

*Franz Werro / Thomas Probst
(Eds.)*

2021

**Journée du droit
de la circulation routière**

22 juin 2021



**UNI
FR**
■

UNIVERSITÉ DE FRIBOURG
UNIVERSITÄT FREIBURG

Préface

Le présent ouvrage fait suite aux conférences en ligne du 22 juin 2021, présentées lors de la traditionnelle journée du droit de la circulation routière de Fribourg. Cette journée a repris les thèmes retenus pour celle de 2020, annulée en raison de la pandémie.

L'ouvrage aborde des thèmes centraux dans les droits civil, pénal et administratif de la circulation routière ainsi que dans le droit des assurances sociales qui s'y rapporte, et présente toute la jurisprudence fédérale récente en cette matière. Il fait également le point sur la révision de la LCA qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2022.

Nous remercions Madame Vanessa Constantin, assistante à la Faculté de droit de Fribourg, pour l'aide précieuse qu'elle nous a apportée dans la préparation et la mise au point des manuscrits.

Nous remercions également Madame Annette Enz, cheffe du Service de la formation continue de l'Université de Fribourg, et son équipe, qui avec grande compétence, ont assuré l'organisation et le déroulement de cette journée.

Fribourg le 5 juillet 2021

Franz Werro et Thomas Probst

Table des matières

FRANZ WERRO

La pluralité des responsables : les nouveautés en droit commun et le régime spécifique de la LCR..... p. 1

BETTINA HUMMER

La pluralité des responsables : les nouveautés en droit des assurances sociales..... p. 35

VINCENT BRULHART

Révision partielle de la LCA : la fin de l'arlésienne..... p. 68

JOËLLE VUILLE

« Ceci n'est pas une pipe ». L'appréciation des images issues d'une caméra embarquée en procédure pénale.....p. 86

BENOÎT CARRON

Les nouveautés en droit de la circulation routière..... p. 99

La pluralité des responsables : les nouveautés en droit des assurances sociales

BETTINA HUMMER*

Table des matières

Introduction.....	35
I. But et fonctionnement des assurances sociales	36
A. Buts de l'assurance sociale : protéger la population contre les impondérables de l'existence	36
B. Moyens déployés pour réaliser la protection sociale	37
C. Régime juridique des assurances sociales	37
II. Action récursoire et pluralité de responsables.....	39
A. La subrogation de l'assureur social.....	39
B. Le recours de l'assureur social en cas de pluralité de responsables.....	41
C. Lorsque la solidarité est compromise par un privilège (« gestörtes Gesamtschuldverhältnis »).....	42
D. Le recours de l'assureur contre le dommage (LCA).....	51
III. Autres nouveautés autour du recours contre le tiers responsable.....	59
A. Le droit préférentiel en cas de tort moral	59
B. Le dommage de rente et d'autres aspects de concordance	60
C. L'entreprise de travail intérimaire face à l'assureur social subrogé	61
D. Le recours de l'assureur social « after the Brexit ».....	62
Conclusion	63
Bibliographie.....	64

Introduction

Cette partie explique pourquoi les récents développements, exposés ci-dessus par notre éminent collègue, posent problème aux assurances sociales (ATF 143 III 79, 144 III 319, 146 III 362). Suivent une mise au point concernant les binômes « indemnité pour tort moral/IPAI » (TF 4A_631/2017) et

* Professeure ordinaire à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne. L'auteure remercie Messieurs Fabien Dutoit et Johan Juge pour la relecture du manuscrit.

« indemnité pour dommage de rente/rentes AVS/LAA/LPP » (révision LPGA), un mot sur le recours contre les entreprises qui occupent des travailleurs intérimaires (ATF 145 III 63) et, enfin, des informations sur le recours des assureurs sociaux « *after the Brexit* ».

I. But et fonctionnement des assurances sociales

En matière de préjudice corporel, on énumère souvent dans une même phrase la responsabilité civile, les assurances sociales et l'assurance privée. Les trois régimes, dit-on, compensent les conséquences économiques que la victime subit en raison de ses blessures, tels des frais de traitement et de sauvetage, une perte de gain actuelle et future, une perte de soutien, etc. Il s'agirait, l'un comme les autres, de « systèmes d'indemnisation » (« *Schadensausgleichssysteme* ») qui transfèrent le dommage à un tiers² afin qu'il ne reste sur le dos du lésé³. Nous pouvons y souscrire tout en précisant que les assurances sociales ont des spécificités dont il faut tenir compte pour comprendre leur position face au tiers responsable.

A. Buts de l'assurance sociale : protéger la population contre les impondérables de l'existence

Alors que la responsabilité civile attribue le dommage à celui qui l'a créé, les assurances sociales l'absorbent pour des raisons de solidarité nationale ; elles font partie des dispositifs qu'une société adopte en vue de se prémunir contre les aléas de l'existence, que ceux-ci soient dus au fait d'un tiers ou non. Elles diffèrent aussi des assurances privées qui, tout en comptant comme les assurances sociales sur le grand nombre, sont à la recherche d'un bénéfice mercantile. Les assurances sociales, elles, ne poursuivent pas de but lucratif. Elles visent un intérêt public général qui consiste à protéger la population contre les conséquences économiques des maladies, des accidents et d'autres risques sociaux. Cette protection se déploie non seulement au profit du bénéficiaire, mais elle permet aussi d'éviter des situations qui seraient indésirables pour la société en tant que telle. Nous l'avons vu récemment, durant la crise du coronavirus qui a mis en évidence à quel point des systèmes de santé et de sécurité sociale résistants importent pour affronter une situation difficile. Il fallait, en très peu de temps, mobiliser d'importantes ressources financières supplémentaires, pour étendre le chômage partiel⁴ ou verser des APG aux parents et indépendants touchés par les restrictions introduites pour lutter contre la pandémie⁵. Ces ajustements visaient à aider les personnes particulièrement touchées par le confinement⁶, mais ils avaient aussi pour but de sauvegarder la stabilité économique du pays.

² ATF 141 V 148, c. 3.1.

³ MATTHÄUS, *Schadensminderungspflichten im Haftpflicht- und Sozialrecht Deutschlands, Österreichs und der Schweiz*, Baden-Baden 2008, p. 38, qui cite une disposition intéressante du Code civil autrichien, à savoir § 1311 1^e phrase ABGB : « Der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet » ainsi qu'un adage du droit anglo-saxon : « the loss lies where it falls ».

⁴ Ordonnance sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (COVID-19) du 20 mars 2020, RO 2020 877 ; Ordonnance sur les mesures en lien avec le coronavirus (COVID-19) concernant l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et le décompte des cotisations aux assurances sociales du 20 mars 2020, RO 2020 875.

⁵ Ordonnance sur les mesures en cas de perte de gain en lien avec le coronavirus (COVID-19) du 20 mars 2020, RO 2020 871.

⁶ Conseil fédéral, Communiqué de presse du 20 mars 2020, <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-78515.html>.

B. Moyens déployés pour réaliser la protection sociale

Même en temps normaux, d'impressionnants moyens sont déployés pour garantir un niveau de protection adéquat. Les coûts, en termes de contributions sociales, d'impôts et d'infrastructures, atteignent à peu près 182 milliards de francs par an, ce qui représente plus que 26 % du PIB suisse (690 milliards en 2019). En termes de dépenses, l'assurance-maladie selon la LAMal engloutit à elle seule chaque année presque 30 milliards de francs suisses, suivi de l'AI avec un peu plus de 9 milliards et l'assurance-accidents avec environ 7 milliards⁷. Cet argent permet de garantir des prestations de qualité, que ce soit en termes de soins de santé ou de remplacement d'un revenu perdu en raison d'une incapacité temporaire de travail causée par un accident, de l'âge, d'un décès ou d'une invalidité.

La Suisse n'est du reste pas seule à se prémunir. Des pays comme l'Allemagne, l'Autriche ou les Pays-Bas connaissant des systèmes et des proportions similaires ; le PIB allemand, p. ex., représente actuellement 3'344 milliards d'Euros, dont 996 milliards, soit à peu près 29 %, sont affectés à la sécurité sociale⁸. Dans d'autres régions du monde, les soins de santé, qu'ils soient nécessaires en raison d'une maladie ou d'un fait provoqué par autrui, un accident de la circulation routière p. ex., sont directement pris en charge par l'Etat, sous forme d'un service national de santé, comme en Angleterre, ou d'une compensation financière versée aux fournisseurs des soins (Medicare/Medicaid) aux USA⁹. Il faut soutenir ces systèmes si on veut qu'ils fonctionnent et protéger le patrimoine investi.

C. Régime juridique des assurances sociales

L'aspect financier mis à part, l'assise juridique du social diffère elle aussi des autres domaines, tout d'abord sur le plan constitutionnel où la protection sociale de la population occupe une place majeure. Les assurances sociales s'inscrivent dans le contexte de l'Etat de providence. Elles figurent parmi les tâches obligatoires des autorités (art. 111 ss Cst. féd.) que le législateur a remplies en adoptant les lois nécessaires à cet effet (LAMal, LAA, LAVS/LAI, LPP, etc.). Des buts sociaux viennent s'ajouter (art. 41 Cst. féd.) de même que l'aide dans des situations de détresse (art. 12 Cst. féd.) qui inclut l'accès aux soins de santé¹⁰. Le droit constitutionnel exige une base légale pour chaque acte de mise en œuvre, oblige de traiter toute personne soumise à l'assurance de façon égalitaire¹¹ et soumet l'entier du domaine au respect des autres droits fondamentaux, matériels¹² et procéduraux¹³. Comparativement, en matière civile, le droit constitutionnel se porte garant de l'intégrité personnelle et patrimoniale du lésé¹⁴, sans démesurément grever les droits de l'auteur (p. ex. en prévoyant des limites de responsabilité pour des actes commis à l'âge précoce¹⁵). Quant aux compagnies d'assurance, elles bénéficient de la liberté économique (art. 94 Cst. féd.), peuvent se prévaloir de

⁷ OFAS, Statistiques des assurances sociales suisses 2019, p. 16, www.ofas.admin.ch/statistique.

⁸ <https://www.deutschlandinzahlen.de/tab/deutschland/soziales/sozialbudget-sozialausgaben/sozialbudget>.

⁹ Ainsi déjà VON HIPPEL, *Schadensausgleich bei Verkehrsunfällen: Haftungersetzung durch Versicherungsschutz – eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Tübingen 1968, pp. 31 s.

¹⁰ Voir notre commentaire de l'art. 117 Cst. féd. *in* Martenet/Dubey, *Constitution fédérale, Commentaire Romand*, Bâle 2021.

¹¹ ATF 143 I 5 ; ATF 144 I 21 ; ATF 144 I 103.

¹² ATF 143 V 341 (versement de prestations LAA à une personne non assurée sur la base du principe de la bonne foi) ; ATF 143 I 377 et CourEDH 10/2016 Vukota-Bojic, requête 61838/10 (violation de la sphère privée en cas d'observation sans base légale expresse).

¹³ ATF 132 V 368 (droit d'être entendu) ; ATF 137 I 86 et 137 V 210 (droit à un procès équitable).

¹⁴ SCHÄFER/OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 3^e éd., Berlin 2000, pp. 271 ss.

¹⁵ FUCHS/PAUKER, *Deliktsrecht*, 9^e éd., Berlin 2017, p. 95.

l'autonomie privée et sont soumises à relativement peu de règles de droit public¹⁶. On le voit bien dans le domaine de l'observation secrète des assurés où les assureurs sociaux voient leurs mesures restreintes par les droits fondamentaux (voir maintenant les art. 43a et 43b LPGa) alors que les assureurs privés agissent dans les limites plus souples tracées par le Code civil (art. 28 ss CC).

Sur la base du mandat constitutionnel évoqué ci-dessus, le législateur a mis en place une dizaine de lois fédérales qui régissent les assurances sociales et règlementent la matière de manière exhaustive. Les différents régimes relèvent tous du droit public ce qui les soumet aux principes correspondants de droit administratif, telle l'obligation d'instruire d'office chaque affaire, de motiver les actes, d'agir avec célérité et de manière proportionnée. En cas de contentieux, les voies de droit sont simples, rapides et encore en grande partie gratuites pour l'assuré (art. 61 LPGa). Les preuves sont administrées selon la maxime d'office et un degré de vraisemblance prépondérant suffit pour établir les faits invoqués. Dans l'assurance privée, un allègement semblable n'est admise que de manière exceptionnelle, p. ex. en matière d'assurance perte de gain où la réalisation du risque est difficile à prouver¹⁷ ou encore lorsqu'il s'agit d'une assurance-maladie complémentaire où le juge établit d'office les faits (art. 247 al. 2 let. a., art. 243 al. 2 let. f. CPC). Les rapports juridiques entre l'assuré social et son assureur diffèrent de ceux régissant le contrat d'assurance privée, au-delà du fait que les assurances sociales sont obligatoires et ne peuvent refuser un assuré, instaurer des réserves de santé¹⁸ ou éjecter l'assuré qui est devenu un mauvais risque. Un assureur LAA, p. ex., qui se trouve confronté au cas d'un assuré ayant contribué à la réalisation du risque, doit payer le traitement médical garanti par la loi (art. 10 LAA) sans pouvoir invoquer la faute du bénéficiaire ; une réduction, à l'instar des art. 44 CO ou 14 LCA, lui est interdite. En cas de prédisposition constitutionnelle, il doit également prêter alors que l'indemnité due en vertu du droit civil est cas échéant réduite (art. 36 LAA). Lorsqu'il a le droit de réduire certaines prestations en espèces, les indemnités journalières (art. 37 al. 2 LAA) ou d'autres versements (art. 37 al. 3 LAA), la réduction doit être proportionnée et respecter la procédure administrative (le droit d'être entendu notamment) pour résister au recours. A la fin d'un rapport d'assurance collective, il doit lui-même informer l'assuré des possibilités de prolongations tandis que l'assureur privé peut répercuter cette tâche sur le preneur d'assurance (art. 3 al. 3, art. 87 LCA), généralement l'employeur¹⁹. Ayant l'obligation légale de verser les prestations d'assurance lorsque les conditions d'octroi sont remplies, l'assureur social ne peut naturellement se libérer en invoquant un cas fortuit, *a contrario* de l'art. 59 al. 1 LCR, disant qu'un tiers aurait provoqué l'atteinte à la santé, p. ex. en poussant la victime devant le véhicule qui l'a blessée²⁰ ; il doit verser les prestations et ensuite tenter de récupérer sa mise par une action récursoire (art. 72 ss LPGa). L'assureur social n'a pas non plus la compétence de prévoir des clauses de subsidiarité comme on les trouve dans les CGA de certains assureurs privés et selon lesquelles l'assureur exclut les prestations lorsqu'un « tiers assume des obligations pour un cas de maladie ou un accident dûment annoncé sur la base de dispositions légales ou en raison d'une faute imputable »²¹. Il est au front pour indemniser la victime qui, en tant qu'assuré ou ayant droit, peut exiger les prestations d'assurance dès que les conditions légales sont remplies. L'assureur-accidents LAA, p. ex., doit, dès la survenance de l'accident, prendre en charge le traitement médical ou, dès le troisième jour qui suit celui de

¹⁶ La surveillance, la politique en matière de concurrence (art. 96 Cst. féd.) et la protection des consommateurs (art. 97 Cst. féd.) ont jusqu'ici très peu influé sur le contrat d'assurance.

¹⁷ ATF 130 III 321, c. 3.2 ; Sozialversicherungsgericht Zürich, KK.2018.00030, arrêt du 8 novembre 2019, c. 1.8.

¹⁸ Exception : 67 ss LAMal.

¹⁹ La révision de la LCA renonce à prévoir un devoir d'information du côté de l'assureur, Message concernant la révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA), FF 2017 4767, p. 4782.

²⁰ Arrêt 4A_602/2018 du 28 mai 2019 dans lequel le Tribunal fédéral a admis la responsabilité des CFF.

²¹ Ainsi n° 9.1.1 des CGA 2018 pour les couvertures maladie complémentaires de l'assureur Sympany, <https://www.sympany.ch/fr/particuliers/service/cga.html>.

l'accident, verser les indemnités journalières. L'obligation légale de prester sans tarder et sans pouvoir se déclarer subsidiaire s'explique par le but de la législation sociale qui veut garantir un accès aux soins et un revenu de remplacement aux personnes assurées. Si les assureurs sociaux sont ainsi obligés de couvrir les risques sociaux dès que ceux-ci se réalisent, ils ont aussi une place prioritaire lorsqu'il s'agit de récolter les indemnités dues par un éventuel tiers responsable.

