

**Tribunal fédéral – 4A\_301/2016 ;  
4A\_311/2016**

Ire Cour de droit civil  
Arrêts du 15 décembre 2016

**Newsletter avril 2017**

Privilège de recours et  
pluralité de responsables  
solidaires

### **Résumé et analyse**

#### **Proposition de citation :**

Alexis 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, Newsletter rcassurances.ch avril 2017

**Art. 75 LPGA**



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

Alexis Overney

## **I. Objet des arrêts**

Les arrêts ont pour objet le règlement du recours des assureurs sociaux à l'encontre d'un responsable, dans la situation où un autre responsable solidaire bénéficie d'un privilège de recours au sens de l'art. 75 LPGA.

## **II. Résumé des arrêts**

### **A. Les faits**

Lors d'un accident de travail, un employé subit des blessures en raison du fait que du gaz s'est enflammé dans un regard d'une canalisation d'eaux usées. L'employeur de la victime avait été chargé d'assainir et d'étancher la canalisation et les regards avec une entreprise spécialisée. Alors que la victime travaillait avec une cigarette allumée dans l'un des regards, un résidu de gaz se trouvant dans ce regard a pris feu, brûlant le haut de son corps et ses cheveux. La Suva, l'AI et l'AVS (les demanderesses) ont et vont verser des prestations. Selon les demanderesses, le gaz qui s'est enflammé provenait d'une canalisation exploitée par une entreprise de gaz. Les demanderesses ont dirigé leurs prétentions à l'encontre de la compagnie d'assurance qui couvre la responsabilité civile de l'exploitant de la canalisation (la défenderesse) sur la base de la loi fédérale sur les installations de transport par conduites. Le Tribunal de commerce du canton de Zurich a admis partiellement la demande. Les parties ont toutes deux recouru au Tribunal fédéral.

### **B. Le droit**

La défenderesse a soulevé de nombreux griefs devant le Tribunal fédéral. Le principal d'entre eux concerne le sort à donner aux prétentions de l'assurance sociale lorsque parmi

les coresponsables solidaires, l'un est au bénéfice du privilège de recours au sens de l'art. 75 LPGA (ch. 1 ci-dessous). Les autres griefs seront en revanche simplement survolés (ch. 2 ci-dessous).

## **1. Le privilège de recours en concours de responsabilité**

L'assurance sociale ne peut obtenir, par son recours, que la quote-part dont le responsable serait redevable dans le cadre du règlement des rapports internes avec le coresponsable si celui-ci ne bénéficiait pas du privilège de recours. Ce point fait l'objet de l'analyse (ch. III).

## **2. Les autres questions traitées**

### *a. La notion d'assureur au sens de l'art. 72 LPGA*

L'art. 72 LPGA dispose que « *dès la survenance de l'événement dommageable, l'assureur est subrogé, jusqu'à concurrence des prestations légales, aux droits de l'assuré et de ses survivants contre tout tiers responsable* ». La défenderesse contestait la capacité d'être partie et la capacité de procéder des demanderessees, en soulevant notamment l'argument selon lequel l'AI et l'AVS ne seraient que des branches d'assurances (« *blosse Versicherungszweige* »). Le TF a clairement reconnu la capacité de partie de l'AI et de l'AVS : lorsqu'il a adopté le terme d'assureur (« *Versicherungsträger* ») à l'art. 72 LPGA, le législateur n'a en effet, selon lui, pas voulu changer la réglementation en vigueur jusqu'alors (c. 3).

### *b. La notion de communauté de créanciers au sens de l'art. 16 OPGA*

« *Lorsque plusieurs assureurs sociaux participent au même recours, ils constituent une communauté de créanciers et doivent procéder entre eux à la répartition des montants récupérés proportionnellement aux prestations concordantes dues par chacun d'eux* ». La défenderesse faisait valoir que les demanderessees devaient émettre leurs prétentions par le biais de demandes distinctes. Le TF reconnaît qu'il n'y a pas de main commune (« *Gesamthandsverhältnis* ») et que les créancières du recours ne sont pas tenues de faire valoir leurs prétentions en commun. La répartition du substrat du recours ne se fait cependant pas à l'égard du débiteur, mais proportionnellement entre les créancières du recours. Pour cette raison, les demanderessees sont légitimées à faire valoir le montant total du recours sans répartir les prestations en des conclusions distinctes (c. 4).

