. François CHABAS, L'obligation médicale d'information en danger, JCP 2000 I 212.

¹⁰ Voir la contribution d'Alain Bruno Lévy dans le présent ouvrage.

¹¹ Voir la contribution de Suzan Emmenegger dans le présent ouvrage.

¹² Voir les contributions respectives de Valérie Junod et Vincent Brulhart dans le présent ouvrage.

la loi. C'est cette dernière qui impose à celui qui se livre à une activité professionnelle de respecter ce devoir et qui en définit les limites. On le voit très clairement dans le domaine médical où on constate que le contrat n'offre guère de cadre juridique que pour donner une assise à la prétention d'honoraires du médecin, mais non pour définir ce que le médecin est appelé à faire une fois qu'il a accepté le mandat confié. Il n'en va pas différemment, selon nous, dans les autres domaines.

Cela ne signifie pas au demeurant que l'information ne peut jamais faire l'objet de négociations pour l'adapter à des besoins spécifiques. Cela veut dire en revanche qu'elle ne peut faire l'objet d'une limitation conventionnelle au-delà d'un certain seuil, qui résulte de la loi et qu'il appartient au juge de définir au regard des intérêts en cause. Ce qui vient d'être dit pour le devoir d'information pourrait se dire de toutes les obligations de diligence qu'on retient habituellement à la charge des mandataires. Tant que le contrat ne vient pas augmenter les devoirs qui s'imposent à la charge de celui qui agit au service d'autrui, c'est la loi qui en détermine le contenu et qui doit en assurer la sanction. Il n'y a aucune raison de sanctionner le manquement à la diligence due avec d'autres règles que celles qui sanctionnent la négligence en application de l'art. 41 CO. Ainsi, il ne faut pas traiter le médecin qui prodigue des soins, sans promettre autre chose que le respect des règles de l'art, plus sévèrement selon qu'il s'est engagé par contrat ou non¹³.

3. La sanction du devoir d'information et la définition du préjudice réparable

Il résulte de ce qui précède que la sanction du devoir d'information doit être celle en principe qui convient à la violation des devoirs légaux (art. 41 ss CO) et non à celle des obligations (art. 97 ss CO). Nous reviendrons toutefois sur la question du fardeau de la preuve de l'absence d'information qui, pour des raisons qui tiennent à la difficulté d'établir l'existence d'un fait négatif, appelle un régime particulier.

En dehors de cette question, une difficulté particulière concerne la sanction du devoir d'information et plus précisément, celle de la définition du préjudice réparable et de la nature de l'indemnité à verser à la victime. Il

¹³ Il est intéressant de noter à ce propos que dans l'ATF 126 III 113, JdT 2001 I 91, le Tribunal fédéral est notamment parvenu à la conclusion que s'agissant des obligations d'une station de remontées mécaniques « les exigences de sécurité que l'on peut déduire du contrat ne vont [...] pas au-delà de celles qui ont été explicitées sur le plan extracontractuel ». Pour l'exposé de notre thèse, cf. par exemple, WERRO, Responsabilité civile, n. 1494 ss et les réf. citées.

convient en effet de se demander quelle est la perte qui spécifiquement découle de la violation du devoir d'information. On y verra sans difficulté un tort moral ; il consiste dans la souffrance résultant de la privation de l'autonomie indûment bafouée. Il paraît en revanche plus difficile d'admettre que l'absence d'information justifie véritablement la réparation d'un quelconque autre préjudice.

On sait pourtant que la jurisprudence retient aujourd'hui en matière médicale que celui qui a manqué à son devoir peut devoir assumer toutes les conséquences économiques d'un échec thérapeutique, en l'absence même de toute faute technique prouvée¹⁴. Il suffit que le patient fasse valoir qu'il aurait refusé l'intervention pour que la responsabilité du médecin soit ainsi engagée pour tout le préjudice résultant de l'échec de la thérapie. Dans un arrêt récent, et en application de la règle qui précède, le Tribunal fédéral a rappelé que le médecin a néanmoins la faculté d'invoquer le consentement hypothétique du patient et qu'il peut établir que ce dernier aurait accepté l'opération s'il avait été dûment informé des risques encourus, le patient pouvant faire valoir qu'il avait des motifs personnels qui l'auraient conduit à refuser le traitement¹⁵ ; nous reviendrons sur cet aspect des choses plus loin.