II. Action récursoire et pluralité de responsables

Après avoir vu le but et le cadre juridique des assurances sociales, il convient d'aborder le recours subrogatoire (aussi : action récursoire ou « *Regress* » en allemand) et de nous prononcer sur les nouveaux développements en la matière, plus particulièrement sur les ATF 143 III 79 et 146 III 362 qui ont sérieusement affaibli la position des assureurs sociaux.

L'action récursoire vise des situations dans lesquelles les assurances sociales sont coordonnées avec le droit civil (coordination extra-systémique²²), afin d'éviter la sur-indemnisation du lésé, mais aussi pour permettre aux assureurs sociaux de récupérer ne serait-ce qu'une partie des sommes dépensées²³. Celles-ci peuvent atteindre des montants élevés, à 7 chiffres si, p. ex., l'assuré devient à 100 % invalide à la suite d'un accident et perçoit alors une rente AI, une rente LAA et, le cas échéant, une rente de la prévoyance professionnelle ; avec un revenu avoisinant le gain assuré LAA maximal (actuellement limité à 148'200 francs) avant l'accident, une période de cotisation AVS/AI complète et un revenu annuel moyen dépassant le montant formateur de rente (à présent 85'320 francs), la rente AI s'élèvera à 28'440 francs par an, celle de la LAA correspondant à la différence entre 90 % du gain assuré et la rente AI ; capitalisées en fonction des tables de mortalité et sous réserve d'une légère réduction de la rente LAA dès l'âge de la retraite (art. 20 al. 2^{ter} LAA), les prestations d'invalidité AI et LAA pourraient correspondre à bien plus qu'un million de francs suisses, ce sans compter d'autres prestations telles que le traitement médical, l'indemnité journalière LAA, d'éventuels frais de réadaptation de l'AI, l'allocation pour impotent LAA, l'indemnité pour atteinte à l'intégrité (IPAI, art. 24 et 25 LAA) ou encore les éventuelles prestations de la prévoyance professionnelle.

A. La subrogation de l'assureur social²⁴

A l'instar d'autres systèmes juridiques nationaux²⁵, le droit suisse permet à l'assureur social de retrouver ses deniers. Il prévoit que l'assureur social est, jusqu'à concurrence des prestations légales, subrogé aux prétentions de l'assuré (art. 72 al. 1 LPGA). L'assureur social « enfile », comme on dit, « les bottes de l'assuré » (« *with subrogation the insurer steps into the shoes of the insured* ») ; comme il a indemnisé la victime, il prend la place de celle-ci pour demander paiement au tiers. La créance en indemnisation passe à l'assureur social par le biais d'une cession légale ou *cessio legis* en latin ; il ne s'agit pas d'un *droit direct* ou originaire, comme il est prévu dans certains régimes étrangers (cf. art. 85 § 1 let. b règlement (CE) n° 883/2004 qui se réfère aux systèmes de sécurité sociale

²² SCARTAZZINI/HÜRZELER, *Bundessozialversicherungsrecht*, Bâle 2010, 4^e éd., p. 734 ; FRESARD-FELLAY, in Greber/Kahil-Wolff/Molo/Frésard-Fellay, *Droit suisse de la sécurité sociale*, vol. I, Berne 2010, pp. 493 ss.

²³ Art. 102 LAVS.

²⁴ Les lignes qui suivent sont partiellement inspirées d'un document de cours remis aux étudiants en Maîtrise universitaire en Droit de l'Université de Lausanne, Notes de cours 2019.

²⁵ Voir, p. ex., en droit allemand, § 116 al.1 1^e phrase SGB X : « *Ein auf anderen gesetzlichen Vorschriften beruhender Anspruch auf Ersatz eines Schadens geht auf den Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe über, soweit dieser auf Grund des Schadensereignisses Sozialleistungen zu erbringen hat, die der Behebung eines Schadens der gleichen Art dienen und sich auf denselben Zeitraum wie der vom Schädiger zu leistende Schadensersatz beziehen.* »

correspondants). Il n'empêche que la subrogation a lieu *ex lege*, sur la base d'une règle de droit public, dès la survenance de l'événement dommageable (art. 72 al. 1 LPGA). Elle est pour ainsi dire « automatique » de sorte que l'assureur n'a pas besoin de se faire céder la créance par l'assuré (comme tel était anciennement le cas dans certains régimes, la prévoyance professionnelle ou l'assurance-maladie, p. ex.). Plusieurs débiteurs répondent solidairement (art. 72 al. 2) de sorte que l'assureur social subrogé peut opérer un choix entre ceux-ci (voir point B. ci-dessous). Du point de vue procédural, les assureurs sociaux ont tous qualité de partie (art. 66 CPC, « *Parteifähigkeit* » selon 66 ZPO)²⁶, y compris ceux qui n'ont pas la personnalité juridique, tels l'OFAS et les organes de l'AVS/AI.

Le mécanisme de la subrogation légale de créance est bien ancré dans notre ordre juridique. Il remonte à 1918, lorsque la SUVA a pris ses fonctions²⁷, les autres assurances sociales l'ayant reçu successivement de l'AVS en 1979 (9^e révision de l'AVS) aux Institutions de prévoyance en dernier (voir l'art. 34b LPP introduit avec effet au 1^{er} janvier 2008). La jurisprudence relative au recours des assureurs sociaux a commencé durant les années 1960²⁸ et fut partiellement codifiée, celle consacrant le droit préférentiel notamment qui garantit au lésé d'obtenir réparation intégrale de son dommage (art. 73 LPGA). Une révision des art. 72 ss LPGA est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2021 (*cf.* message du Conseil fédéral du 2 mars 2018 : FF 2018 1597 ; projet de loi : FF 2018 1655) ; il ne s'agit pas de changer le système mais d'y apporter quelques précisions, entre autres en ce qui concerne les prestations sociales couvrant une part du dommage de rente (voir ci-dessous).

La subrogation des assureurs sociaux est reconnue au niveau international : en droit des traités (voir, p. ex. art. 39 Convention Suisse-Allemagne de 1965, RS 0.831.109.136.1) et en droit européen (applicable en Suisse via l'ALCP/AELE). Savoir si un assureur social peut recourir et connaître la législation qu'il convient d'appliquer dépend du droit du pays duquel relève l'assureur, du droit suisse p. ex., si un assureur LAA ouvre action en Allemagne (art. 85 Règlement (CE) n° 883/2004)²⁹. Lorsqu'un responsable bénéficie d'un privilège, parce qu'il a provoqué le dommage en tant qu'employeur ou en tant qu'auxiliaire de celui-ci, c'est également la législation selon laquelle les prestations sociales sont versées, qui détermine le sort du privilège. Dès lors, si un travailleur assuré en Suisse subit un accident du travail en Allemagne, l'employeur allemand peut s'appuyer sur le droit suisse, en particulier sur l'art. 75 al. 2 LPGA, pour se protéger contre le recours. Une telle situation peut se produire notamment en cas de pluriactivité, lorsque la victime travaille pour un employeur en Suisse et pour un employeur en Allemagne, car seul l'un des deux pays est compétent pour l'assurer (art. 13 règlement (CE) n° 883/2004) ; l'employeur établi de l'autre côté de la frontière contribue au financement de la couverture d'assurance comme s'il avait son établissement dans le pays compétent (art. 21 Règlement (CE) n° 987/2009).

Économiquement parlant, les recettes obtenues par le recours ne font pas le gros de la couverture financière. Cela est vrai notamment pour les régimes subventionnés comme l'AVS/AI/PC et la LAMal. L'AVS encaisse ainsi à peu près 42 millions de francs chaque année³⁰, les trois quarts provenant des cotisations (assurés/employeurs) et un quart étant émis par les pouvoirs publics (Confédération/TVA/impôt sur les maisons de jeux). Seulement 4 millions de francs des recettes sont

²⁶ ATF 122 II 87 ; ATF 143 III 79 ; BECK, Mehrzahl von Regressgläubigern : Gesamt-, Solidar- oder Teilgläubigerschaft, REAS 2017, pp. 316 ss, 316 ; instructif aussi Hunziker-Blum, Niederlassung in Bewegung, REAS 2019, pp. 384 ss.

²⁷ ATF 122 II 87 ; ATF 143 III 79 ; BECK, Mehrzahl von Regressgläubigern : Gesamt-, Solidar- oder Teilgläubigerschaft, REAS 2017, pp. 316 ss, 316 ; instructif aussi HUNZIKER-BLUM, Niederlassung in Bewegung, REAS 2019, pp. 384 ss.

²⁸ ATF 95 II 573.

²⁹ Pour le droit applicable aux prétentions civiles qui sont passées à l'assureur, il convient de se référer aux règles de droit international privé (voir, p. ex., art. 144 LDIP, Règlement Rome II etc.).

³⁰ OFAS, Statistiques des assurances sociales suisses 2019, p. 33, www.ofas.admin.ch/statistique.

comptabilisés grâce aux recours contre le tiers responsable³¹ alors que les frais de recours représentent 1 million de francs³². Dans d'autres régimes, celui de l'assurance-accidents notamment, les proportions sont différentes puisque cette branche vit des primes des assurés et des employeurs ; la part du financement provenant des recours subrogatoires est ici proportionnellement plus importante. Ce régime est par ailleurs, plus souvent que les autres régimes, amené à exercer des recours. La LAA couvre les accidents principalement - un élément que la loi décrit comme ayant « une cause extérieure extraordinaire » portée au corps humain (art. 4 LPGGA). Il s'agit d'un risque qui peut provenir du fait d'un tiers et potentiellement, du moins, mener à des recours subrogatoires.

B. Le recours de l'assureur social en cas de pluralité de responsables

Peu importe qu'il se trouve face à un ou plusieurs responsables : l'assureur social est subrogé. Il a le choix et peut se retourner contre chacun d'eux ; la créance subrogatoire, en effet, peut être dirigée « contre *tout* tiers responsable » (art. 72 al. 1 LPGGA). Que le tiers engage sa responsabilité en raison d'une faute ou d'une responsabilité causale, simple ou aggravée, d'un acte illicite ou de la violation d'une obligation, contractuelle ou précontractuelle, du comportement d'un agent public ou d'un employé soumis au droit public³³, ne fait pas de différence. Il répond de manière solidaire (art. 72 al. 2 LPGGA), devant ainsi payer l'entier de l'indemnisation, et sera contraint de régler compte avec les autres responsables sur le plan interne. Doctrine³⁴ et jurisprudence³⁵ parlent alors de subrogation « intégrale » pour dire que chaque responsable est tenu de s'exécuter envers l'assureur social pour le tout, sans qu'il faille d'abord définir des parts de responsabilités ou se référer à d'éventuelles priorités prévues en droit commun. L'assureur social n'est ainsi pas soumis à la cascade des responsables solidaires visée par l'art. 51 al. 2 CO, mais occupe la position d'un créancier externe à l'égard du groupuscule³⁶ ; on souligne aussi que l'assureur social peut réclamer paiement au responsable causal³⁷ que le droit commun met à l'abris du point de vue du recours à l'interne (art. 51 al. 2 CO).

Le but de ce système est de donner une position confortable aux assurances sociales, à l'instar du fisc qui peut librement choisir entre plusieurs débiteurs d'impôts, p.ex. parmi n'importe lequel des associés d'une société simple ou en nom collectif qui répondent solidairement de la dette entière (cf. p. ex. art. 15 LTVA). Les assurances sociales agissent, nous l'avons vu, au nom de la collectivité publique, sans but commercial, et sont, en partie, financées par les impôts. Cela justifie de les positionner devant les autres intéressés et de ne pas leur entraver la voie lorsqu'ils cherchent à protéger les fonds qu'ils gèrent. La révision du 19 juin 2019, dont le délai référendaire a échoué le 10 octobre 2019 et qui ne modifie pas l'art. 72 al. 2 LPGGA, ne remet pas en cause le concept ; il améliore

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid* : les paiements effectués par des tiers responsables représentent 5 millions dont il faut déduire 1 million pour les frais.

³³ Voir, p. ex., Tribunal fédéral, arrêt 2C_1087/2013 du 28 mai 2014 (recours de l'AI contre une commune dont l'employé avait, de manière gravement négligente, blessé un collègue de travail) ainsi que Tribunal fédéral, arrêt 4A_48/2010 du 9 juillet 2010 (recours de l'AI pour le dommage corporel qu'un nouveau-né a subi dans un hôpital public).

³⁴ FRESARD-FELLAY, Le recours subrogatoire, p. 229.

³⁵ ATF 119 II 289, c. 5. b) : « *Dem Sozialversicherer steht ein integrales Regressrecht zu. Dies bedeutet, dass der Rückgriff gegen sämtliche Ersatzpflichtigen möglich ist, unabhängig davon, ob diese kausalhaftpflichtig sind, aus Verschulden oder aus Vertragsverletzung haften. Die Sozialversicherer unterstehen mit anderen Worten der Rangordnung von Art. 51 OR nicht* » ; *idem* Tribunal fédéral dans l'arrêt 4C.208/2002 du 19 novembre 2002.

³⁶ HARDEGGER/BRUN, Die jüngste bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 75 Abs. 2 ATSG – Eine kritische Würdigung einer Klägerin, REAS 2018, pp. 408 ss, 411 ; ATF 119 II 289, c. 5 b ; Tribunal fédéral, arrêt 4C.208/2002 du 19 novembre 2002, c. 2.1.1.

³⁷ KIESER, Basler Kommentar ATSG, Bâle 2019, art. 72 ATSG, n° 17.

encore la situation de l'assureur social subrogé, en mettant au point ses droits en matière de dommage de rente et d'autres aspects (voir ci-dessous, point III. A. et B.) Que la créance transmise à l'assureur social, enfin, soit une prétention de nature civile ne change rien au régime décrit.

C. Lorsque la solidarité est compromise par un privilège (« *gestörtes Gesamtschuldverhältnis* »)

Il se peut que l'un de plusieurs co-responsables bénéficie de ce que la loi appelle un « privilège de recours » : une règle prévue par le droit public qui empêche l'assureur social d'exercer son recours. Le cas qui a donné lieu à l'ATF 143 III 79 illustre bien cette règle puisque les assureurs sociaux avaient affaire à un responsable privilégié (l'employeur de la victime) et à un responsable non privilégié (l'usine à gaz). D'autres situations sont toutefois envisageables, comme celle dans laquelle le conjoint de la victime et un tiers auraient provoqué le dommage, durant une activité sportive p. ex. ; le conjoint est alors à l'abri tandis que le tiers reste débiteur (art. 75 al. 1 LPGA). Sont réservés les cas dans lesquels le responsable est couvert par une assurance RC obligatoire puisque l'art. 75 al. 3 LPGA, introduit en 2008 pour améliorer la situation de l'assureur social, annule alors le privilège. On peut penser au domaine de la circulation routière, dans lequel l'assurance RC est obligatoire (art. 63 LCR). L'employeur détenteur du véhicule motorisé dans lequel un travailleur subit un accident sera ainsi privilégié, mais le recours contre l'assurance RC automobile sera possible (art. 75 al. 3 LPGA).

Dans les cas, par contre, dans lequel un privilège vient s'appliquer (art. 75 al. 1 et 2 LPGA), le nombre de responsables solidaires diminue, laissant un seul débiteur dans le ring. On dit aussi que la solidarité visée par l'art. 72 al. 2 LPGA est alors compromise (« *gestörtes Gesamtschuldverhältnis* ») puisque le responsable privilégié sort du cercle des débiteurs alors que le ou les autres y restent. Le terme allemand (« *gestörtes Gesamtschuldverhältnis* ») exprime bien le malaise que peut créer une telle situation ; la solidarité telle qu'envisagée par la loi est réduite à une personne. Le problème n'est pas pour autant un fruit du hasard. Il provient du fait que le législateur, en aménageant le recours de l'assureur social, met certains responsables à l'abri, ce qui mène effectivement à se demander si l'assureur social ne devrait pas assumer la part correspondante. Le Tribunal fédéral (ATF 143 III 79) et une partie de la doctrine souscrivent à cette idée que nous contestons pour les raisons suivantes.