### *c. La nature des prétentions contenues dans le recours*

La défenderesse faisait valoir que les créancières du recours ne pouvaient prétendre au remboursement de la partie du dommage constituée par la perte de rente subie par l'institution de prévoyance professionnelle. Cette prétention appartiendrait en effet à cette dernière et à elle seule et les demanderessees n'y seraient pas subrogées. Le TF rejette l'argumentation de la défenderesse, selon laquelle l'institution de prévoyance professionnelle perdrait cette prétention au profit d'une institution du 1<sup>er</sup> pilier ; il relève que le législateur a ordonné une subrogation pour l'intégralité du dommage du lésé, y compris l'intégralité du dommage de rente (c. 5).

## **III. Analyse**

### **1. Le système légal**

#### *a. Le régime général de la subrogation*

L'art. 72 al. 1 LPGA dispose que « *dès la survenance de l'événement dommageable,*

*l'assureur est subrogé, jusqu'à concurrence des prestations légales, aux droits de l'assuré et de ses survivants contre tout tiers responsable ».*

Dans le droit de la responsabilité civile, lorsque plusieurs responsables répondent d'un même préjudice, le lésé dispose d'un concours d'action en ce sens qu'il peut agir, à son choix, contre l'un ou l'autre des responsables et lui réclamer la totalité de son préjudice. Celui qui est recherché peut alors se retourner contre le ou les autres responsables pour leur réclamer la part qu'il a payée en trop. On parle également de « *solidarité au sens large* » (FRANZ WERRO, La responsabilité civile, Berne 2005, N 1509s).

Qu'en est-il pour l'assureur social subrogé ? L'alinéa 2 de l'art. 72 LPGA règle la question, qui prévoit que « *lorsqu'il y a plusieurs responsables, ceux-ci répondent solidairement à l'égard de l'assureur* ».

### *b. Le privilège de recours*

A l'origine, était le *privilège de responsabilité*. Aux termes de l'art. 44 al. 1 aLAA (qui reprenait pour l'essentiel le système de l'art. 129 LAMA), les proches et l'employeur de l'assuré bénéficiaient d'un tel privilège, qui les immunisait à la fois contre les prétentions directes de la victime et contre les prétentions subrogées de l'assurance-accidents, sauf si ces personnes lui avaient causé le dommage intentionnellement ou par négligence grave. La jurisprudence avait cependant limité ce privilège au seul dommage indemnisé par une prestation de l'assureur-accidents : s'il n'y avait pas de poste de dommage de même nature, c'étaient les règles habituelles du droit de la responsabilité civile qui s'appliquaient (GHISLAINE FRESARD-FELLAY, Le recours subrogatoire de l'assurance-accidents sociale contre le tiers responsable ou son assureur, Zurich-Bâle-Genève 2007, N 723 ; PETER BECK, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bâle 1999, N 6.158 ; ATF 110 II 163). Il est vrai que ce privilège de responsabilité contenait en son sein un *privilège de recours* dès lors qu'il entraînait une limitation du recours de l'assureur-accidents, car, faute de prétentions en responsabilité civile, il n'y a pas de recours possible (THOMAS KOLLER, Kurzgutachten betreffend Abschaffung der Regressprivilegien, SR-Info 2/1999, p. 3 ; ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung, Begriffe, Wertungen und Schadenausgleich, Freiburg 1998, N 382).

L'une des grandes innovations matérielles de la LPGA a consisté dans le remplacement du privilège de responsabilité par un *privilège général de recours*, régi par l'art. 75 LPGA. Il s'agit d'un privilège de responsabilité partiel, en ce sens qu'il ne libère le tiers de sa responsabilité que pour les prétentions subrogatoires de l'assureur social mais qu'il laisse subsister les prétentions complémentaires du lésé : celui-ci peut dès lors, à l'inverse de l'assureur subrogé, obtenir pleine réparation de son préjudice (GHISLAINE FRESARD-FELLAY, op. cit., N 724). Le fondement de ce privilège réside dans la relation particulièrement étroite entre de la personne tenue à réparation et le lésé. Pour ce qui est de l'employeur, l'idée directrice est que l'assureur social ne puisse reprendre de la main gauche ce qu'il a encaissé de la main droite par le biais de l'encaissement de la prime.