En ce qui concerne le préjudice réparable, le Tribunal fédéral part du principe que, lorsque le médecin viole son devoir d'information sur le plan thérapeutique, le consentement au traitement donné par le patient est vicié. De ce fait, il retient également que sans consentement valable, le traitement est illicite et que l'atteinte à l'intégrité corporelle l'est donc aussi. Dans cette approche, le médecin doit répondre des soins prodigués, même avec toute la diligence requise, si pour une raison quelconque, le patient subit un préjudice corporel lié à l'intervention¹⁶.

Cette conception est sévère pour le médecin et elle perd de vue que le patient a sollicité l'intervention médicale. On ne saurait assimiler le consentement vicié du patient à l'absence totale de consentement. On peut ainsi se demander s'il ne serait pas plus juste de retenir que la violation du devoir d'information entraîne la seule compensation du tort moral que subit celui dont le droit à la personnalité est violée lorsqu'il ne reçoit pas l'information adéquate. Ce tort moral résultera typiquement 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 préparer¹⁷. Une autre façon d'arriver au même

¹⁴ ATF 108 II 59, c. 3 ; favorable à cette approche, cf. GUILLOD, 164 ; pour plus de réf., cf. ég. WERRO, Responsabilité civile, n. 376 ss.

¹⁵ ATF 133 III 121.

¹⁶ ATF 108 II 59, c. 3.

¹⁷ Cf. Franz WERRO, Responsabilité civile médicale, p. 25.

résultat consisterait dans le fait d'imputer sur la créance du patient, telle que la calcule le Tribunal fédéral, les conséquences économiques du refus hypothétique de l'intervention médicale: en mettant l'aggravation de l'état de santé résultant du refus de l'intervention médicale qu'aurait opposé le patient dûment informé, on ramènerait la prétention du patient au préjudice qui résulte de la privation du choix dont il a souffert.

A l'appui de cette proposition, on retiendra que le droit à l'information n'est pas là pour protéger l'intégrité corporelle ou matérielle ou financière, comme telle, mais pour protéger l'autonomie et la dignité des personnes. Lorsqu'on porte atteinte à ce devoir, il n'y a pas de relation d'illicéité (*Rechtswidrigkeitzusammenhang*) entre le manquement et le préjudice autre que moral. Il est vrai qu'en matière médicale, le fait de se servir de l'absence d'information pour sanctionner l'échec thérapeutique est une façon de venir en aide au patient qui, bien souvent, est dans l'incapacité de prouver une faute technique. On comprend l'enjeu; cela n'est pas convaincant pour autant¹⁸.

Pour appuyer l'idée d'un préjudice réparable au-delà du tort moral, certains ont proposé de retenir l'idée de la perte d'une chance; celui qui est insuffisamment informé pourrait faire valoir qu'il a perdu une chance d'éviter le préjudice qu'il subit ou d'obtenir un avantage auquel il a renoncé¹⁹. Cette voie ne me paraît au demeurant guère convaincante, car le préjudice résultant de la violation du devoir d'information est nécessairement certain. La perte d'une chance est au contraire le préjudice qui résulte de tout manquement à la diligence due qui compromet l'obtention d'un résultat incertain. Sans approfondir ici cette question du lien qui existe entre la nature de l'obligation et la quantification du préjudice réparable, on notera que lorsqu'un débiteur promet un résultat, le créancier qui ne l'obtient pas a le droit d'être replacé dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le résultat avait été atteint. Lorsque l'obligation est de moyens, comme c'est le cas en matière de mandat, parce que le résultat est incertain, il faut admettre en revanche que le créancier ne devrait pas pouvoir prétendre à la réparation du préjudice résultant de l'absence de résultat. Seul le préjudice résultant de la perte d'une chance devrait, à notre sens, pouvoir être réparé²⁰.