1. Les privilèges de responsabilité

Les privilèges de recours visent à protéger ; ils n'ont pas pour but de pénaliser l'assureur. Les proches en bénéficient parce qu'il ne faut pas, indirectement, reprendre au lésé ce qu'il vient de recevoir de l'assurance (art. 75 al. 1 LPGA). Quant à l'employeur et son milieu, le privilège de recours est né de l'idée qu'on veut ménager les intérêts du travailleur lésé dans un accident professionnel ; il constitue le résidu de l'ancien privilège de responsabilité qu'il fallait supprimer pour éviter les effets néfastes qu'il avait pour le travailleur accidenté³⁸. En adoptant l'art. 75 al. 2 LPGA, le législateur voulait donc avant tout garantir une situation sereine dans les relations de travail, dont on sait qu'elles comportent un risque d'accidents. Sont des accidents du travail tous ceux « dont est victime la personne assurée, principalement lorsqu'elle exécute des travaux sur l'ordre de son employeur ou dans son intérêt, au cours d'une interruption du travail, de même qu'avant et après le travail ou dans la zone de danger liée

³⁸ Pour plus de détails concernant les répercussions de la réforme, voir notre contribution « Remarques sur l'abrogation du privilège de responsabilité de l'employeur » in REAS 4/2003, pp. 301.

à son activité professionnelle »³⁹. La notion est aussi définie à l'art. 7 LAA, auquel on peut se référer pour délimiter le champ d'application de l'art. 75 al. 2 LPGA ; l'art. 12 OLAA contient en outre une liste des activités qui sont englobées dans cette notion. Ainsi, lorsqu'un travailleur est blessé à l'occasion d'un voyage d'affaires (en Suisse ou à l'étranger) ou d'une sortie d'entreprise, l'art. 75 al. 2 LPGA est applicable. On voit donc que le champ de protection qu'offre le privilège est relativement vaste et pour cause : on souhaite permettre aux entreprises d'accomplir leurs activités sans devoir craindre des conséquences économiques trop importantes, sous la forme d'un assureur social qui exigerait qu'on lui rembourse les prestations payées⁴⁰. La protection de l'employeur et des collègues de travail de la victime est ainsi à la base du privilège de recours et non pas la position de l'assureur social qu'on aimerait empêcher de s'enrichir.

S'ajoute que l'art. 75 LPGA et l'art. 72 al. 2 LPGA règlent deux questions différentes. Alors que le premier empêche le recours de l'assureur contre certaines personnes et neutralise de ce fait le mécanisme prévu par l'art. 72 al. 1 LPGA, le deuxième dit comment plusieurs responsables, le cas échéant les responsables restants, sont traités. L'art. 75 LPGA ayant ainsi un autre objet que l'art. 72 al. 2 LPGA, il ne peut pas déroger à celui-ci. Il n'était du reste jamais question de restreindre les droits de l'assureur ancrés dans l'art. 72 al. 2 LPGA. Comme le relève Alexis Overney, la solution du Tribunal fédéral ne trouve en effet aucun fondement dans la loi ; elle est basée sur un pur raisonnement d'équité⁴¹ auquel on peut être enclin ou non à se rallier. Pour en décider, il faut revenir sur les faits et anticiper les conséquences que le revirement pourrait avoir pour des cas similaires. On verra alors que le Tribunal fédéral a ouvert une porte qui péjore la place des assureurs sociaux qui font recours.

2. L'ATF 143 III 79 et les suites (ATF 144 III 319, 146 III 362)

L'ATF 143 III 79 concerne un accident au travail et, par conséquent, le privilège de recours de l'employeur (art. 75 al. 2 LPGA). Comme l'explique notre éminent collègue Franz Werro, le Tribunal fédéral y entreprend un revirement de jurisprudence qui avantage le co-responsable. Le responsable non privilégié peut dorénavant refuser la part de l'indemnité que le responsable privilégié devrait payer sans le privilège de recours. Qu'en faut-il penser ? Rappelons encore une fois les faits, le déroulement de la procédure ainsi que le raisonnement du Tribunal fédéral avant d'y répondre.

Dans l'arrêt en question, un travailleur avait subi des brûlures au visage dues à une explosion de gaz survenue alors qu'il s'occupait de travaux d'étanchéité dans un entonnoir placé sur la chaussée publique. L'employeur était responsable, du moment qu'il n'avait pas pris toutes les mesures de sécurité recommandées (il avait omis de prononcer une interdiction de fumer), mais la SUVA et les autres assureurs sociaux impliqués (AI/AVS) ne pouvaient pas se retourner contre lui en raison de l'art. 75 al. 2 LPGA. Les assureurs sociaux, subrogés contre tout tiers responsable en vertu de l'art. 72 LPGA, voulaient alors obtenir entière satisfaction (un peu plus de 1,3 million) auprès de l'autre responsable, l'usine à gaz F. SA, respectivement l'assureur RC de celle-ci. En suivant la doctrine dominante, la Cour cantonale avait jugé que les assureurs sociaux pouvaient demander l'entier de la

³⁹ FRESARD-FELLAY, *in* Greber/Kahil-Wolff/Molo/Frésard-Fellay, Droit suisse de la sécurité sociale, vol. I, Berne 2010, pp. 493 ss, 505.

⁴⁰ Comme le montre l'exemple donné ci-dessous, les assurances vont généralement, et surtout en cas d'accident du travail, couvrir la très grosse part du dommage, en couvrant entre autres jusqu'à 90 % de la perte de gain, l'entier du traitement médical et des frais de transport.

⁴¹ OVERNEY, Privilège de recours en concours de responsabilité : une solution équitable à un problème complexe ; analyse des arrêts du Tribunal fédéral 4A_301/2016 et 4A_311/2016, p. 3, disponible sur http://rcassurances.ch/files/analyses/1a_17_avril_Analyse_4A_311_2016.pdf

créance subrogée à F. SA, peu importe que le co-responsable, à savoir l'employeur, bénéficiait ou non d'un privilège de recours. Le Tribunal fédéral était d'un autre avis, estimant que F. SA devait être libéré pour la part du dommage qui incomberait à l'employeur si celui-ci n'était pas protégé par l'art. 75 al. 2 LPGA ; il a motivé son revirement (par rapport à un arrêt ancien, l'ATF 113 II 323) en estimant que l'assureur social devrait assumer les conséquences du privilège de recours qui relèverait de sa sphère de risque (ATF 143 III 79, c. 6.1.3.4) et qui lui serait imputable conformément à l'idée exprimée par l'art. 44 CO. Cette règle, rappelons-le, mentionne plusieurs motifs qui permettent au juge de réduire les dommages-et-intérêts ; il s'agit de cas dans lesquels une part de la responsabilité incombe à la victime, lorsqu'il y a une faute concomitante notamment. Le co-responsable non privilégié n'est pas pour autant tenu d'établir la quotité qui serait imputable à son co-responsable privilégié ; il suffit, explique le Tribunal fédéral, que l'usine à gaz allègue et prouve des faits qui permettent au tribunal de fixer le montant, ce conformément à l'art. 51 en relation avec l'art. 50 CO (ATF 143 III 79, c. 6.2.2). Le Tribunal fédéral a ensuite renvoyé l'affaire à la Cour cantonale afin qu'elle établisse la part de responsabilité qui incombe à F. SA. Comme nous l'avons déjà indiqué dans notre « Chronique du droit des assurances sociales 2019 » parue au Journal des Tribunaux au début 2020, la Cour cantonale a tiré les conséquences, en soi logiques, de l'ATF 143 III 79 ; elle jugea que l'usine à gaz ne devait rien du moment qu'elle était soumise à une responsabilité objective alors que l'employeur assumait une responsabilité contractuelle (art. 51 al. 2 CO). Il n'est pas surprenant que les assureurs sociaux ainsi déboutés aient à nouveau saisi le Tribunal fédéral pour récupérer ne serait-ce qu'une part de leurs dépenses. Celui-ci a alors tempéré en expliquant qu'il faut tenir compte du degré de la faute de l'employeur qui n'était pas grave en l'espèce (simple omission d'interdire la fumée) ; elle ne pèse pas beaucoup plus lourd que la part de responsabilité qui incombe à l'usine à gaz qui elle gère une installation tout de même particulièrement dangereuse. L'usine, responsable objective, doit supporter une partie du dommage, alors que l'autre responsable, l'employeur, porte une responsabilité contractuelle. Le TF a donc, dans cet arrêt et comme le texte de la loi le lui permet (« dans la règle »), fait abstraction de la cascade. Nous renvoyons aux écrits du Professeur Franz Werro à ce sujet.

2.1. La discussion concernant l'ATF 143 III 79

2.1.1. Aperçu

Une partie de la doctrine a réservé un accueil favorable à la solution du Tribunal fédéral, dont pas le moindre que notre estimé collègue Franz Werro⁴². Alexis Overney admet quant à lui que le concours d'actions suppose la présence de deux ou plusieurs responsables, ce qui ne serait précisément pas le cas dans l'hypothèse d'un responsable qui est d'emblée protégé par un privilège de sorte que le dommage devrait logiquement s'abattre sur le seul responsable non privilégié ; la solution du Tribunal fédéral aurait toutefois l'avantage d'être sage car prenant en compte les intérêts de chacun (y compris le fait que l'assureur social aurait encaissé des primes) et pragmatique puisqu'il incombe au co-responsable non privilégié d'établir les raisons de la réduction. Approuve également le revirement Volker Pribnow selon lequel il s'agirait d'une question d'équité et que le principe de la subrogation n'y préjugerait pas⁴³.

⁴² WERRO, La responsabilité civile, 3^e éd., Berne 2017, p. 507.

⁴³ PRIBNOW, Urteile zum Haftpflicht und Privatversicherungsrecht (Personenschaden) 2018, in REAS, Personenschaden-Forum 2019, Zurich 2019, pp. 133 ss, 134 ; *idem* PRIBNOW avec Bürgi/Kieser/Pribnow/Locher/Greiner, Sozialversicherungsrecht, REAS 2018, pp. 427 ss, 432.

Les auteurs qui se sont montrés critiques à l'égard de l'ATF 143 III 79 ont eux aussi avancé un nombre considérable d'arguments, à commencer par Peter Beck qui explique que l'art. 72 al. 2 LPGA doit être compris en ce sens qu'il confie le droit aux assureurs sociaux de s'en prendre à l'un parmi plusieurs co-responsables sans se soucier des rapports entre ces derniers⁴⁴ ; ce même auteur estime que la solution retenue par l'ATF 143 III 79 va entraver les recours des assureurs sociaux alors que l'art. 72 al. 2 LPGA aurait un but opposé. Dans cette même ligne, Marc Hürzeler observe que le Tribunal fédéral met ainsi la charge sur l'assurance sociale plutôt que d'attribuer celle-ci à l'assurance RC⁴⁵. Quant à Ghislaine Frésard-Fellay, elle estime que, sans responsabilité de l'employeur vis-à-vis de l'assureur, il n'y a pas non plus de concours d'action et que le responsable non privilégié répond forcément à lui seul ; elle considère par ailleurs que l'art. 44 al. 1 CO est invoqué à tort car cette règle vise des faits qui sont à la seule charge de la victime mais ne concerne pas son assureur⁴⁶. Silvia Läubli Ziegler déplore que l'arrêt viole le principe de la subrogation intégrale, que ce dernier découle d'une règle spéciale (art. 72 LPGA) qui déroge à l'art. 51 al. 2 CO et qu'en adoptant cette *lex specialis*, le législateur voulait conférer une position forte aux assureurs sociaux, quitte à laisser le responsable non privilégié assumer seul le dommage⁴⁷.

Andreas Hardegger et Roland Brun font valoir que le système mis en place par les art. 72-75 LPGA a pour but de donner une position forte à l'assureur social subrogé et que la solution retenue par le Tribunal fédéral ne trouve pas d'appui dans la loi⁴⁸. Ils soulèvent que l'art. 75 LPGA ne fait rien d'autre que d'instaurer un privilège de recours et qu'il ne préjuge pas du principe de la subrogation qui relève du seul art. 72 LPGA⁴⁹. Ces auteurs considèrent par ailleurs que le Tribunal fédéral aurait pu motiver sa décision sans insérer l'assureur social dans la cascade de l'art. 51 al. 2 CO et sans ainsi compromettre le principe de la subrogation intégrale ; il aurait suffi de simplement attribuer des quoteparts à chacun, par analogie au cas dans lesquels on répartit les parts de responsabilité entre un détenteur d'automobile et la victime de l'accident (ATF 132 III 249)⁵⁰. Enfin, ils critiquent le fait que le Tribunal fédéral ait considéré les assureurs-accidents LAA s'enrichiraient s'ils pouvaient encaisser les primes et compenser le privilège de recours en réclamant l'indemnisation intégrale au tiers. Ils expliquent le système de financement de l'assurance-accidents obligatoire dans lequel l'employeur paie une prime calculée seulement en pour mille du gain assuré si bien que les prestations LAA ne sont jamais supportées par un employeur pris individuellement mais par un pool d'employeurs ; aussi l'idée avancée par le Tribunal fédéral selon laquelle l'employeur responsable aurait payé pour avoir une couverture d'assurance ne correspondrait-elle pas à la réalité économique du système LAA⁵¹.

2.1.2. Prise de position

Nous nous rallions à ceux qui déplorent le choix entrepris par le Tribunal fédéral. Il désavantage l'intérêt public, sur la base d'équité, alors que de nombreux arguments juridiques s'y opposent

⁴⁴ BECK, Mehrzahl von Regressgläubigern : Gesamt-, Solidar- oder Teilgläubigerschaft, REAS 2017, pp. 316 ss, 316.

⁴⁵ HÜRZELER, Entwicklungen zum Sozialversicherungsregress: Sozialversicherungsträger, Gesamtgläubigerschaft, Rentenschaden und Substanziierung gesetzlicher Leistungen – Eine Nachlese zu BGer 4A_301/2016 und 4A_311/2016 vom 15. Dezember 2016, SZS/RSAS 2017, pp. 343 ss, 348.

⁴⁶ FRÉSARD-FELLAY, Le privilège subrogatoire de l'assureur social contre un tiers responsable non privilégié, REAS 2017, pp. 186 ss, 190.

⁴⁷ LÄUBLI ZIEGLER, Ein Ende der Gewissheiten, REAS 2018, pp. 30, 32 ss.

⁴⁸ HARDEGGER/BRUN, Die jüngste bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 75 Abs. 2 ATSG – Eine kritische Würdigung einer Klägerin, REAS 2018, pp. 408 ss, 413.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 411.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 416.

⁵¹ *Ibid.*, p. 414.

(2.1.2.1). Nous l'interprétons en ce sens qu'il n'est pas applicable aux cas dans lequel le privilège des proches est en jeu (2.1.2.2).

2.1.2.1. Arguments contre la solution du Tribunal fédéral

Comme indiqué, l'art. 75 LPGA ne peut pas être compris dans le sens qu'il dérogerait au principe de la solidarité ancré à l'art. 72 al. 2 LPGA. S'ajoute que ni l'art. 72 al. 2 LPGA ni l'art. 75 LPGA ne contiennent des éléments textuels qui permettraient de dire que le législateur voulait limiter la solidarité aux cas dans lesquels l'art. 75 LPGA n'est pas applicable. Le droit suisse ne contient aucune règle expresse en ce sens, au contraire du droit français qui privilégie l'employeur tout en limitant le recours au *pro rata* de la responsabilité qui incomberait à celui-ci. La loi française précise en effet que la caisse dispose d'un recours contre le tiers seulement dans la mesure où les prestations dépassent les indemnités « qui auraient été mises à la charge de l'employeur en vertu du droit commun » (art. 454-1 al. 6 du Code de la sécurité sociale français)⁵². Si on défendait une telle solution pour le droit suisse, il faudrait demander au législateur d'intervenir pour qu'il adopte une règle qui est claire sur ce point (dans ce cas il serait sans doute opportun d'aussi revoir la cascade de recours de l'art. 51 al. 2 CO).