Lors de la 5<sup>ème</sup> révision de l'assurance-invalidité, intervenue le 6 octobre 2006, un troisième alinéa a été ajouté à l'art. 75 LPGA : le privilège de recours tombe dans la mesure où la personne contre laquelle le recours est formé est *couverte par une assurance responsabilité civile obligatoire*.

Le privilège des proches est applicable tant pour les accidents professionnels que non professionnels (art. 75 al. 1 LPGA) alors que le privilège de l'employeur ne concerne que les accidents professionnels (art. 75 al. 2 LPGA). Le droit de recours de l'assurance sociale est, comme sous l'empire de l'ancien art. 44 LAA, limité aux cas où les personnes privilégiées ont causé le dommage intentionnellement ou par négligence grave. Cela signifie que le privilège ne concerne que les cas où l'évènement dommageable est provoqué par une faute légère ou dans le cadre d'une responsabilité purement causale. En revanche (au contraire du système de l'art. 44 aLAA), une négligence légère suffit à engager la responsabilité d'un proche ou de l'employeur du lésé pour le dommage non couvert par les assurances sociales (GHISLAINE FRESARD-FELLAY, op. cit., N 734).

## 2. La question posée et la solution retenue par le Tribunal fédéral

a) La question posée est la suivante : deux ou plusieurs responsables causent un préjudice à un lésé. L'un des responsables appartient à une catégorie privilégiée au sens de l'art. 75 LPGA. Dans la responsabilité civile, le lésé dispose, comme on vient de le voir, d'un concours d'actions à l'encontre de chacun des responsables, que ceux-ci soient ou non privilégiés au sens de l'art. 75 LPGA. Quelle est la situation de l'assureur subrogé ? Dès lors que – sauf dans l'hypothèse de l'art. 75 al. 3 LPGA – il ne peut pas se retourner contre le responsable privilégié, est-il légitimé à faire valoir l'entier de sa prétention contre le ou les autres responsables qui ne sont pas au bénéfice du privilège ? Au terme d'une longue argumentation, le TF considère qu'il n'y a pas de raison qu'il en soit ainsi (c. 6).

b) Le TF avait devant lui un double choix : il pouvait admettre un *concours d'action* et permettre ainsi à l'assureur social de s'en prendre au coresponsable non privilégié pour le tout. Il pouvait également réduire la prétention de l'assureur social à la part que le coresponsable non privilégié aurait dû assumer dans les rapports internes en l'absence de privilège ; *la créance subrogatoire serait alors divisée*.

c) Dans un arrêt rendu sous l'empire de l'art. 129 LAMA (autrement dit *sous l'empire du privilège de responsabilité*), le TF avait admis que le lésé puisse réclamer l'ensemble de son préjudice au responsable non privilégié. Le fait que celui-ci ne puisse, du fait du privilège, pas exercer de recours interne contre l'autre responsable avait laissé les juges de marbre : pour eux, un responsable ne peut exciper, envers la victime, du fait qu'un autre responsable bénéficierait d'un privilège (ATF 113 II 323).

d) Dans ses arrêts du 15 décembre 2016, le TF commence d'ailleurs par relever que, dans sa grande majorité, la doctrine récente part du principe que l'assureur social dispose d'un droit de recours entier à l'égard du débiteur non privilégié (c. 6.1.3).

Il est vrai que cette solution présente l'avantage de la logique. Le privilège n'appartient en effet qu'au responsable qui peut se prévaloir de la protection de l'art. 75 LPGA. Le coresponsable non privilégié qui tenterait d'arguer de cette protection se prévaudrait de l'exception d'un tiers. Or, il n'est rien d'autre qu'un responsable ordinaire à côté d'un responsable exonéré (GHISLAINE FRESARD-FELLAY, op. cit., N 833).