¹⁸ Sceptique, également dans le présent ouvrage, C. Chappuis.

¹⁹ A ce sujet, cf. la contribution de Valérie Junod dans le présent ouvrage.

²⁰ A ce sujet, cf. Franz WERRO, Le mandat dans la jurisprudence fédérale récente: questions choisies (à paraître).

4. Le fardeau de la preuve

Comme c'est le cas pour tout devoir de diligence, il appartient en principe à son créancier d'en prouver la violation (art. 41 CO). C'est dire que le créancier a le fardeau de la preuve du manquement. Le problème en matière d'information est que cette répartition du fardeau de la preuve oblige le créancier à prouver un fait négatif. Comme la doctrine française l'a fait ressortir, en matière de responsabilité médicale, il s'agit d'une preuve diabolique²¹. On a pu observer dans ce contexte que la position de la victime dépendait entièrement de la bonne foi du médecin : si ce dernier affirmait avoir fourni une information qu'il n'avait pas donnée, le patient se trouvait totalement désarmé. C'est pourquoi la jurisprudence française a admis, en 1997 déjà, qu'il appartient au médecin de prouver qu'il a fourni l'information adéquate²². Le Tribunal fédéral en a fait de même : il retient aujourd'hui clairement qu'il appartient au médecin d'établir qu'il a suffisamment renseigné le patient et qu'il a obtenu le consentement éclairé de ce dernier, préalablement à l'intervention²³.

Le Tribunal fédéral retient toutefois un tempérament dans la règle ainsi posée. En l'absence de consentement éclairé, on l'a dit plus haut, le Tribunal fédéral considère que le médecin a la faculté d'invoquer le consentement hypothétique du patient et qu'il peut établir que ce dernier aurait accepté l'opération s'il avait été dûment informé des risques encourus, le patient pouvant faire valoir qu'il avait des motifs personnels qui l'auraient conduit à refuser le traitement : ce n'est que dans l'hypothèse où le patient ne fait pas état des motifs personnels qui l'auraient conduit à refuser l'intervention proposée qu'il convient de considérer objectivement s'il serait compréhensible pour un patient sensé de s'opposer à l'opération²⁴. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral s'est ainsi rallié à la conclusion de la Cour cantonale selon laquelle si la patiente avait été dûment informée, elle aurait en tout état de cause décidé de se soumettre à l'intervention litigieuse. Le résultat est convaincant : on ne saurait mettre à la charge du patient le fardeau de la preuve de l'absence d'information de la part du médecin et donc du manque de diligence de ce dernier.

Ce que l'on admet en matière médicale, il n'y a pas de raison de ne pas l'admettre de manière générale. Il n'y a aucun motif de ne pas étendre la règle retenue et de ne pas l'imposer à tous les professionnels. Dans le do-

²¹ WERRO / HAAS, 208 ss, et les réf. citées.

²² Civ. 1^{re} 14 oct. 1997, JCP 1997 I 22942.

²³ Cf. ATF 133 III 121, cons. 4.1.3., pour la première fois aussi clairement depuis l'arrêt du Centre Hospitalier Universitaire Vaudois (TF, 4P 265/2002 du 28 avril 2003 ; pour un commentaire de cet arrêt, cf. ég. Roggo, 913 ss ; cf. déjà, ATF 117 Ib 197, c. 3 c).

²⁴ ATF 133 III 121, cons. 4.1.3.

maine bancaire, la doctrine et la jurisprudence n'ont pas jusqu'ici emprunté une voie aussi favorable au client. Le fardeau de la preuve du défaut d'information reste à la charge du client et le degré de la preuve n'est pas allégé²⁵. Cette différence de traitement n'est pourtant guère justifiée. Le manque de connaissances du client face à un spécialiste ainsi que la difficulté de prouver un fait négatif devraient amener à considérer, concernant la répartition du fardeau de la preuve, que le client de la banque soit traité de la même façon que le patient²⁶. Par ailleurs, on ne saurait objecter que pour le patient, il en va de son intégrité corporelle alors que pour le client de la banque, il en irait (seulement) de son argent : l'atteinte portée est la même dans les deux cas, c'est celle portée à la libre détermination.