Quant à l'idée que l'assureur serait enrichi parce qu'il a encaissé des primes, elle n'est que partiellement pertinente⁵³. Pour de bonnes raisons, Hardegger/Brun et d'autres auteurs mettent le doigt sur cet aspect. Nous les rejoignons en insistant sur le fait qu'une bonne part des prestations sociales *n'est pas* la contrepartie de primes ou de cotisations payées. Les rentes de l'AVS/AI sont partiellement financées par les impôts et les allocations pour impotent de même que les prestations complémentaires le sont entièrement (art. 102 al. 2 LAVS, art. 2 al. 2 LPC). Quant à l'assurance-maladie, une grosse partie de la couverture est financée par les pouvoirs publics puisque 40 % du volume des primes d'assurance-maladie sociale reposent sur des subventions (cf. réduction des primes dans la LAMal), sans compter les structures hospitalières qui sont, pour moitié à peu près, financées par les cantons. Ainsi, dans le cas d'une personne mariée, sans activité lucrative, ayant deux enfants à charge, les prestations sociales versées pour couvrir les suites d'un accident de la circulation routière, bien qu'au total élevées, reposent sur un financement solidaire : si la personne est invalide (elle présente une réduction de la capacité d'accomplir ses travaux habituels), la rente AI, au minimum 1185.- par mois soit 14'220 par an, est versée *sans* contrepartie de l'assuré(e) exempt(e) de cotisations AVS/AI (art. 3 al. 3 LAVS), le cas échéant, jusqu'à 64/65 ans ; la même règle s'applique aux deux rentes pour enfants, qui sont potentiellement versées jusqu'à ce que les enfants aient chacun 25 ans et qui s'élèveront chacune à au moins 474 francs par mois respectivement 11'376 francs par an ; dès l'âge de l'AVS, la rente AI sera remplacée par une rente de vieillesse qui, elle, n'est pas non plus financée uniquement par les cotisations des assurés et des employeurs (art. 77 et 78 LAI) ; une éventuelle allocation pour impotent est financée par les impôts (art. 77 al. 2 LAI) ; quant aux frais médicaux, ils dépassent facilement les montants à 5 chiffres mais seront indirectement à la charge de l'Etat si l'assuré(e) bénéficie d'une réduction de primes. Au total, on arrive à des centaines de milliers de francs, en termes de prestations sociales, dont la majeure partie est financée par des impôts et par des cotisations solidaires. Dans l'hypothèse où le mari, en tant que cycliste, aurait contribué à l'accident à 50 % et un automobiliste à 50 %, les assurances sociales ne seraient certainement pas enrichies si elles bénéficiaient du concours d'action classique (art. 72 al. 2 LPGA) au lieu de se faire imputer la responsabilité du proche privilégié et ne recevoir que la moitié des indemnités dues (ATF

⁵² <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006073189&idArticle=LEGIART1000006743119>; accident du travail : Cass. crim. 9-10-2007 n° 06-88.798 F-PFI : RJS 3/08 n° 331, Bull. crim. n° 240 ; maladie professionnelle : Cass. crim. 2-11-2011 n° 10-83.219 F-PB : Bull. crim. n° 224.

⁵³ Met aussi en doute cet argument : FELLMANN, *Entwicklungen im Versicherungs- und Haftpflichtrecht*, SJZ/RSJ 2019, pp. 215 ss, 218.

143 III 79 ; sur la question de savoir si la solution retenue par cet arrêt s'applique aussi à l'art. 75 al. 1 LPGA, voir ci-dessous 4.1.2.2).

Enfin, la solution retenue par le Tribunal fédéral ne nous semble pas non plus logique sous l'angle du droit privé. S'il y a pluralité de responsables, et même lorsque ceux-ci répondent en vertu de causes différentes (art. 51 al. 1 CO), la victime peut réclamer l'intégralité de l'indemnité due à l'un de plusieurs co-responsables sans que le rapport interne entre les co-responsables ne la concerne (*unechte Solidarität*). Ce principe, qui est actuellement en vigueur⁵⁴ et qui est contesté par une partie, semble-t-il minoritaire, de la doctrine seulement⁵⁵, s'applique lorsqu'un co-responsable est insolvable⁵⁶, invoque la péremption⁵⁷ ou simplement viendrait à disparaître (comme une personne morale qui se trouve dissoute), le but étant de garantir l'indemnisation intégrale au créancier. Réduire l'obligation du co-responsable parce que l'autre n'est pas ou plus obligé serait contraire à ce but, raison pour laquelle la jurisprudence s'y est toujours montrée opposée⁵⁸. Elle était bien acquise à l'idée qu'aucune réduction de responsabilité n'a lieu lorsqu'une réparation de la part du responsable solidaire s'avère compromise⁵⁹. Par ailleurs, les entorses faites à la solidarité sont assez peu parlantes pour des situations dans lesquelles les assurances sociales interviennent. Une réduction de la responsabilité dans les rapports externes est en effet admise par la doctrine si l'un parmi, plusieurs co-responsables, peut démontrer que sans la contribution des autres il devrait payer une indemnité bien moindre⁶⁰ ; Franz Werro donne l'exemple dans lequel un immeuble est affecté par deux autres biens-fonds. De tels cas toutefois, qui concernent les dommages matériels, ne sont que difficilement transposables au droit social. Celui-ci couvre le préjudice corporel, soit une atteinte physique ou psychique à la santé qui entraîne des frais de traitement, une incapacité de travailler ou des souffrances liées à l'état de santé. Aussi, la preuve qu'un fait parmi d'autres est principalement responsable sera-t-elle difficile à établir. Une atteinte à la santé, en effet, ne se laisse guère diviser. L'incapacité de travail et de gain, p. ex., qui se manifestent après un accident auquel ont contribué deux ou plusieurs auteurs sera généralement imputée à l'ensemble des co-auteurs. Même si une personne a ses deux jambes blessées, l'une en raison d'une voiture, l'autre à cause d'une autre, il sera difficile de plaider que l'incapacité de travail consécutive à l'accident est due à deux comportements séparés. Sont réservés les cas dans lequel un tiers dont le lésé est responsable, p. ex. l'auxiliaire ou l'enfant de celui-ci, a contribué au dommage ; on admet alors une faute concomitante du lésé que chaque responsable solidaire peut invoquer⁶¹ (si la personne blessée s'est faite amener dans un endroit dangereux par son

⁵⁴ Le projet CO2020 propose d'y déroger, au détriment de la victime dont la créance vis-à-vis d'un coresponsable se limite au montant que celui-ci doit en vertu de sa part de responsabilité. Pour plus de détails voir WERRO/PERRITAZ, La pluralité des responsables dans le projet CO2020 : une nouvelle approche ?, REAS 2018, pp. 88 ss, 89.

⁵⁵ Pour des contributions récentes, voir notamment PERRITAZ, La solidarité : un monde imparfait, REAS 2018, pp. 62 ss ; KÖRNER, Haftung der Solidarschuldner im Aussenverhältnis – immer Haftung aller für den gesamten Schadenersatz ?, REAS 2018, pp. 71 ss.

⁵⁶ ATF 127 III 257, c. 6. b) ; OVERNEY, Privilège de recours en concours de responsabilité : une solution équitable à un problème complexe, disponible sur http://rcassurances.ch/files/analyses/1a_17_avril_Analyse_4A_311_2016.pdf, p. 5.

⁵⁷ ATF 133 III 6 ; OVERNEY, Privilège de recours en concours de responsabilité : une solution équitable à un problème complexe, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁸ ATF 127 III 257, c. 6. b) : Eine Herabsetzung nach Art. 43 Abs. 1 OR ist « im externen Verhältnis der unechten Solidarität zwar nicht ausgeschlossen, doch ist dabei grosse Zurückhaltung angezeigt, weil andernfalls der Grundsatz der Solidarität (...) in Frage gestellt würde (...). Macht beispielsweise die Insolvenz eines anderen Haftpflichtigen den Rückgriff illusorisch, lehnt die Rechtsprechung eine Herabsetzung ab, da es noch unbilliger wäre, statt des belangten Haftpflichtigen den Geschädigten den Schaden tragen zu lassen (...).»

⁵⁹ ATF 127 III 257, c. 6. b).

⁶⁰ WERRO, La responsabilité civile, 3^e éd., Berne 2017, pp. 476 ss.

⁶¹ ATF 130 III 591, c. 5.1.1.; à ce propos MÜLLER, Regress im Schadensausgleichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherers, Thèse Saint-Gall 2006, p. 16.

guide de montagne et un tiers déclenche une avalanche, ce dernier peut invoquer une réduction en vertu de l'art. 44 CO même si le lésé n'a pas fait de faute concomitante lui-même). Cette solution, toutefois, permet de réduire la créance en dommages-et-intérêts sur la base d'un fait qui sera imputé au lésé (art. 44 CO) ; elle ne déroge pas au principe de la solidarité des tiers en tant que tel.

2.1.2.2. Le privilège des proches

L'ATF 143 III 79 concerne le privilège de responsabilité de l'employeur visé par l'art. 75 al. 2 LPGA. Peut-on étendre la solution retenue à la règle prévue par l'art. 75 al. 1 LPGA et demander à l'assureur social de réduire sa prétention si le coresponsable privilégié est un proche ? Nous ne le pensons pas et ce pour les raisons suivantes.

Certes, le privilège du conjoint (art. 75 al. 1 LPGA) et le privilège de l'employeur (art. 75 al. 2 LPGA) sont basés sur l'idée que l'assureur social ne doit pas pouvoir recourir lorsque le responsable entretient des rapports privilégiés avec l'assuré. Il faut toutefois souligner que les deux règles, même si elles sont similaires, n'ont pas la même *ratio legis*. Alors que l'art. 75 al. 1 LPGA veut éviter que l'assureur social reprenne à la famille ce qu'il lui a donné sous forme de prestations, l'art. 75 al. 2 vise la paix dans les relations de travail. Comme nous l'avons souligné plus haut (*cf* point II.C.1), le privilège de l'employeur souhaite permettre aux entreprises d'accomplir leurs activités sans trop devoir craindre les accidents du travail ; une partie des recettes de la LAA sont d'ailleurs consacrées à la prévention des accidents (art. 87 LAA). L'assureur social protège employeurs et travailleurs en couvrant la grosse part du dommage corporel si un accident devait quand même se produire. En ce sens, l'assurance sociale, et plus particulièrement l'assurance-accidents LAA, et les entreprises assurées forment une communauté de risque qui pourrait – même si nous ne l'avons pas fait pour les raisons exposées – plaider en faveur de la solution retenue par l'ATF 143 III 79. Aussi, le Tribunal fédéral s'est-il principalement basé sur ces particularités du privilège de recours de l'employeur pour justifier sa solution et imputer les conséquences du privilège à l'assureur. En matière de privilège des proches, ce raisonnement n'est pas pertinent. Il n'y a pas de régimes d'assurance sociale qui auraient pour but de protéger la communauté familiale contre les risques d'accidents. Si un assuré social se trouve victime d'un accident provoqué par un proche, il est couvert par un assureur qui n'a pas de rapports particuliers avec le responsable, ni dans le domaine de la LAA, ni dans d'autres branches. Par défaut de tels rapports, il n'est pas soutenable d'imputer le comportement du proche à l'assurance et il ne se justifie donc pas d'étendre le revirement au privilège des proches. Ainsi, au cas où Monsieur était coresponsable d'un accident (disons de sport ou de bricolage pour écarter l'hypothèse d'une assurance RC obligatoire, art. 75 al. 3 LPGA) de Madame, les assureurs sociaux pourraient recourir contre le co-responsable non privilégié selon le principe du recours intégral (art. 72 al. 2 LPGA)⁶².

2.2. La discussion concernant l'ATF 144 III 319

L'ATF 144 III 319 constitue la suite de l'ATF III 79 puisque le Tribunal fédéral avait renvoyé le cas au *Handelsgericht* Zurich pour que celui-ci réduise l'indemnité due par l'usine à gaz au *pro rata* de la responsabilité incombant à l'employeur (ATF 143 III 79). La Cour cantonale jugea toutefois que l'usine ne devait rien puisque l'employeur, responsable contractuel, aurait dû payer le tout (art. 51 al. 2 CO) ; l'arrêt cantonal ne manque pas d'une certaine logique dans la mesure où l'ATF 143 III 79 (c.

⁶² Il faut bien sûr réserver les cas dans lesquels la créance subrogatoire est d'emblée réduite parce que le comportement du proche est imputable à l'assuré en vertu de l'art. 44 CO. Exemples : un concierge est blessé par sa femme alors que celle-ci l'aide à nettoyer l'immeuble (art. 101 al. 1 CO), un père subit des brûlures parce que son enfant mineur laissé sans surveillance a joué avec des allumettes (art. 333 CC).

6.2.1) traite l'assureur social - à tort - comme un co-responsable. Toujours est-il que le Tribunal fédéral explique à la Cour cantonale qu'il ne faut pas prendre l'art. 51 al. 2 CO à la lettre. On doit y apporter un correctif en pesant les parts de responsabilité ; celle de l'employeur, engagée en raison d'une faute simple dans l'exécution du contrat de travail, ne compte pas beaucoup plus que la responsabilité objective de l'usine à gaz (ATF 144 III 319, c. 5.3 et 5.5.2).

Dans le cas d'espèce, cette solution a permis aux assureurs sociaux de récupérer une partie des sommes dépensées. Elle a corrigé les effets de l'arrêt précédant qui niait le recours intégral dès lors qu'un coresponsable était privilégié. Sur un plan plus général, toutefois, l'ATF 144 III 319 n'apporte pas grand-chose au droit social parce qu'il vise les rapports à l'interne auxquels l'assureur social n'est en principe pas soumis (art. 72 al. 2 LPGA). En effet, si le coresponsable de l'usine n'avait pas été l'employeur du travailleur mais quiconque d'autre (un passant qui fait tomber un objet dans la fosse), les assureurs sociaux auraient pu librement choisir leur débiteur sans qu'ils doivent se soucier des raisons et des parts de responsabilité de chacun. L'arrêt intéresse surtout les civilistes qui l'ont reçu avec réconfort. Depuis longtemps, en effet, on désapprouvait la jurisprudence qui appliquait l'art. 51 al. 2 CO sans circonspection, en tenant strictement à l'encombrante cascade, plutôt que d'évaluer les parts de responsabilités respectives incombant aux co-responsables. La doctrine a ainsi salué le fait que l'ATF 144 III 319 ait assoupli la cascade⁶³. Dans l'ATF 146 III 362, le Tribunal fédéral est toutefois revenu sur ses pas (voir la contribution du Professeur Werro ci-dessus).

Sous l'angle du droit des assurances sociales, on ne peut que rejoindre Hardegger/Brun lorsqu'ils critiquent non seulement l'ATF 143 III 79, mais aussi l'arrêt consécutif. Ils démontrent que le Tribunal fédéral a, sans nécessité, mis en cause le principe de la subrogation intégrale. Dans des considérants non publiés au recueil officiel, il aurait en effet soutenu que lorsqu'un privilège de recours est applicable, la subrogation de l'assureur social est restreinte (c. 1.2.2 : « *Die Stellung der Sozialversicherung wird bei Bestehen des Privilegs im Gegensatz zu einer gewöhnlichen Subrogation insofern eingeschränkt, als die Sozialversicherung nicht vollumfänglich in die Position des Geschädigten eintritt ...* »). Cette formulation est peu heureuse parce qu'elle laisse entendre que la position de l'assureur social comme telle est affectée et non seulement la créance qui se trouve en effet réduite. On pourrait en déduire que l'assureur n'a pas les mêmes droits que la victime en matière de solidarité et se trouve incluse dans la formation visée par l'art. 51 al. 2 CO. Que le risque d'une telle compréhension ne soit pas marginal ressort déjà de l'arrêt zurichois qui avait dénié tout remboursement aux assureurs sociaux au motif que l'employeur privilégié, du fait qu'il ait commis une faute, répondrait avant la responsable causale. D'autres situations, peu avantageuses pour le recours des assureurs sociaux, sont imaginables, comme le montre l'ATF 146 III 362.

3. Les conséquences des ATF 143 III 79, 144 III 319 et 146 III 362 pour l'assureur social recourant

Peter Beck l'avait prédit en 2017 déjà, peu après le verdict dans l'ATF 143 III 75. Il disait que le revirement allait rendre les actions récursoires des assureurs sociaux plus difficiles. Les exemples ne se sont pas fait attendre, à commencer par l'arrêt susmentionné qui a conduit à l'ATF 144 III 319 ; tirant les conséquences à première vue logiques de l'ATF 143 III 79, ce tribunal a réinséré les assureurs sociaux dans la cascade prévue à l'art. 51 al. 2 CO pour ensuite, en obéissant à une mécanique rigide, nier toute prétention de l'assureur social ; les assureurs sociaux ont dû retourner devant le Tribunal fédéral pour que celui-ci corrige le tir en relativisant la cascade de recours de l'art.

⁶³ KRAUSKOPF/PFÄFFLI, HAVE Jahrbuch SGHVR 2019/Annales SDRCA 2019, Jahrestagung vom 6. September 2019, Aktualitäten im Haftpflichtrecht, pp. 83 ss, 94.