Nous laisserons de côté cette question qui appellerait de plus amples développements. Nous noterons simplement que le commentaire des Règles de conduite pour négociants en valeurs mobilières 2008 de l'Association Suisse des Banquiers²⁷ prévoit que le négociant doit documenter de quelle façon il a informé son client, afin de pouvoir en apporter la preuve. Le fait que la banque dispose d'un moyen de preuve lui impose un devoir de coopération au procès, dont le juge tiendra compte dans son appréciation des preuves²⁸.

²⁵ A ce sujet, EMMENEGGER, dans le présent volume, ch. 4; CHAPPUIS/WERRO, 567; GUTZWILLER, 414 s. et les réf. citées.

²⁶ En l'état, ce n'est ainsi que lors de l'appréciation de la preuve que le client peut voir sa situation s'améliorer. Notamment, le refus de la partie adverse de coopérer à l'établissement des preuves est à prendre en considération dans l'appréciation des preuves; cf. GUTZWILLER, 415 s.

²⁷ www.swissbanking.org/fr/home/richtlinienundempfehlungen.htm.

²⁸ A ce sujet, cf. CHAPPUIS/WERRO, 567 et les réf. citées.

Bibliographie (sélective)

- Benoît CHAPPUIS / Franz WERRO, Le devoir d'information de l'art. 11 LBVM et son rôle en droit civil à la lumière des Règles de conduite de l'ASB, AJP/PJA 2005, p. 560-572.
- Olivier GUILLOD, Responsabilité médicale: de la faute objectivée à l'absence de faute, *in* Christine Chappuis / Bénédicte Winiger (éds), Responsabilités objectives, Journée de la responsabilité civile 2002, 155 ss.
- P. Christoph GUTZWILLER, Der Beweis der Verletzung von Sorgfaltspflichten, insbesondere der Aufklärungspflicht, im Anlagengeschäft der Banken, *in* PJA 2004 p. 411 ss.
- Lukas HECKENDORN, Die Haftung freier Berufe zwischen Vertrag und Delikt. Eine europäische Studie aus schweizerischer Perspektive, th. Fribourg, Berne 2006.
- Geneviève VINEY / PATRICE JOURDAIN, Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, 2^e éd. Paris 1998.
- Franz WERRO, La responsabilité civile, Berne 2005, n. 1494 ss (cité: WERRO, Responsabilité civile).
- Franz WERRO, La responsabilité civile médicale: vers une dérive à l'américaine?, Les barrages du droit suisse, *in*: La responsabilité médicale, Institut de droit de la santé, Cahier n° 2, Neuchâtel 1996, p. 25 (cité: WERRO, Responsabilité civile médicale).
- Franz WERRO / Josiane HAAS, La preuve de l'information donnée par le médecin à son patient, REAS 2002, 208 ss.

Liste des ouvrages

- | | |
|--|---|
| <i>Baddeley, Margareta</i> 1994 | <i>Chaix, François</i> 1995 |
| L'association sportive face au droit | Le contrat de sous-traitance en droit suisse |
| Les limites de son autonomie | Limites du principe de la relativité des conventions |
| <i>Baddeley, Margareta (éd.)</i> 1999 | <i>Chappuis, Christine</i> 1991 |
| La forme sociale de l'organisation sportive | La restitution des profits illégitimes |
| Questions de responsabilité | Le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse |
| Actes de la Journée de Droit du sport de la Faculté de droit de l'Université de Genève 25 mars 1999 | <i>Chatton, Gregor T.</i> 2005 |
| <i>Bellanger, François (éd.)</i> 2000 | Die Verknüpfung von Handel und Arbeitsmensenrechten innerhalb der WTO |
| L'Etat face aux dérives sectaires | Politisches Scheitern und rechtliche Perspektiven |
| Actes du colloque du 25 novembre 1999 | <i>Chavanne, Sylvie</i> 1993 |
| <i>Bino, Maria-Antonella</i> 2006 | Le retard dans l'exécution des travaux de construction |
| Hospitalisation forcée et droits du malade mental | Selon le Code des obligations et la norme SIA 118 |
| Etude de droit international et de droit comparé | <i>Currat, Philippe</i> 2006 |
| <i>Botoy Ituku, Elangi</i> 2007 | Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale |
| Propriété intellectuelle et droits de l'homme | <i>Défago Gaudin, Valérie</i> 2006 |
| L'impact des brevets pharmaceutiques sur le droit à la santé dans le contexte du VIH/SIDA en Afrique | L'immeuble dans la LP: indisponibilité et gérance légale |
| <i>Cattaneo, Daniele</i> 1992 | <i>Droz, Johan</i> 2008 |
| Les mesures préventives et de réadaptation de l'assurance-chômage | La substitution dans le contrat de mandat |
| Prévention du chômage et aide à la formation en droit suisse, droit international et droit européen | |

Ducrot, Michel 2005

La procédure d'expulsion du locataire ou du fermier non agricole: quelques législations cantonales au regard du droit fédéral

Dunand, Jean-Philippe 2000

Le transfert fiduciaire: «Donner pour reprendre»

Mancipio dare ut remancipetur

Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion

Dupont, Anne-Sylvie 2005

Le dommage écologique

Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel

Favre-Bulle, Xavier 1998

Les paiements transfrontières dans un espace financier européen

Fehlbaum, Pascal 2007

Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?

Foëx, Bénédicte 1997

Le contrat de gage mobilier

Gafner d'Aumeries, Sonja 1992

Le principe de la double incrimination

En particulier dans les rapports d'entraide judiciaire internationale en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis

Garrone, Pierre 1991

L'élection populaire en Suisse

Etude des systèmes électoraux et de leur mise en œuvre sur le plan fédéral et dans les cantons

Gerber, Philippe 1997

La nature cassatoire du recours de droit public

Mythe et réalité

de Gottrau, Nicolas 1999

Le crédit documentaire et la fraude

La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre

Grant, Philip 2000

La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers

Grodecki, Stéphane 2008

L'initiative populaire cantonale et municipale à Genève

Guibentif, Pierre 1997

La pratique du droit international et communautaire de la sécurité sociale

Etude de sociologie du droit de la coordination, à l'exemple du Portugal

Gutzwiller, Céline 2008

Droit de la nationalité et fédéralisme en Suisse

Hack, Pierre 2003

La philosophie de Kelsen

Epistémologie de la *Théorie pure du droit*

Henzelin, Marc 2000

Le principe de l'universalité en droit pénal international

Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité

Hottelier, Michel 1990

L'article 26 CEDH et l'épuisement des voies de recours en droit fédéral suisse

Hottelier, Michel 1995

Le Bill of Rights et son application aux Etats américains

Etude de droit constitutionnel des Etats-Unis avec des éléments comparatifs de droit suisse

- Jeanneret, Yvan* 2002
La violation des devoirs en cas d'accident
Analyse critique de l'article 92 LCR
- Jeandin, Nicolas* 1994
Le chèque de voyage
- Jung, Anne* 2008
Jeremy Bentham et les mesures de sûreté en droit actuel: Suisse et Belgique
- Junod Moser, Dominique* 2001
Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation
Etude de droit suisse et de droit européen
- Junod, Valérie* 2005
Clinical drug trials
Studying the safety and efficacy of new pharmaceuticals
- Kastanas, Elias* 1993
Les origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce
- Lampert, Frank* 2000
Die Verlustverrechnung von juristischen Personen im Schweizer Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des DBG und StHG
- Languin, Noëlle/ Liniger, Miranda/Monti, Brigitte/ Roth, Robert/Sardi, Massimo/ Strasser, François Roger* 1994
La libération conditionnelle: risque ou chance?
La pratique en 1990 dans les cantons romands
- Languin, Noëlle/Kellerhals, Jean/ Robert, Christian-Nils* 2006
L'art de punir
Les représentations sociales d'une «juste» peine
- Lempen, Karine* 2006
Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur
Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne
- Manai, Dominique* 1999
Les droits du patient face à la médecine contemporaine
- Mandofia Berney, Marina* 1993
Vérités de la filiation et procréation assistée
Etude des droits suisse et français
- Marchand, Sylvain* 1994
Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale
Mise en œuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse
- Martenet, Vincent* 1999
L'autonomie constitutionnelle des cantons
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1991
Les instruments d'action de l'Etat
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
La légalité: un principe à géométrie variable
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1995
Aménagement du territoire et protection de l'environnement: la simplification des procédures

- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1996
La pesée globale des intérêts
 Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire
- Moreno, Carlos* 2002
Legal Nature and Functions of the Multimodal Transport Document
- Morin, Ariane* 2002
La responsabilité fondée sur la confiance
 Etude critique des fondements d'une innovation controversée
- Oberson, Xavier* 1991
Les taxes d'orientation
 Nature juridique et constitutionnalité
- Ordolli, Stiliano* 2008
Histoire constitutionnelle de l'Albanie des origines à nos jours
- Papaux van Delden, Marie-Laure* 2002
L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux
- Peter, Henry* 1990
L'action révocatoire dans les groupes de sociétés
- Pont Veuthey, Marie-Claire* 1992
Le pouvoir législatif dans le canton du Valais
- Rohmer, Sandrine* 2006
Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée
 Les exemples des profils d'ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique
- Sambuc Bloise, Joëlle* 2007
La situation juridique des Tziganes en Suisse
 Analyse du droit suisse au regard du droit international des minorités et des droits de l'homme
- Scartazzini, Gustavo* 1991
Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale
 Avec un aperçu des différentes théories de la causalité
- Schneider, Jacques-André* 1994
Les régimes complémentaires de retraite en Europe: Libre circulation et participation
 Etude de droit suisse et comparé
- Schröter, François* 2007
Les frontières de la Suisse : questions choisies
- Stieger-Chopard, Arlette* 1997
L'exclusion du droit préférentiel de souscription dans le cadre du capital autorisé de la société anonyme
 Etude de droit allemand et de droit suisse
- Tanquerel, Thierry* 1996
Les voies de droit des organisations écologistes en Suisse et aux Etats-Unis
- Tevini Du Pasquier, Silvia* 1990
Le crédit documentaire en droit suisse
 Droits et obligations de la banque mandataire et assignée
- Tornay, Bénédicte* 2008
La démocratie directe saisie par le juge
 L'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse
- Trigo Trindade, Rita* 1996
Le conseil d'administration de la société anonyme
 Composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs
- Voïnov Kohler, Juliette* 2006
Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques: entre diplomatie et droit

Vulliéty, Jean-Paul 1998
Le transfert des risques dans la vente internationale

Comparaison entre le Code suisse des Obligations et la Convention de Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980

Werly, Stéphane 2005
La protection du secret rédactionnel

Wisard, Nicolas 1997
Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile

Zellweger, Tobias 2008
Les transports collectifs de personnes dans l'agglomération franco-genevoise: Etude de droit transfrontalier

Recueils de textes

(anciennement «Série rouge»)

Auer, Andreas/ 2001
Delley, Jean-Daniel/
Hottelier, Michel/
Malinverni, Giorgio (éd.)

Aux confins du droit
Essais en l'honneur du
Professeur Charles-Albert Morand

Chappuis, Christine/ 2006
Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.)
Le législateur et le droit privé
Colloque en l'honneur du professeur
Gilles Petitpierre

Dufour, Alfred/Rens, Ivo/ 1998
Meyer-Pritzl, Rudolf/
Winiger, Bénédicte (éd.)
Pacte, convention, contrat
Mélanges en l'honneur du Professeur
Bruno Schmidlin

Foëx, Bénédicte/ 2007
Hottelier, Michel/Jeandin, Nicolas (éd.)
Les recours au Tribunal fédéral

Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.) 2000
Insolence, désendettement et redressement
Etudes réunies en l'honneur de Louis
Dallèves, Professeur à l'Université de
Genève

Kellerhals, Jean/ 2002
Manai, Dominique/Roth, Robert (éd.)
Pour un droit pluriel
Etudes offertes au Professeur
Jean-François Perrin