51 al. 2 CO. Dans l'ATF 146 III 362 (arrêt 4A_397/2019 du 1^{er} juillet 2020), les conséquences indésirables de la nouvelle jurisprudence sont également visibles. Dans ce cas, jugé au niveau cantonal en 2019 par la Cour d'appel Bâle-Ville, les assureurs sociaux (en l'espèce l'AVS/AI dont les prestations se sont élevées à plus de 600'000 francs) n'ont strictement rien pu récupérer d'un maître d'ouvrage, co-responsable non privilégié à côté de l'employeur du lésé, puis se sont vus imposer l'entier des frais et dépens, soit plus de 54'000 francs⁶⁴. Dans le cas en question, un travailleur était tombé de 4 mètres de haut, à travers un espace ouvert dans le sol, juste couvert par de légères plaques en sagex que le propriétaire du bâtiment dans lequel s'était produit l'accident avait fait poser des années en arrière ; la plaque était devenue sale avec le temps et, de ce fait, se distinguait à peine du plancher. La chute était devenue possible parce que deux collègues de travail de la victime avaient enlevé la grille en métal normalement placée sur la surface instable pour pouvoir la nettoyer. Le Tribunal bâlois n'avait pas manqué de s'en tenir à l'ATF 143 III 79 pour libérer le maître d'ouvrage, mais sans mettre en question la cascade de recours ; selon les juges, celui-ci avait certes engagé sa responsabilité en vertu de l'art. 58 CO, mais contrairement au cas jugé dans les ATF 143 III 75 et 144 III 319, il n'y aurait pas eu de raison de lui faire supporter une partie du dommage. Ce tribunal comprenait le revirement en ce sens qu'il faut placer l'assureur social dans la cascade de l'art. 51 al. 2 CO et examiner s'il peut exceptionnellement invoquer une responsabilité partagée du co-responsable. Il semblait dire qu'une responsabilité causale simple de ce dernier ne suffit pas pour lui faire supporter une partie du dommage. Cette lecture de l'ATF 144 III 319 divergea de celle qui en avait été faite par la doctrine⁶⁵. La Cour bâloise, en plaçant l'AVS/AI derrière le responsable causal, donna le mauvais rôle à l'assureur social qui avait pourtant invoqué l'ATF 144 III 319, mais sans que les magistrats bâlois le suivent. Ceux-ci ont rappelé que le responsable contractuel répond avant le responsable causal (« *Nach der normalen Kaskadenordnung würde im vorliegenden Fall die vertragliche Haftung der Arbeitgeberin des Kausalhaftung des beklagten Werkeigentümers vorgehen.* », c. 4.6.3, § 2) pour ensuite décider que les conditions d'une exception à l'art. 51 al. 2 CO n'étaient pas remplies parce que la responsabilité du maître d'ouvrage ne pesait pas bien lourd et qu'il n'avait pas, *ensemble* avec l'employeur, provoqué le dommage (c. 6.4.3 : *kein « Zusammenspiel », da der Unfallbeitrag der Arbeitgeberin überwiege* »). Le résultat - une libération totale du maître d'ouvrage - nous paraît d'ailleurs peu convaincant dans la mesure où celui-ci avait tout de même choisi, bien que plusieurs années avant, de cacher un endroit particulièrement dangereux par une simple planche en sagex. Dans l'ATF 146 III 362 (arrêt 4A_397/2019 du 1^{er} juillet 2020), le Tribunal fédéral a, hélas, confirmé l'arrêt bâlois.

Cette évolution illustre les effets négatifs que la nouvelle jurisprudence peut induire pour la position des assureurs sociaux. Bien souvent, l'assureur social risque de ne *rien* recevoir de la part du co-responsable, comme dans l'ATF 146 III 362 dans lequel le TF a confirmé la solution peu nuancée retenue par le tribunal bâlois. Par conséquent, si on veut éviter que les assurances sociales se voient systématiquement placées en queue de file, mains vides, il faudrait sacrifier la cascade⁶⁶ et, pour le reste, s'inspirer d'autres solutions, celle du droit allemand, p. ex. Celui-ci préconise une approche analogue à l'ATF 143 III 79 (le co-responsable non privilégié se trouve déchargé à mesure que le responsable privilégié aurait dû répondre), mais sans utiliser des alignements hiérarchiques. Il

⁶⁴ Cour d'appel de Bâle-Ville, arrêt ZB.2018.40 du 18 juin 2019.

⁶⁵ KRAUSKOPF/PFÄFFLI, HAVE Jahrbuch SGHVR 2019/Annales SDRCA 2019, Jahrestagung vom 6. September 2019, Aktualitäten im Haftpflichtrecht, S. 83 ss, 94. Voir aussi pour la suppression de l'art. 51 al. 2 CO, mais dans le contexte du recours de l'assureur privé, WEBER Stephan, Dringend revisionsbedürftige Systematik und Koordinationsbestimmungen des VVG – und doch nur ein halber Schritt, REAS 2017, pp. 444 ss, 448.

⁶⁶ Il était introduit à partir d'un cas isolé, de surcroît malencontreux, le « *Leiterhakenfall* », ATF 35 II 238, évoqué par Franz WERRO ci-dessus).

s'appuie, comme d'ailleurs le TF⁶⁷, sur le principe de la faute concomitante (§ 254 BGB) pour départager les protagonistes⁶⁸, mais sans se référer à certaines cascades de recours, pourtant prévues par la loi (§ 840 BGB)⁶⁹. Une telle solution aurait pour avantage d'élargir la répartition proportionnelle à d'autres cas de figure que celui qui était soumis au Tribunal fédéral dans l'affaire 143 III 79/144 III 319. Comme elle permettrait une répartition basée sur les circonstances concrètes plutôt que sur une échelle prédéfinie, elle augmenterait les chances du côté de l'assureur social. Celui-ci pourrait plus facilement récupérer au moins une partie des sommes dépensées et ainsi mieux protéger le patrimoine qu'il gère.

D. Le recours de l'assureur contre le dommage (LCA)

Si la situation des assurances sociales s'est péjorée, celle des assureurs privés se trouve à présent améliorée. Dorénavant investis d'un droit de subrogation intégral, ils peuvent recourir contre tout responsable et n'ont pas à se soucier des problèmes juridiques liés à l'art. 51 al. 2 CO⁷⁰. Ceci mène à se demander comment ce droit de subrogation est structuré. Est-il identique à celui prévu pour les assureurs sociaux (1.), comment se répercute-il sur les droits de l'assuré (2.), quels effets a-t-il sur les prétentions des assureurs sociaux qui veulent recourir contre le même responsable (3.) et, finalement, quelle solution faut-il adopter lorsque l'assureur privé est confronté à une situation similaire à celle jugée dans l'ATF 143 III 79 (4.) ?

1. Un recours similaire à celui des assureurs sociaux

Suite à une récente jurisprudence, l'assureur contre le dommage peut recourir contre le responsable causal. Dans un ATF 144 III 209, le Tribunal fédéral a adopté cette solution qui évacue une grande partie des problèmes que l'art. 51 al. 2 CO a longtemps posé aux assureurs privés. Il s'agit d'un revirement par rapport à l'ancienne jurisprudence, fort contestée d'ailleurs, qui assimilait l'assureur contre le dommage au responsable contractuel ce qui le privait du recours contre le responsable causal (ATF 137 III 352), un recours n'étant possible que contre le responsable délictuel fautif et contre le responsable contractuel ayant commis une faute grave⁷¹. Dorénavant, l'art. 51 al. 2 CO n'est plus applicable lorsque l'assureur ayant couvert le dommage se retourne contre un responsable causal qui, selon le Tribunal fédéral, a commis un « acte illicite » au sens de l'art. 72 LCA (ATF 144 III 209, c. 2.6).

⁶⁷ BREHM, Berner Kommentar, 4e éd., Berne 2013, art. 44 N 4 ; FRITSCH, OR Kommentar, 3e éd., Zurich 2016, art. 44 N 1.

⁶⁸ Depuis BGHZ 61, 51 ; BGHZ 51, 40 ; BHGZ 94, 176 ; BGHZ 203, 193 ; BGH, arrêt du 30 mai 2017, VI ZR 501/16, MDR 2017, 945 = VersR 2017, 1014 (« gestörte Gesamtschuld »). GRÜNEBERG Christian, BGB, 78^e éd., Munich 2018, § 426 N 14 ; SCHULZE/DÖRNER/EBERT, Bürgerliches Gesetzbuch, Baden-Baden 2017, § 426 BGB, N 15 ; Sur l'art. 44 CO BREHM, Berner Kommentar, 4e éd., Berne 2013, art. 44 N 4 ; FRITSCH, OR Kommentar, 3e éd., Zurich 2016, art. 44 N 1.

⁶⁹ BGHZ 61, 51 ; BGHZ 203, 193 ; BGH, arrêt du 30 mai 2017, VI ZR 501/16, MDR 2017, 945 = VersR 2017, 1014. GRÜNEBERG, BGB, 78^e éd., Munich 2018, § 426 N 14. Le § 840 BGB prévoit que l'auxiliaire répond avant l'employeur (§ 840 al. 2 BGB) et que certaines responsabilités objective (maître d'ouvrage/détenteur d'animal) répondent après des tiers (§ 840 al. 3 BGB).

⁷⁰ FUHRER, Anmerkung zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts, REAS 2018, pp. 421 ss, 423.

⁷¹ WERRO/PERRITAZ, Le recours de l'assureur dommages en cas de pluralité des responsables, REAS 2018, pp. 339 ss, 339 ; SIEBER/HÜSSER, Haftpflichtkommentar – Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Dike Verlag, Zürich/St. Gallen 2016, art. 72 N 52.

La révision de la LCA, qui entrera en vigueur en 2022, va dans le même sens. Elle prévoit que « l'entreprise d'assurance est subrogée dans les droits de l'assuré dans la mesure et à la date de sa prestation » (art. 95c al. 2 LCA, FF 2017 4817 4827). Cette disposition, qui était d'ailleurs bien reçue par les parlementaires⁷², ne précise pas comment procéder lorsque le tiers porte une responsabilité contractuelle, mais il faut partir de l'idée qu'elle généralise le droit de recours de l'assureur vis-à-vis de *tous* les responsables. Elle veut en effet que l'entreprise d'assurance soit subrogée dans « les droits » de l'assuré, sans qu'il faille différencier entre les cas dans lesquels on est en présence d'une responsabilité causale et les autres cas de figure. Il faut au contraire comprendre l'art. 95c al. 2 LCA comme une règle spéciale qui demande d'écarter la cascade prévue en droit commun. En ce sens, la révision clarifie un point qui avait été discuté à la suite de l'ATF 144 III 209 ; plusieurs auteurs ont en effet expliqué qu'il n'y avait aucune raison de ne pas étendre le recours de l'assureur au responsable contractuel, car du moment qu'il est placé en dehors du cercle des co-responsables, tous les responsables répondent de manière solidaire, y compris le responsable contractuel⁷³ et ce peu importe le degré de sa faute. Elle rapproche le régime du recours LCA de celui de la LPGA dès lors que l'assureur contre le dommage devient *ex lege* titulaire des créances indemnitaires de la victime qu'il dirige contre des tiers ; il ne fait pas partie du cercle des responsables solidaires. Du coup, bien que la nouvelle règle ne le dise pas expressément, il peut s'adresser au débiteur de son choix, peu importe les raisons de la responsabilité de celui-ci, en exigeant la totalité de l'indemnité due, tout comme cela est prévu pour l'assureur social (art. 72 al. 2 LPGA). Donner un droit de recours intégral à l'assureur-dommage se justifie : il ne serait opportun ni de décharger le responsable ni de laisser l'assuré cumuler l'indemnité et la prestation d'assurance. Si une répartition proportionnelle entre le responsable et l'assureur-dommage nous aurait tout de même paru plus équilibrée, c'est parce que chacun s'est obligé envers la victime, l'un par un fait malheureux, l'autre en promettant une indemnité contre le paiement d'une prime. Celle-ci est fonction du risque assuré, qui augmente au gré de la couverture offerte et sera généralement plus élevée s'il s'agit de protéger contre les conséquences d'une activité qui expose le preneur à de multiples dangers. Une assurance, p. ex., qui couvre la chasse⁷⁴ ou des voyages d'aventure⁷⁵ aura son prix parce qu'elle doit inclure une multitude de risques, y compris ceux posés par des tiers. Il n'aurait dès lors pas été déraisonnable de faire supporter une partie du dommage à l'assureur. L'idée n'est pas nouvelle. Déjà dans l'Avant-projet de l'an 2000 intitulé « Révision et unification du droit de la responsabilité civile »⁷⁶, Pierre Widmer et Pierre Wessner avaient proposé que l'assureur privé exerce son recours de manière proportionnelle, en ce sens que la réparation soit « répartie en fonction de toutes les circonstances, notamment de la gravité de la faute et de l'intensité du risque caractérisé » imputables à chacun⁷⁷. Cela aurait signifié que l'assureur-dommage ne puisse pas, contrairement à l'assureur social, recourir pour l'entier de ses dépenses ; il aurait dû en supporter une partie. Un résultat similaire est d'ailleurs généralement obtenu lorsque l'on règle le sinistre conformément à une convention de partage ; souvent, de telles conventions répartissent l'assiette de manière forfaitaire, p. ex. en concédant à l'assureur-dommage une créance récursoire qui correspond à 50 % des prestations versées au preneur (ainsi la convention

⁷² BO 2019 N 774, BO 2019 E 771.

⁷³ JAUN, Die haftpflichtrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2018, ZBJV 156/2020, pp. 168 ss, 175 ; BIAGGI/CHEVALIER/SCHAFFHAUSER/MURI, Haftpflicht- und Privatversicherungsrecht – Entwicklungen 2018, njus.ch 2019, pp. 1 ss, 18.

⁷⁴ <https://www.jagdschweiz.ch/assurances/kollektiv-unfallversicherung-fr-fr/>.

⁷⁵ <https://www.avi-international.com/assurance-voyage/assurance-aventure> : cette assurance promet des « voyages sportifs ou d'aventure en toute sécurité » et demande 29 euros par semaine assurée ; si un tiers a sans faute provoqué le dommage, est-il vraiment juste que l'assureur récupère l'entier de ses dépenses ?

⁷⁶ <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-ve-f.pdf>.

⁷⁷ WIDMER/WESSNER, Révision et unification du droit de la responsabilité civile – rapport explicatif, 2000, p. 185, <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-ber-f.pdf>.

internationale de partage entre assureurs RC et assureurs dommage de 1997⁷⁸). Dans le système retenu par le Conseil fédéral, sans discussion approuvée au Parlement, l'assureur RC indemnise l'assureur-dommage pour le tout⁷⁹.

L'assureur-dommage bénéficie aussi de l'action directe qui lui passe avec la créance⁸⁰, celle-ci étant, le cas échéant, limitée en raison d'une faute concomitante du lésé ou parce que celui-ci supporte une partie du risque (art. 61 LCR). En ce qui concerne le principe de la concordance des droits selon lequel seules les créances en dommage-et-intérêts qui correspondent à des prestations d'assurance passent à l'assureur, il s'applique déjà maintenant, lorsque l'assureur fait recours sur la base de l'art. 72 LCA⁸¹. La révision le codifie en limitant la subrogation de l'entreprise d'assurance aux postes de dommage « de même nature qu'elle couvre » (art. 95c al. 2 LCA). La solution est ainsi analogue à celle prévue par l'art. 74 LPG. Sur le plan national⁸², une différence substantielle entre le nouveau régime LCA et l'art. 72 LPG réside dans le fait que l'assureur contre le dommage doit payer sa prestation afin que la *cessio legis* prévue par l'art. 95c al. 2 P-LCA ait lieu (l'entreprise d'assurance est subrogée « à la date de sa prestation », art. 95c al. 2 *in fine* LCA), tandis que l'assureur social est subrogé à l'avance, dès la survenance de l'événement dommageable (art. 72 al. 1 LPG) et peut dès lors réclamer le capital correspondant aux prestations futures (telles la rente d'invalidité et l'allocation pour impotent viagères LAA ainsi que la rente de vieillesse et l'allocation pour impotent AVS). L'assureur-dommage qui s'est engagé à verser des prestations futures peut toutefois, en accord avec le preneur, verser un capital en lieu et place d'une prestation périodique (diverses assurances contre le dommage corporel prévoient un tel procédé⁸³ ; en cas d'invalidité, le versement d'un capital est la règle, mais il s'agira généralement d'une assurance somme de sorte qu'un recours est exclu⁸⁴).

2. Quid des intérêts du preneur d'assurance ?

Le nouveau régime simplifie la tâche aux assureurs contre le dommage. L'entreprise d'assurance peut recourir, (sans y être obligée), recevoir l'indemnité due et l'attribuer à son patrimoine. Cela mène à s'interroger sur les éventuels avantages qui en découlent pour le preneur. Il voudrait sans doute retrouver ne serait-ce qu'une partie des fonds qu'il a investis dans sa couverture d'assurance. Quant au dommage non couvert par les prestations d'assurance, il faut veiller à ce que les prétentions civiles contre le responsable lui restent acquises (droit préférentiel), à l'instar des règles applicables en matière d'assurance sociale. S'ajoute la question de savoir si le droit de recourir contre le tiers

⁷⁸ Convention internationale de partage entre assureurs RC et assureurs "Dommages" du Comité européen des assurances, 1^{er} janvier 1998, AU 152 (11/97) ; en Suisse, l'ASA (Association suisse d'assurance) a permis d'élaborer plusieurs conventions de partage, comme la Convention de recours LAA qui lie les assureurs LAA d'une part et les assureurs RC d'autre part : <https://www.svv.ch/fr/secteur/regles-sectorielles/convention-de-recours-laa>. Pour plus de détails voir MORENO, Aktuelle Probleme des Koordinationrechts II – Die Abwicklung des Privatversicherungsregresses, REAS 2017, pp. 177 ss, 194 ss.