Knapp, Blaise/Oberson, Xavier (éd.) 1997
Problèmes actuels de droit économique
Mélanges en l'honneur du Professeur
Charles-André Junod

Reymond, Jacques-André 1998
De l'autre côté du miroir
Etudes récentes

Schönle, Herbert 1995
Droit des obligations et droit bancaire
Etudes

Thévenoz, Luc/Reich, Norbert (éd.) 2006
**Droit de la consommation/
Konsumentenrecht/Consumer Law**
Liber amicorum Bernd Stauder

Ouvrages collectifs
Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique
Mélanges offerts à la Société suisse des
juristes pour son congrès 1991
à Genève. 1991

Problèmes actuels de droit fiscal
Mélanges en l'honneur du Professeur
Raoul Oberson 1995

Droit civil

Baddeley, Margareta (éd.) 2007

La protection de la personne par le droit

Journée de droit civil 2006 en l'honneur du Professeur Martin Stettler

Baddeley, Margareta/ 2009

Foëx, Bénédic (éd.)

La planification du patrimoine

Journée de droit civil 2008 en l'honneur du Professeur Andreas Bucher

Perrin, Jean-François/ 2008

Chappuis, Christine

Droit de l'association

3^e édition

Démocratie directe

Arx, Nicolas von 2002

Ähnlich, aber anders

Die Volksinitiative in Kalifornien und in der Schweiz

Auer, Andreas (éd.) 1996

Les origines de la démocratie directe en Suisse / Die Ursprünge der schweizerischen direkten Demokratie

Auer, Andreas (éd.) 2001

Sans délais et sans limites?

L'initiative populaire à la croisée des chemins

Ohne Fristen und Grenzen?

Die Volksinitiative am Scheideweg

Auer, Andreas/ 2001

Trechsel, Alexander H.

Voter par Internet?

Le projet e-voting dans le canton de Genève dans une perspective socio-politique et juridique

Delley, Jean-Daniel (éd.) 1999

Démocratie directe et politique étrangère en Suisse/

Direkte Demokratie und schweizerische Aussenpolitik

Schuler, Frank 2001

Das Referendum in Graubünden

Entwicklung, Ausgestaltung, Perspektiven

Trechsel, Alexander/Serdült, Uwe 1999

Kaleidoskop Volksrechte

Die Institutionen der direkten Demokratie in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

Trechsel, Alexander 2000

Feuerwerk Volksrechte

Die Volksabstimmungen in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

Droit et Histoire

(anciennement «Droit et Histoire», «Les grands juristes» et «Grands textes»)

Dufour, Alfred/Roth, Robert/ 1994

Walter, François (éd.)

Le libéralisme genevois, du Code civil aux constitutions (1804–1842)

- | | | | |
|--|------|---|------|
| <i>Dufour, Alfred (éd.)</i> | 1998 | <i>Schmidlin, Bruno/
Dufour, Alfred (éd.)</i> | 1991 |
| Hommage à Pellegrino Rossi (1787–1848) | | Jacques Godefroy (1587–1652) et l’Humanisme juridique à Genève | |
| Genevois et Suisse à vocation européenne | | Actes du colloque Jacques Godefroy | |
| <i>Dufour, Alfred (éd.)</i> | 2001 | <i>Winiger, Bénédicte</i> | 1997 |
| <i>Rossi, Pellegrino</i> | | La responsabilité aquilienne romaine | |
| Cours d’histoire suisse | | <i>Damnum Iniuria Datum</i> | |
| <i>Dufour, Alfred</i> | 2003 | <i>Winiger, Bénédicte</i> | 2002 |
| L’histoire du droit entre philosophie et histoire des idées | | La responsabilité aquilienne en droit commun | |
| <i>Dunand, Jean-Philippe</i> | 2004 | <i>Damnum Culpa Datum</i> | |
| <i>Keller, Alexis (éd.)</i> | | | |
| <i>Stein, Peter</i> | | | |
| Le droit romain et l’Europe | | | |
| Essai d’interprétation historique, 2 ^{ème} éd. | | | |
| <i>Mani, Dominique</i> | 1990 | <i>Foëx, Bénédicte /
Hottelier, Michel (éd.)</i> | 2007 |
| Eugen Huber | | Servitudes, droit de voisinage, responsabilités du propriétaire immobilier | |
| Jurisconsulte charismatique | | | |
| <i>Monnier, Victor (éd.)</i> | 2002 | <i>Foëx, Bénédicte /
Hottelier, Michel (éd.)</i> | 2009 |
| Bonaparte et la Suisse | | La garantie de la propriété à l’aube du XXI^e siècle | |
| Travaux préparatoires de l’Acte de Médiation (1803) | | Expropriation, responsabilité de l’Etat, gestion des grands projets et protection du patrimoine | |
| (Préfacé par Alfred Kölz) | | <i>Hottelier, Michel /
Foëx, Bénédicte (éd.)</i> | 1999 |
| <i>Monnier, Victor</i> | 2003 | Les gages immobiliers | |
| Bonaparte, la Suisse et l’Europe | | Constitution volontaire et réalisation forcée | |
| Colloque européen d’histoire constitutionnelle pour le bicentenaire de l’Acte de médiation (1803–2003) | | <i>Hottelier, Michel /
Foëx, Bénédicte (éd.)</i> | 2001 |
| <i>Quastana, François /
Monnier, Victor (éd.)</i> | 2008 | L’aménagement du territoire | |
| Paoli, la Révolution Corse et les Lumières | | Planification et enjeux | |
| Actes du colloque international organisé à Genève, le 7 décembre 2007 | | | |
| <i>Reiser, Christian M.</i> | 1998 | | |
| Autonomie et démocratie dans les communes genevoises | | | |

Droit de la propriété

Hottelier, Michel/ 2003
Foëx, Bénédic (éd.)

La propriété par étages

Fondements théoriques et questions
pratiques

Hottelier, Michel/ 2005
Foëx, Bénédic (éd.)

**Protection de l'environnement
et immobilier**

Principes normatifs et
pratique jurisprudentielle

Droit administratif

Bellanger, François/ 2002
Tanquerel, Thierry (éd.)

Les contrats de prestations

Tanquerel, Thierry / 2002
Bellanger, François (éd.)

L'administration transparente

Chappuis, Christine/ 2009
Winiger, Bénédic (éd.)

**La responsabilité pour l'information
fournie à titre professionnel**

(Journée de la responsabilité civile 2008)

Etier, Guillaume 2006

Du risque à la faute

Evolution de la responsabilité civile
pour le risque du droit romain au droit
commun

Winiger, Bénédic (éd.) 2008

**La responsabilité civile européenne
de demain**

Projets de révision nationaux et
principes européens

Europäisches Haftungsrecht morgen

Nationale Revisionsentwürfe und
europäische Haftungsprinzipien
(Colloque international à l'Université de
Genève)

Winiger, Bénédic 2009

**La responsabilité aquilienne au
19^{ème} siècle**

Damnum iniuria et culpa datum

Droit de la responsabilité

Chappuis, Christine/ 2005
Winiger, Bénédic (éd.)

Le préjudice

Une notion en devenir
(Journée de la responsabilité civile 2004)

Chappuis, Christine/ 2007
Winiger, Bénédic (éd.)

Les causes du dommage

(Journée de la responsabilité civile 2006)

En un large tour d'horizon des problèmes relatifs à l'information fournie à titre professionnel, ce volume traite des devoirs d'information de l'avocat, du banquier, du notaire, du distributeur de médicaments, de l'assureur et de l'Etat. Il examine les fondements de la responsabilité pour violation de ces devoirs. Les auteurs et éditeurs, praticiens ou du monde académique, sont des spécialistes des domaines concernés.

L'ouvrage a le mérite particulier de rassembler en un même lieu et de traiter sous un même angle une question analysée jusqu'ici de façon disparate selon la profession considérée. À ce titre, il sera une source utile d'informations tant pour les juristes que pour les professionnels non juristes tenus d'informer leurs clients ou des tiers dans leurs activités.