⁷⁹ En matière d'assurance multiple, le législateur a bien voulu souscrire au principe du partage (art. 71 al. 1 P-LCA) : lorsque plusieurs assureurs-dommage couvrent le même risque, chacun ne paie qu'une proportion ; on évite par-là que le preneur soit enrichi (art. 53 P-LCA). La situation est certes différente de celle discutée ici, mais la règle montre que le projet de loi est d'avantage orienté sur la protection des assureurs que des assurés.

⁸⁰ ATF 119 II 289.

⁸¹ SIEBER/HÜSSER, Haftpflichtkommentar – Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zurich/Saint-Gall 2016, art. 72 N 31.

⁸² Sur le plan international, l'assureur privé subrogé ne peut pas se faire appliquer la reconnaissance mutuelle telle qu'elle est prévue par le règlement CE n° 883/2004 et par certaines Conventions bilatérales de sécurité sociale. Il faut renvoyer aux instruments de droit international privé pour en décider. Cela vaut aussi pour l'assurance-maladie complémentaire privée.

⁸³ Voir, p. ex., Tribunal fédéral, arrêt 4A_644/2014 du 27 avril 2015.

⁸⁴ Voir art. 88 LCA et ATF 127 III 100.

responsable ne devrait pas déclencher des obligations envers le preneur, p. ex. au niveau des délais dans lesquels l'assureur privé doit régler le sinistre.

2.1. Répercussions du recours sur les primes

Dire si les preneurs d'assurance profiteront du recours, sous forme d'une baisse globale des primes, dépend d'une multitude de facteurs, telle la situation concurrentielle sur le marché de l'assurance, le risque (statistiques des accidents, p. ex.) et la gestion du risque⁸⁵, le rating des entreprises d'assurance⁸⁶, les moyens de publicité à disposition, le contrôle des primes du point de vue de la solvabilité et d'éventuels abus (art. 38 LSA), la conjoncture générale et les décisions des actionnaires. Il est donc difficile à savoir si l'introduction du recours intégral rendra l'assurance-dommages plus abordable pour le consommateur. Il se peut, par ailleurs, que le coût pour l'assurance en responsabilité civile augmente globalement, du moment que les assureurs en RC doivent systématiquement désintéresser les assurés contre le dommage (quitte à rechercher les co-responsables à l'interne de manière proportionnelle) ; là-encore, plusieurs éléments jouent un rôle : les mesures de sécurité prises, le goût du risque chez l'individu et, aussi, la volonté des assureurs de recourir.

Toujours est-il qu'avec le recours intégral, l'entreprise d'assurance encaisse à la fois les primes de l'assuré et l'indemnité due par le responsable. Pour l'éviter, le contrat pourrait prévoir un remboursement des primes, par exemple à concurrence de l'indemnité reçue et déduction faite des frais de recouvrement. Toutefois, sur une vingtaine de contrats d'assurance consultés, qui prévoient tous des clauses anti-cumul ou obligent le preneur de céder ses créances, aucun ne parle d'un remboursement de primes si l'assureur a encaissé des indemnités. Nous n'avons pas non plus d'indices laissant penser que les indemnités reçues par le biais de recours subrogatoires entrent dans le calcul des excédents. Les excédents sont la différence entre les sommes mises de côté pour couvrir le risque assuré et les dépenses engendrées pour la couverture effective de celui-ci ; les fonds d'excédents font l'objet d'une position actuarielle du bilan de l'entreprise d'assurance (art. 151 OS). Divers contrats d'assurance-maladie ou accidents complémentaires que nous avons consultés prévoient que le preneur reçoit une partie des primes en retour si la différence entre les recettes et les dépenses donnent un solde positif⁸⁷. Il n'y a toutefois pas d'obligation légale allant dans ce sens ; la participation aux excédents relève de la liberté contractuelle⁸⁸ et seulement certains secteurs de l'assurance sont sur ce point soumis à des règles de surveillance⁸⁹. S'il s'avérait que les recettes obtenues grâce à la subrogation intégrale étaient conséquentes, il serait souhaitable qu'elles entrent dans le calcul. Dans l'assurance-maladie et dans l'assurance-accidents, une obligation de restituer des valeurs monétaires concerne les provisions de vieillissement (art. 155 ss OS). A notre connaissance, il n'existe aucun projet de loi ou de règlement qui obligerait les assureurs privés de restituer aux preneurs de l'argent obtenus grâce à la subrogation.

⁸⁵ Il faut ici penser à l'impact qu'ont de nouvelles technologies pour estimer le risque (intelligence artificielle) et les restrictions légales y relatives.

⁸⁶ Il a été démontré que la solvabilité d'un assureur augmente ses parts de marchés et lui permet de corriger les primes vers le haut, ZIMMER, Nachfrage nach ausfallbedrohten Versicherungsverträgen und optimales Risikomanagement von Versicherungsunternehmen, Karlsruhe 2010, p. 2.

⁸⁸ EBERLI/CAN/ROSSEL, Bewertungsmodelle für das Lebensversicherungsgeschäft (Teil 1), EF (Expert Focus) 2019, pp. 914 ss, 916.

⁸⁸ EBERLI/CAN/ROSSEL, Bewertungsmodelle für das Lebensversicherungsgeschäft (Teil 1), EF (Expert Focus) 2019, pp. 914 ss, 916.

⁸⁹ Les règles sur la surveillance concernent l'assurance-vie et, plus particulièrement les assurances-vie qui assurent des caisses de pension (art. 37 LSA, art. 136 ss OS).

2.2. Droit préférentiel

Il faut par ailleurs veiller à ce que le droit préférentiel de l'assuré, qui limite les prétentions des assureurs sociaux (art. 73 LPG), soit aussi observé par l'assureur privé⁹⁰. L'art. 95c al. 2 LCA n'est pas très explicite à ce sujet, mais il faut l'interpréter en ce sens que l'assureur est subrogé « dans la mesure » seulement où les prestations versées, jointe à la réparation due, dépassent le dommage (par analogie avec l'art. 73 al. 1 LPG). Actuellement déjà, le droit préférentiel de la victime s'applique à l'assureur privé recourant⁹¹ et il n'y a aucune raison de le remettre en question. On comprend son rôle si on regarde du côté des USA où les assureurs-dommage subrogés sont connus pour leurs prétentions récursoires fort gourmandes ; tout un pan de l'avocature s'y voue et négocie la répartition de l'indemnité entre ceux-ci et la victime. De telles situations sont indésirables et le droit préférentiel, bien ancré dans l'ordre juridique suisse⁹², peut utilement les éviter. Certains régimes juridiques, le droit allemand p. ex. (§ 86 I 1 VVG), ont codifié le droit préférentiel que l'assuré a vis-à-vis de l'assureur-dommage (§ 116 IV SGB X concerne le droit préférentiel de la victime par rapport à l'assureur social).

2.3. Délais

Le nouveau système donne un droit de recours à l'assureur, mais ce droit ne s'accompagne d'aucune obligation vis-à-vis du preneur, par exemple sous forme de délai dans lequel les prestations doivent être versées. Ses prétentions contractuelles mises à part, le preneur n'a ainsi pas la garantie que son assureur l'indemnise rapidement et s'attèle à chercher le responsable. Le projet de loi ne contient aucune règle, à l'instar p. ex. de l'art. 79c LCR concernant l'assurance RC automobile, qui obligerait l'entreprise d'assurance à agir sans attendre pour indemniser le preneur. Il faut espérer que le contrat d'assurance fixe un terme, comme certaines CGA le prévoient en matière d'assurance-maladie complémentaire. En attendant, la victime a l'expérience stressante de devoir choisir entre actionner ou son assureur-dommage ou le responsable. Sa position est plus confortable en droit des assurances sociales où une loi de droit public définit les prestations ; la décision de l'assureur y est sujet à opposition et recours ; de plus, lorsqu'un assureur social refuse de payer, un autre assureur social doit souvent avancer les prestations (art. 71 LPG).

3. Concours de créanciers

L'assureur privé étant dorénavant, comme l'assureur social, placé en dehors du cercle des responsables solidaires, les situations dans lesquelles une entreprise d'assurance introduit une action récursoire deviendront, probablement, plus fréquentes. Se pose alors la question de savoir comment procéder si la victime a non seulement reçu des prestations d'une assurance privée, mais aussi celles d'une assurance sociale. Lors d'un préjudice corporel, ce sera presque toujours le cas et les assurances sociales auront généralement absorbé une grosse part du dommage puisqu'elles couvrent, nous l'avons vu ci-dessus, un large spectre des postes de dommage reconnus (perte de gain actuelle et future, impotence, perte de soutien, etc.) et versent des prestations élevées (p. ex. jusqu'à 90 % du gain présumé perdu en cas d'invalidité due à un accident). Elles voudront certainement, comme l'assureur privé, recourir contre le tiers responsable, de sorte qu'il faut déterminer les rapports entre ces créanciers.

⁹⁰ Sur cette question aussi WERRO, La responsabilité civile, 3e éd., Berne 2017, p. 505 ss.

⁹¹ ATF 120 II 58 ; SIEBER/HÜSSER, Haftpflichtkommentar – Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zurich/Saint-Gall 2016, art. 72 N 44.

⁹² Voir déjà ATF 96 II 361.

Quid si les prétentions des assureurs sociaux, qui sont subrogés dès la survenance de l'événement dommageable (art. 72 al. 1 LPGA), dépassent le montant disponible ? Le problème n'est pas inconnu puisque l'assureur privé peut déjà maintenant, indépendamment de l'ATF 144 III 209 et sans la révision, recourir si les conditions de l'art. 72 LCA sont remplies. Il suffit de penser au cas dans lequel l'auteur a provoqué l'accident par une faute. En pareille hypothèse, il faut décider qui reçoit combien et selon quelles modalités le responsable peut éteindre la dette. Le projet de loi est pourtant muet sur ce point ; quant à la LPGA, elle ne s'applique qu'aux assureurs sociaux mais ne règle pas le rapport entre assureurs sociaux et privés. En doctrine, deux options sont proposées : soit donner la priorité aux assureurs sociaux, soit répartir l'assiette de manière proportionnelle⁹³. La première solution pourrait se justifier sur un plan politique, sachant que l'assureur social poursuit un intérêt public ; il est partiellement financé par des contributions paritaires et par des impôts, ne peut faire aucun bénéfice, etc. (voir ci-dessus I. But et fonctionnement des assurances sociales). De surcroît, l'assureur commercial dispose d'une plus grande flexibilité dans le calcul du risque ; il fait une tarification qui « contribue de la meilleure façon à son objectif économique »⁹⁴ et il peut prévoir des différences entre groupes à risques (hommes/femmes, p. ex.) du moment qu'il respecte les standards actuariels (art. 117 al. 2 OS)⁹⁵. L'assureur privé peut aussi prévoir des clauses de subsidiarité dans le contrat d'assurance⁹⁶, une possibilité que l'assureur social n'a pas. Ces considérations auraient pu conduire le législateur à régler la question en plaçant l'assureur social en tête de fil, ce qu'il n'a pas fait⁹⁷. Il aurait aussi pu prévoir le contraire, comme le législateur allemand l'a fait lors de la révision du contrat d'assurance, en 2006, passant les prétentions récursoires des assureurs privés avant celles des assureurs sociaux lorsqu'il s'agit de répartir les sommes assurées dans l'assurance RC obligatoire (§ 118 VVGde)⁹⁸ ; ce système est basé sur l'idée que l'assurance sociale, avec sa grande communauté d'assurés et ses subventions, est plus à même de supporter une défaillance que l'assureur privé ou la victime⁹⁹. Le droit suisse ne connaît pas de telles règles et seules les créances concernant les cotisations sociales sont privilégiées en cas d'insolvabilité (art. 219 LP). Par défaut, il faut procéder selon les principes reconnus en droit de la responsabilité civile parce que chaque assureur, qu'il soit privé ou social, se subroge dans la créance que le lésé détient contre le responsable. Celui-ci doit satisfaire une obligation, p. ex. verser une indemnité pour perte de gain, qui se fonde sur un certain chef de responsabilité, un acte illicite, un danger objectif, un fait posé par un auxiliaire, etc. En raison de la subrogation légale, il se voit face à deux créanciers qui agissent en lieu et place du lésé, mais sans que la nature juridique de l'obligation ait changée. La situation est similaire à celle visée par les art. 16 OPGA et 27e OPP2 (non applicables ici) dans laquelle deux ou plusieurs assureurs sociaux participent au même recours ; si ceux-ci détiennent une même créance, ils doivent se partager l'assiette, en fonction des dépenses qu'ils ont encourues. Ils peuvent agir ensemble ou seuls, mais l'un ne peut pas demander l'intégralité de la somme au débiteur, pas plus que celui-ci peut se libérer en payant le tout au dit assureur¹⁰⁰. En effet, comme l'explique Peter Beck dans un commentaire à

⁹³ Pour plus de détails MÜLLER, *Regress im Schadensausgleichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherers*, Thèse Saint-Gall 2006, pp. 49 ss.

⁹⁴ BRULHART, *La tarification en matière d'assurance dans un marché libéralisé*, REAS 2016, pp. 155 ss, 159.

⁹⁵ *Ibid.*, pp. 160.

⁹⁶ Stephan WEBER prédit que le recours intégral incitera les assureurs privés de renoncer à de telles clauses (WEBER, *Dringend revisionsbedürftige Systematik und Koordinationsbestimmungen des VVG – und doch nur ein halber Schritt*, REAS 2017, p. 448), mais il n'y a aucune obligation légale allant dans ce sens ; il faut attendre de voir les effets que le nouveau droit aura sur le marché de l'assurance avant de se prononcer.

⁹⁷ 118 VVG de : l'assureur RC obligatoire doit répartir la somme parmi les créanciers et selon des groupes : les victimes d'un préjudice corporel viennent en premier, l'assureur privé subrogé après, après seulement vient l'assureur social ; § 109 concerne l'assurance RC non obligatoire.

⁹⁸ Bundestagsdrucksache 16/3945, p. 90.

⁹⁹ CAR, *Das Überschreiten der Deckungssumme in der Haftpflichtversicherung*, Berlin 2015, p. 245, 246.

¹⁰⁰ BECK, *Mehrzahl von Regressgläubigern : Gesamt-, Solidar- oder Teilgläubigerschaft*, REAS 2017, pp. 316 ss, 316.

l'ATF 143 III 79, plusieurs assureurs sociaux subrogés ne constituent pas une solidarité de créanciers au sens propre, mais une « solidarité active partielle ou partagée » (« *Teilgläubigerschaft* »), non expressément prévue par la loi. Il n'y a pas de raison d'adopter une solution différente si l'assureur social a versé des prestations qui étaient complétées par une assurance contre le dommage. L'indemnité due est partageable car il s'agit d'une dette en argent dont une partie revient à X, l'autre à Y. En pareille hypothèse, la jurisprudence et la doctrine majoritaire du droit civil admettent qu'on est en présence d'une solidarité partagée comme certains droits étrangers (cf. § 420 BGB) le prévoient expressément¹⁰¹. En outre, dans la perspective du responsable, le tandem assureur social/assureur privés se présente de la même manière que le groupuscule formé par plusieurs assureurs sociaux : chacun a versé des prestations et chacun veut récupérer sa mise ; il n'y a pas lieu de croire qu'un seul d'eux mérite de recevoir le tout et le responsable ne peut éteindre la dette envers l'un en payant à l'autre. Il se gardera de verser l'intégralité de l'indemnité due à l'assureur social alors qu'un assureur privé a couvert une partie du dommage.

Prenons un exemple qui permet d'illustrer la répartition de l'assiette entre les assureurs sociaux et privés : un assureur LAA peut recourir en vertu de l'art. 72 LPGa pour le traitement médical qui a coûté 100'000 et, pour des prestations de l'assurance complémentaire qui s'élèvent à 50'000 ; si l'auteur est 100 % responsable, 100'000 vont à l'assureur social, 50'000 à l'assureur privé. Si le débiteur ne doit que 120'000 parce que la victime a commis une faute concomitante à raison de 20 % (art. 44 CO), les deux assureurs récupèrent de l'argent proportionnellement aux prestations payées. En effet, avec la révision, le législateur n'instaure pas de priorité. Il veut améliorer la position de l'assureur privé qui se voit hissé sur le niveau des assureurs sociaux ; ceux-ci se voient ainsi adjoindre un cocréancier de même rang. S'ajoute que l'assurance complémentaire privée va généralement absorber le découvert de sorte que l'assureur social, au lieu de partager l'assiette avec le lésé, doit faire ceci avec un autre assureur. On comprend bien l'enjeu lorsqu'on détermine d'abord la part subrogatoire de chaque assureur, en respectant le droit préférentiel de l'assuré. Disons que le lésé a subi une perte de gain de 200'000, dont le tiers est à 50 % responsable ; l'assureur LAA ayant pris en charge 120'000, l'assureur-dommage 80'000, la créance subrogatoire de la LAA s'élèverait, selon l'art. 73 al. 1 LPGa, à 20'000.- ($120'000 + 100'000 = 220'000$), celle de l'assureur-dommage à 0.- ($80'000 + 100'000 = 180'000$). Visiblement, un tel résultat est indésirable. Il favorise ou bien le responsable qui se trouve libéré (il verserait 20'000 à l'assureur social et rien à l'assureur-dommage), ou bien le lésé qui se voit sur-indemnisé (il pourrait encaisser les prestations d'assurance tout en gardant une prétention à hauteur de 80'000 ce quand bien même son dommage est entièrement absorbé par les assurances publique et privée) ; le droit préférentiel du lésé, devient superflu puisque que les prestations d'assurance couvrent le dommage à 100 %. Aussi pourrait-on s'inspirer de l'idée ancrée dans l'art. 88 LCR selon lequel le droit préférentiel doit être respecté seulement lorsque les prestations d'assurance ne couvrent pas l'entier du dommage. Cette voie, toutefois, ne permet pas de résoudre les cas dans lesquels les prestations d'assurance cumulées laissent l'assuré avec un découvert (exemple : la LAA verse 120'000, l'assureur-dommage 80'000 mais la perte de gain s'élève à 300'000). En pareille hypothèse, si l'indemnité due est de 150'000 et du moment que 100'000 doivent être réservés à la victime (droit préférentiel), aucun assureur serait subrogé (LAA : $120'000 + 150'000 = 270'000$ -> subrogation = 0 ; assureur-dommage : $80'000 + 150'000 = 230'000$ -> subrogation = 0). Il faut donc d'emblée cumuler les prestations d'assurances et calculer le droit préférentiel du lésé (100'000), puis partager le solde (50'000) entre les assureurs, en proportion des prestations versées, par analogie aux art. 16 OPGA et 27e OPP2, comme proposé ci-dessus. L'assureur LAA récupère ainsi 60% de 50'000 (30'000) et l'assureur-dommage le surplus (20'000). Il faut procéder de la même

¹⁰¹ ATF 140 III 150 concernant un cas de pluralité de créances contractuelles, avec des références.

façon lorsqu'un même assureur porte deux casquettes, celui d'assureur social et d'assureur-dommage, comme tel est souvent le cas des assureurs LAA et des caisses-maladies.

Évidemment, ces exemples, y compris leurs chiffres, ne sauraient refléter l'exacte réalité qui est complexe, ni prédire comment les nouvelles règles vont se répercuter sur la pratique du règlement des sinistres. Il est constant, toutefois, que dans de nombreux cas (99 % des cas selon Peter Beck et Thomas Bittel), les prétentions récursoires sont réglées de manière transactionnelle, principalement entre les assureurs sociaux et l'assurance RC¹⁰². Sachant que l'assurance RC est souvent proposée par une compagnie qui commercialise l'assurance contre le dommage et qu'une entreprise d'assurance peut tantôt se trouver créancière tantôt débitrice, on peut espérer que le partage entre l'assureur social et l'assureur-dommage se fasse autant que possible à l'amiable. Le règlement de compte entre assureurs sociaux et assureurs RC est en effet décrit comme globalement constructif¹⁰³. Mais aura-t-il d'aussi bons résultats pour l'assurance sociale que dans le passé¹⁰⁴ ? A l'avenir, la situation pourrait se péjorer puisque les assureurs RC doivent alors, à côté des assureurs sociaux, plus systématiquement satisfaire des assureurs-dommage. S'ajoute qu'une solution adoptée par accord n'est pas à l'abri de conflits juridiques sur lequel un juge pourrait se pencher plus tard. Dans le domaine des assurances, où les transactions se basent fréquemment sur des Conventions conclues à l'avance (p. ex. sur la Convention de recours LAA qui lie les assureurs LAA d'une part et les assureurs RC d'autre part¹⁰⁵), des divergences d'interprétation peuvent surgir et nécessiter qu'un jugement soit rendu¹⁰⁶. Il serait bien, pour de tels cas de figure, qu'on sache comment répartir l'indemnité due entre l'assureur social et l'assureur-dommage, p. ex. en suivant la solution, proposée ci-dessus, qui s'inspire des art. 16 OPGA et 27e OPP2.

4. L'effet des privilèges sur le recours contre le responsable non privilégié

Au titre des privilèges de recours, la nouvelle révision reprend la règle actuellement prévue par l'art. 72 al. 2 LCA qui, en cas de faute légère, protège les proches et les personnes dont l'ayant droit est responsable. Dans sa version retenue par les Chambres, elle exclut le recours « si le dommage est dû à une faute légère d'une personne entretenant un lien étroit avec l'assuré » (art. 95c al. 3 1^e phrase LCA). Sont visées, principalement, les personnes qui vivent dans le même ménage que l'assuré (art. 95c al. 3 2^e phrase let. a. LCA) et celles qui sont liées à celui-ci par un rapport de travail (art. 95c al. 3 2^e phrase let. b. LCA). Ainsi, l'épouse et l'employeur de l'assuré seront exposés à des prétentions récursoires de l'assureur-dommage seulement s'ils ont provoqué le sinistre intentionnellement ou par une négligence grave. Il s'agit d'une règle relativement impérative ; elle ne peut être modifiée au détriment du preneur d'assurance ou de l'ayant droit (art. 98 LCA).

La situation est ainsi similaire à celle discutée ci-dessus, dans laquelle l'assureur social est subrogé, mais sans pouvoir exercer le recours (art. 75 al. 1 et 2 LPGA). Par analogie, le traitement d'un éventuel co-responsable non privilégié devrait suivre la règle que le Tribunal fédéral applique à l'assureur social (ATF 143 III 79). L'argument selon lequel l'assureur a encaissé des primes fait pleinement sens dans cette hypothèse sachant que la couverture est effectivement financée par des

¹⁰² BITTEL, Regress(gerichts)prozesse: Wirtschaftliches und Statistisches, Sécurité sociale CHSS 3/2012, pp. 144 ss, 146; BECK, Jeden Regressfall mit dem bestmöglichen Ertrag für die AHV und IV abschliessen, Sécurité sociale CHSS 3/2012, pp. 1440 ss, 140.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ <https://www.svv.ch/fr/secteur/regles-sectorielles/convention-de-recours-laa>.

¹⁰⁶ Voir TF, 4A_108/2018, arrêt du 28 août 2018 : interprétation d'une convention de partage conclue entre la SUVA et les assureurs RC, au sujet d'un accident ayant eu lieu en 1994.

primes (et non pas l'argent public comme une partie des prestations sociales). Si de surcroît le responsable privilégié et l'assureur se trouvent dans un rapport similaire à celui qui caractérise les relations entre l'assureur social et l'employeur, il se justifie d'imputer le comportement dommageable du responsable privilégié à l'assureur LCA. Exemple : l'employeur a souscrit à une assurance-accidents privée qui est complémentaire à la couverture LAA et qui a versé la différence entre les indemnités journalières LAA (80 % du gain assuré plafonné à 148'200) et les 100 % du salaire effectif qui s'élève à 200'000 dans le cas d'espèce ; pour l'incapacité de travail qui a duré à peu près une année, les indemnités journalières LAA représentent 120'000 (montant arrondi), les indemnités journalières LCA 80'000. Si l'employeur ou un collègue de travail de la victime est responsable à 50 % pour le dommage causé par un accident du travail, le co-responsable non privilégié devrait pouvoir demander une réduction de l'indemnité due, de sorte que l'assureur privé ne récupère que 40'000, à l'instar de l'assureur LAA dont la créance subrogatoire est réduite à 60'000 (ATF 143 III 79).

III. Autres nouveautés autour du recours contre le tiers responsable

Le recours subrogatoire, en soi déjà complexe, soulève de nombreuses questions lorsqu'on se trouve face à une pluralité de responsables. Nous en avons discuté un certain nombre, en mettant l'accent sur ceux qui se présentent dans le prolongement des revirements récemment entrepris (ATF 43 III 79, 144 319, 144 III 209). Bien d'autres questions occupent toutefois les instances. Elles concernent des aspects aussi importants que la répartition de l'assiette entre l'assureur et l'assuré, droit préférentiel (A.), la concordance des droits (B.), le cercle des personnes visées par un privilège de recours (C.)¹⁰⁷ et la subrogation internationale (D.).

A. Le droit préférentiel en cas de tort moral

Comme évoqué ci-dessus, le droit dit « préférentiel » garantit au lésé d'obtenir réparation intégrale du dommage. Il s'applique lorsque les prestations d'assurance ne couvrent pas l'entier du dommage, par exemple lorsque les indemnités journalières s'élèvent à 80'000.-, alors que la perte de gain correspond à 100'000. Le principe veut que la victime puisse, à concurrence du dommage subi, cumuler les prestations d'assurance et l'indemnité due par le responsable (*idem* art. 88 LCR). Dans l'exemple, il lui permet d'obtenir 100'000 au total. La créance de l'assureur diminue en conséquence, pouvant descendre à jusqu'à 0 selon le montant due par le responsable. Pour calculer la part qui revient à l'assureur social, il faut appliquer la formule qui se trouve aujourd'hui à l'art. 73 al. 2 LPGA, mais que la jurisprudence a forgée dès le début des années 1970¹⁰⁸. Selon dite formule, l'assureur social « n'est subrogée aux droits de l'assuré (...) que dans la mesure où les prestations qu'il alloue, jointe à la réparation due (...) par le tiers responsable, excède le dommage (...) » (art. 73 al. 1 LPGA). Dans l'exemple donné, si l'indemnité due est égale à 50'000, parce que le lésé supporte une part de responsabilité fixée à 50 %, l'assureur peut recourir pour un montant de seulement 30'000 (art. 73 al. 1 LPGA).

En ce qui concerne le tort moral, qui ne constitue pas un poste de dommage *stricto sensu*, le Tribunal a longtemps refusé d'appliquer la formule en question. Il a, pour répartir l'assiette, préconisé de

¹⁰⁷ Mentionnons aussi, sans le traiter plus amplement, l'art. 59 al. 1 *in fine* LCA révisée, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2022 et qui oblige l'assureur RC d'inclure dans la couverture d'assurance RC des entreprises industrielles tous les travailleurs de l'exploitation.

¹⁰⁸ ATF 96 II 355, c. 3; en 1981, le législateur l'a codifié dans la LAA.

calculer la part due à l'assureur social en réduisant la prestation sociale concordante (IPAI de la LAA plus précisément) du pourcentage de responsabilité qui incombe au lésé. Ainsi, dans l'ATF 123 III 306, c. 9. b), il a procédé comme suit : sur une IPAI de 70'000 on enlève 20 %, ce qui laisse à l'assureur LAA une créance subrogatoire à hauteur de 56'000. Cette méthode n'a pas fait l'unanimité en doctrine, qui faisait entre autres valoir que la solution retenue par le Tribunal fédéral s'écartait sans raisons pertinentes du texte de la loi¹⁰⁹. Dans un arrêt 4A_631/2017, rendu le 24 avril 2018, le Tribunal s'est, pour la première fois, écarté de cette jurisprudence et a appliqué l'art. 73 al. 1 LPGA au cas d'une assurée qui a vu son indemnité pour tort moral réduite en raison d'une prédisposition constitutionnelle¹¹⁰. Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si la formule de l'art. 73 al. 1 LPGA s'appliquait aussi dans l'hypothèse où l'indemnité due est réduite en raison d'une faute concomitante du lésé. A notre avis, il convient de plaider le droit préférentiel dans ce cas également, en invoquant le fait que le tort moral est expressément mentionné à l'art. 74 LPGA et que cette disposition ne fait aucune distinction entre le dommage corporel au sens étroit (soit une réduction du patrimoine engendrée par les blessures) et le tort moral. La loi suppose donc que ce poste du préjudice corporel tombe, comme les autres postes, sous le coup des règles relatives à la subrogation de l'assureur social, le droit préférentiel y compris. Comme le démontre le cas en question, la position de l'assuré est considérablement meilleure si on procède comme l'art. 73 al. 1 LPGA le commande.

Dans l'arrêt en question, Madame A, souffrant déjà de sérieux maux de dos, se livre à une altercation avec Monsieur B, son voisin. En sortant du parking intérieur de l'immeuble, B. la pousse violemment contre un mur au point qu'elle subit la fracture d'une vertèbre. La Cour cantonale genevoise lui reconnaît une indemnité pour tort moral à hauteur de 63'000, dont 20 % sont déduits en raison de l'état de santé préexistant de la demanderesse (50'000) ; après déduction de l'IPAI (50'000 - 31'500), la Cour aboutit à une indemnité de 18'500, ce qui laissait une créance subrogatoire de 31'500 à l'assureur LAA ; la victime doit se contenter de l'IPAI (31'500) et d'une indemnité réduite pour tort moral (18'500), soit au total 50'000, pour un tort moral estimé à 63'000. Le Tribunal fédéral, en revanche, arrive au résultat inverse, en application de l'art. 73 al. 1 LPGA (arrêt 4A_631/2017 du 24 avril 2018) : l'assureur LAA ne récupère que 18'500 alors que la victime voit son tort moral entièrement épongé, par une IPAI à hauteur de 31'500, cumulée d'une créance directe de 31'500 vis-à-vis du responsable (31'500 + 31'500 = 63'000).

B. Le dommage de rente et d'autres aspects de concordance

La subrogation suppose que les prestations d'assurance correspondent aux indemnités dues en vertu du droit de la responsabilité civile. Seule une prétention civile qui compense un dommage visé par l'assurance sociale peut être imputée sur les prestations reçues.

Ce principe dit de la « concordance » ou « concordance des droits » (« *Kongruenzgrundsatz* ») est encore plus ancien que celui concernant le droit préférentiel. Le Tribunal fédéral l'a reconnu très tôt déjà, disant que la subrogation « ne se produit que pour des éléments de dommage identiques, c'est-à-dire dans la mesure où les prestations de la Caisse nationale sont, en ce qui concerne le dommage à couvrir, identiques aux prestations de dommage-intérêts formulées par l'assuré ou ses

¹⁰⁹ Tribunal fédéral, arrêt 4A_631/2017 du 24 avril 2018, c. 4.3, non publié au recueil officiel, avec des références à la doctrine : KOLLER, Quotenvorrecht, PJA 1997, pp. 1428 ss ; GUYAZ, Le tort moral en cas d'accident : une mise à jour, SJ 2013 II 260.

¹¹⁰ Voir aussi, au sujet de l'arrêt TF 4A_631/2017, NUSSBAUMER, Le droit préférentiel du lésé en matière de tort moral, 6 septembre 2018, Law Inside, <http://www.lawinside.ch/649/>.

survivants »¹¹¹. Il l'a déduit du but de la subrogation qui consiste à éviter que l'assuré soit sur-indemnisé et le responsable libéré ; dans un arrêt de 1928 il a ainsi expliqué que la SUVA, qui avait versé des rentes de survivant, n'était nullement subrogée au droit des ayants droits d'obtenir une indemnité pour tort moral¹¹². Le principe est maintenant ancré dans l'art. 74 LPGA qui énumère les différents types de prestations sociales (prise en charge du traitement médical, indemnités journalières, rentes, etc.) tout en leur associant des postes de dommage qu'il faut considérer comme concordants. La liste figurant à l'art. 74 LPGA n'est pas exhaustive (« ... notamment ... »). Elle a été récemment complétée (cf. révision de la LPGA, FF 2019 4299 4301, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2021) ; elle inclut maintenant les frais d'instruction engagés par l'assureur (p. ex. l'argent dépensé pour faire établir une expertise médicale), qui peuvent concorder aux frais que la victime a dû supporter pour prouver les conséquences de ses lésions corporelles, ainsi que le « dommage de rente ».

Le dommage de rente est un poste de dommage qui correspond à la différence entre les prestations de vieillesse que la victime aurait pu obtenir sans l'événement dommageable et celles qu'elle recevra compte tenu de celui-ci (ATF 129 III 135, c. 2.2). Ce poste de dommage est, dans son principe, reconnu par la jurisprudence¹¹³ et il fait partie de l'atteinte portée à l'avenir économique de la victime¹¹⁴. La révision de la LPGA codifie la pratique selon laquelle la rente AVS, la rente d'invalidité LPP et la rente complémentaire LAA concordent avec ce poste de dommage (FF 2018 1597 1629). Pour rappel : la rente AVS d'un bénéficiaire de rente AI, correspond à la rente AI, peu importe si l'assuré compte un revenu annuel moyen (RAM) moindre qu'un assuré actif jusqu'à 65 ans (art. 33^{bis} LAVS) ; la rente d'invalidité LPP est une rente viagère et son montant est calculé sur la base des années futures (art. 24 al. 3 LPP) ; la rente LAA est une rente viagère également (art. 19 al. 2 LAA, art. 20 al. 2^{ter} LAA). Une personne bénéficiaire de telles rentes voit son dommage de rente absorbé, partiellement à tout le moins, par les assurances sociales prestataires. Celles-ci sont alors habilitées à faire valoir des prétentions récursoires auprès du responsable (art. 74 al. 2 let. c. LPGA).

C. L'entreprise de travail intérimaire face à l'assureur social subrogé

Revenons aussi sur le privilège de recours évoqué ci-dessus. Selon l'art. 75 al. 2 LPGA, l'employeur et les collègues de travail de la victime sont protégés contre d'éventuelles prétentions de l'assureur subrogé. La notion d'employeur n'y étant pas défini, elle a donné lieu à des discussions concernant le champ d'application personnel du privilège. Ce sont plus particulièrement les cas dans lesquels un travailleur est blessé alors qu'il était au service d'une entreprise de travail intérimaire qui ont posé problème. Vu le but du privilège, que nous avons exposé ci-dessus, la notion ne couvre que l'employeur au sens du droit des assurances sociales, de la LAA plus particulièrement. Il s'agit donc de celui qui occupe le travailleur, qui de ce fait déclenche l'assujettissement du travailleur à l'assurance obligatoire (art. 1a al. 1 LAA) et qui paie les primes LAA. Ainsi, lorsqu'une entreprise intérimaire loue son travailleur à une tierce personne, seule la première bénéficie du privilège.

La doctrine a majoritairement défendu ce point de vue et le Tribunal l'a confirmé dans un arrêt du 24 janvier 2019 (ATF 145 III 63, avec des références à la doctrine). Dans le cas en question, l'entreprise

¹¹¹ ATF 84 II 393, c. 3. a), avec des références à des arrêts antérieurs (cet arrêt qui date de 1958 avait par contre encore nié le droit préférentiel). Voir aussi ATF 124 III 222 : la rente de veuve versée par une assurance sociale correspond à l'indemnité pour perte de soutien due par le responsable en vertu de l'art. 45 al. 3 CO ; ATF 126 III 41 : la rente d'invalidité correspond à l'indemnité pour perte de gain.

¹¹² ATF 54 II 464, c. 5.

¹¹³ Voir, entre autres, l'ATF 129 III 135 ; les modalités de calcul ont fait l'objet de revirements.

¹¹⁴ WERRO, La responsabilité civile, 3e éd., Berne 2017, p. 329.

intérimaire B. SA est affiliée à la SUVA pour son personnel. Par accord de location de services, B. a loué à la société en bâtiment A. SA un aide-charpentier C. qui s'est malencontreusement blessé en travaillant sur le chantier de A. SA. Une planche en bois lui est tombée sur la tête provoquant sa chute d'une hauteur de plus de 3 mètres avec plusieurs blessures comme conséquences. La SUVA ayant pris en charge le traitement médical (32'500) et versé des indemnités journalières (43'500) se retourne contre A. SA. La SUVA et A. SA transigent en ce sens que A. SA doit payer 68'000 à la SUVA, ce pour autant qu'elle ne peut pas invoquer le privilège de recours prévu par l'art. 75 al. 2 LPGA. Le *Handelsgericht Zurich* estime que A. SA n'est pas employeuse au sens de l'art. 75 al. 2 LPGA et condamne A. SA à verser le montant sur lequel les parties ont transigé (68'400). Le Tribunal fédéral rejette le recours introduit par A. SA. Il rappelle que la loi soumet la location de services à certaines règles (selon l'art. 19 de la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, LES, RS 823.11, le bailleur doit conclure un contrat de travail écrit avec le travailleur) et que le contrat de travail est donc conclu avec l'entreprise bailleresse de services et non pas avec l'établissement d'affectation. Il mentionne ensuite les art. 10 et 11 LPGA dont on peut déduire que la notion d'employeur vise le débiteur des cotisations sociales. On ne saurait déduire le contraire de l'art. 10 de l'Ordonnance sur la prévention des accidents (OPA, RS 832.30) qui impose des obligations en matière de sécurité à l'entreprise d'affectation. Seule l'employeur qui a engagé le travailleur et qui paie les primes LAA peut se prévaloir du privilège de recours prévu par l'art. 75 al. 2 LPGA.

D. Le recours de l'assureur social « after the Brexit »

En droit européen, nous l'avons évoqué ci-dessus, l'assureur social est habilité à exercer son recours à l'étranger. La position que lui confère le droit du pays dont il relève est reconnue dans tous les pays liés par cette règle (art. 85 règlement (CE) n° 883/2004). Pour les cas qui relèvent de l'Accord de sortie UE-Royaume Uni, elle continue à s'appliquer au-delà du Brexit¹¹⁵, y compris dans l'Espace économique européen¹¹⁶ et en rapport avec la Suisse¹¹⁷. Exemple : un travailleur suisse détaché à Londres depuis avant le 31 décembre 2020 reste soumis au règlement (CE) n° 883/2004 ; par conséquent, en cas d'accident à Londres, l'assureur LAA peut s'appuyer sur la reconnaissance mutuelle prévue par l'art. 85 de ce même règlement ; selon nous, cette solution s'applique peu importe si l'accident a lieu avant ou après le 31 décembre 2020 car la règle régissant la subrogation internationale de l'assureur social se rattache à la situation de l'assuré social ; du moment que celui-ci tombe sous le coup du règlement et reçoit des prestations en vertu de la législation d'un des pays liés, la coordination sociale européenne, y compris la reconnaissance mutuelle de la subrogation, s'applique (art. 85 règlement (CE) n° 883/2004).

En dehors de l'Accord de sortie et des autres règles régissant le départ du Royaume-Uni, les relations entre celui-ci et les Etats membres de l'UE sont dorénavant régies par l'Accord de commerce et de coopération UE-Royaume Uni ; cet Accord contient une règle équivalente à l'art. 85 du règlement (CE) n° 883/2004 (*cf.* art. SSC.65 ACC - Protocole en matière de coordination de la sécurité sociale)¹¹⁸ qui, comme avant, protège les assureurs sociaux des parties contractantes. Quant aux rapports entre la Suisse et le Royaume-Uni, on peut signaler que la Convention bilatérale de 1968 ne

¹¹⁵ JO L 29 p. 7 du 31.1.2020.

¹¹⁶ L'Accord de sortie EEE peut être consulté, en allemand, au recueil officiel de la législation du Liechtenstein du 31 janvier 2020, n° 51, 0.632.61.

¹¹⁷ Voir l'ALCP du 21 juin 1999, dans sa version après l'intégration de la Décision 1/2020 du Comité mixte, RS 0.142.112.681 ; voir aussi l'art. 26*b* de l'Accord sur les citoyens Suisse-Royaume Uni du 25 février 2019, RS 0.142.113.672.

¹¹⁸ JO L 149 p. 10 du 30.4.2021.

contient pas de règle pareille¹¹⁹ ; il conviendra donc, en attendant un arrangement, de se référer au droit international privé. En ce qui concerne enfin la Convention de Lugano, la Commission européenne a d'ores-et-déjà déclaré qu'elle n'envisage pas d'y inclure le Royaume-Uni¹²⁰.

Conclusion

Les nouveautés en matière de pluralité de responsables sont peu favorables à l'assureur social qui doit, en cas de privilège de recours, se faire imputer des parts de responsabilité relevant de la sphère de l'employeur. Il doit aussi partager l'assiette avec l'assureur-dommage dont la position se trouve renforcée. Les quelques améliorations apportées, telle la codification du recours en matière de dommage de rente ou le fait d'inclure les travailleurs subalternes dans les couvertures d'assurance RC, ne compensent guère les inconvénients escomptés. Dans le domaine de la circulation routière, dans lequel le privilège de recours est souvent neutralisé, la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral, inaugurée par l'ATF 143 III 79, aura toutefois des conséquences pratiques modérées.

¹¹⁹ RS 0.831.109.367.1.

¹²⁰ Commission européenne, Communication du 4 mai 2021 concernant le Convention de Lugano.

Bibliographie

- BECK PETER, Mehrzahl von Regressgläubigern : Gesamt-, Solidar- oder Teilgläubigerschaft, REAS 2017, pp. 316 ss.
- BIAGGI RAFFAELLA/CHEVALIER MARCO/SCHAFFHAUSER URS/MURI THOMAS, Haftpflicht- und Privat-versicherungsrecht – Entwicklungen 2018, njus.ch 2019, pp. 1 ss.
- BITTEL THOMAS, Regress(gerichts)prozesse: Wirtschaftliches und Statistisches, Sécurité sociale CHSS 3/2012, pp. 144 ss.
- BREHM ROLAND, Berner Kommentar, 4e éd., Berne 2013, art. 44 N 4.
- BRULHART VINCENT, La tarification en matière d'assurance dans un marché libéralisé, REAS 2016, pp. 155 ss.
- CAR TIMO, Das Überschreiten der Deckungssumme in der Haftpflichtversicherung, Berlin 2015.
- DOLF REMO, Das Rückgriffsrecht der AHV/IV unter Berücksichtigung besonderer Durchsetzungsfragen, Thèse, Zurich 2016.
- EBERLI PETER/CAN EMEL/ROSSEL STEPHAN, Bewertungsmodelle für das Lebensversicherungsgeschäft (Teil 1), EF (Expert Focus), pp. 914 ss.
- FELLMANN WALTER, Entwicklungen im Versicherungs- und Haftpflichtrecht, SJZ/RSJ 2019, pp. 215 ss.
- FRESARD-FELLAY, GHISLAINE, Le recours subrogatoire de l'assurance-accidents sociale contre le tiers responsable ou son assureur, Thèse. Zurich 2007.
- FRÉSARD-FELLAY, GHISLAINE, Le privilège subrogatoire de l'assureur social contre un tiers responsable non privilégié, REAS 2017, pp. 186 ss.
- FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, *in* Greber/Kahil-Wolff/Molo/Frésard-Fellay, Droit suisse de la sécurité sociale, vol. I, Berne 2010.
- FRITSCH WILLI, OR Kommentar, 3e éd., Zurich 2016.

FUCHS MAXIMILIAN/PAUKER, WERNER, Deliktsrecht, 8^e éd., Berlin 2017.

FUHRER STEPHAN, Anmerkung zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts, REAS 2018, pp. 421 ss.

GRÜNEBERG CHRISTIAN, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch. BGB. 79^e éd., Munich 2020.

GUYAZ ALEXANDRE, Le tort moral en cas d'accident : une mise à jour, SJ 2013 II 260.

HARDEGGER ANDREAS/BRUN ROLAND, Die jüngste bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 75 Abs. 2 ATSG – Eine kritische Würdigung einer Klägerin, REAS 2018, pp. 408 ss.

HUNZIKER-BLUM FELIX, Niederlassung in Bewegung, REAS 2019, pp. 384 ss.

HÜRZELER MARC, Entwicklungen zum Sozialversicherungsregress: Sozialversicherungsträger, Gesamtgläubigerschaft, Rentenschaden und Substanziierung gesetzlicher Leistungen – Eine Nachlese zu BGer 4A_301/2016 und 4A_311/2016 vom 15. Dezember 2016, SZS/RSAS 2017, pp. 343 ss.

JAUN MANUEL, Die haftpflichtrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2018, ZBJV 156/2020, pp. 168 ss.

KIESER UELI, Basler Kommentar ATSG, art. 72 ATSG, Bâle 2019.

KOLLER THOMAS, Quotenvorrecht, AJP/PJA 1997, pp. 1428 ss.

KÖRNER ALEXANDRA, Haftung der Solidarschuldner im Aussenverhältnis – immer Haftung aller für den gesamten Schadenersatz ?, REAS 2018, pp. 71 ss.

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/PFÄFFLI DANIEL, HAVE Jahrbuch SGHVR 2019/Annales SDRCA 2019, Jahrestagung vom 6. September 2019, Aktualitäten im Haftpflichtrecht, pp. 83 ss.

LÄUBLI ZIEGLER SYLVIA, Ein Ende der Gewissheiten, REAS 2018, pp. 30.

MATTHÄUS CLAUDIA, Schadensminderungspflichten im Haftpflicht- und Sozialrecht Deutschlands, Österreichs und der Schweiz, Baden-Baden 2008.

- MORENO IGNACIO, Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts II – Die Abwicklung des Privatversicherungsregresses, REAS 2017, pp. 177 ss.
- MÜLLER ALEXANDER, Regress im Schadensausgleichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherers, Thèse, Saint-Gall 2006.
- NUSSBAUMER ARNAUD, Le droit préférentiel du lésé en matière de tort moral, Law Inside, 6 septembre 2018, <http://www.lawinside.ch/649/>.
- OVERNEY ALEXIS, Privilège de recours en concours de responsabilité : une solution équitable à un problème complexe, http://rcassurances.ch/files/analyses/1a_17_avril_Analyse_4A_311_2016.pdf, site consulté en dernier le 31 mars 2020.
- PICHONNAZ PASCAL/KHALFI BASTIEN, Le point sur la partie générale du droit des obligations, SJZ/RSJ 2019, pp. 248 ss.
- PRIBNOW VOLKER avec Bürgi/Kieser/Pribnow/Locher/Greiner, Sozialversicherungsrecht, REAS 2018, pp. 427 ss.
- PRIBNOW VOLKER, Urteile zum Haftpflicht und Privatversicherungsrecht (Personenschaden) 2018, *in* REAS, Personen-Schaden-Forum 2019, Zurich 2019, pp. 133 ss.
- SCARTAZZINI GUSTAVO/HÜRZELER MARC, Bundessozialversicherungsrecht, 4e éd., Bâle 2010.
- SCHÄFER HANS-BERND/OTT CLAUS, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3e éd., Berlin 2000.
- SCHULZE REINER/DÖRNER HEINRICH/EBERT INA, Bürgerliches Gesetzbuch, Baden-Baden 2017.
- SIEBER PHILIPP/HÜSSER HEINZ, Haftpflichtkommentar – Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zurich/Saint-Gall 2016.
- WEBER STEPHAN, Dringend revisionsbedürftige Systematik und Koordinationsbestimmungen des VVG – und doch nur ein halber Schritt, REAS 2017, pp. 444 ss.

WERRO FRANZ/PERRITAZ VINCENT, La remise en cause de l'ordre de recours de l'art. 51 al. 2 CO, AJP/PJA 2018, pp. 1179 ss.

WERRO FRANZ/PERRITAZ VINCENT, Le recours de l'assureur dommages en cas de pluralité des responsables, REAS 2018, pp. 339 ss.

WERRO FRANZ/PERRITAZ VINCENT, Les limitations inattendues de couverture et le recours de l'assureur dommage, *in* Werro/Pichonnaz, (éd.), Les relations entre la responsabilité civile et les assurances privée, Berne 2016.

WERRO FRANZ, La responsabilité civile, 3^e éd., Berne 2017.

WERRO FRANZ, Le recours du responsable civil (art. 51 al. 2 CO), celui de l'assureur privé (art. 95c al. 2 LCA) et la prescription de l'action récursoire (art. 139 CO) – Un état des lieux jurisprudentiel, doctrinal et législatif, RDS 2021, pp. 3 ss.

WERRO FRANZ, Le point sur la partie spéciale du droit des obligations, SJZ/RSJ 2019, pp. 384 ss.

WIDMER PIERRE/WESSNER PIERRE, Révision et unification du droit de la responsabilité civile – rapport explicatif, 2000, <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-ber-f.pdf>.

ZIMMER ANJA, Nachfrage nach ausfallbedrohten Versicherungsverträgen und optimales Risikomanagement von Versicherungsunternehmen, Karlsruhe 2010.