A cela s'ajoute que solidarité suppose responsabilité (ATF 133 III 6 ; FRANZ WERRO, op. cit., N 1512). Un concours d'actions n'a de justification que si l'on a affaire à plusieurs

responsables possibles. Si l'un de ceux-ci peut se prévaloir d'une exception, sa responsabilité est du même coup exclue. Ainsi, le tiers au bénéfice du privilège de l'art. 75 LPGA est libéré de toute responsabilité ; le responsable tenu d'indemniser l'assureur social ne peut se retourner contre lui pour obtenir le paiement de sa part dans les rapports internes. En admettant qu'il puisse opposer à l'assureur la part qu'il aurait pu réclamer contre un autre coresponsable par l'effet de la solidarité, il ferait naître chez ce dernier, comme par un artifice, une responsabilité (et par conséquent une solidarité) qui n'a en réalité jamais existé.

De plus, en cas de responsabilité plurale, le responsable ne peut opposer à la victime l'insolvabilité du coresponsable (ATF 127 III 257) ou l'exception de péremption dont celui-ci pourrait se prévaloir (ATF 133 III 6). Pourquoi en irait-il autrement du privilège de l'art. 75 LPGA ? « *En d'autres termes, le coresponsable est malchanceux mais il ne l'est pas plus que celui qui exerce un recours contre un coresponsable insolvable* » (GHISLAINE FRESARD-FELLAY, op. cit., N 836).

Un autre argument peut être invoqué : la subrogation est définie, selon la conception classique, comme une cession légale de créance (DANIEL GIRSBERGER, BaKomm, art. 166 N 2 ; EUGEN SPIRIG, ZK, art. 166 N 5 ; GHISLAINE FRESARD-FELLAY, op. cit., N 270). L'assureur ne se voit pas conférer, par cette opération, une prétention nouvelle et indépendante : il succède simplement dans les droits du lésé, avec leurs avantages et inconvénients. Or, le responsable civil répond, envers le lésé, de l'intégralité du préjudice, sans pouvoir opposer le privilège d'un coresponsable : pour quelle raison pourrait-il, au motif qu'un assureur social est intervenu et a pris la place du lésé, bénéficiaire, indirectement et partiellement, de ce privilège ? Poser la question, c'est y répondre.

Enfin, le législateur a introduit des régimes de responsabilité objective afin de faire supporter certains risques à ceux qui les créent. Si l'assureur social devait être privé d'un recours intégral à l'encontre d'un débiteur non privilégié, c'est lui qui, en dernière analyse, assumerait une partie de ce risque, ce qui serait fausserait la véracité des coûts (THOMAS KOLLER, op. cit., p. 25ss).

e) Pourtant, le TF va rejeter ces solides arguments au profit d'un raisonnement en deux temps.

*Dans un premier temps*, il rappelle que si les conditions du privilège de recours de l'art. 75 al. 2 LPGA sont remplies (soit l'absence de toute négligence grave ou d'un comportement intentionnel), l'assureur ne dispose d'aucune créance à l'égard de l'employeur. Or, une solidarité entre responsables ne peut exister que s'il y a une responsabilité multiple. Une partie de la doctrine relève que, si les conditions du privilège de recours sont réunies, une responsabilité du bénéficiaire du privilège à l'égard de l'assureur qui exerce son recours est exclue. Celui qui bénéficie du privilège de recours serait ainsi libéré de la responsabilité solidaire. Cela signifie que si l'assureur a exercé entièrement son recours contre le responsable non privilégié, ce dernier ne peut pas, de son côté, exercer un recours contre l'employeur privilégié car il n'y a pas de dette commune. Ces auteurs estiment que, par conséquent, le débiteur non privilégié est le seul qui puisse être tenu pour responsable à l'égard de l'assureur et qu'il répond de la totalité du montant de responsabilité (« *Haftungsbetrag* ») (c. 6.1.3.2).

*Dans un second temps*, le TF se pose cependant la question de savoir s'il n'y a pas lieu de prendre en compte le fait que l'employeur est libéré de la responsabilité au titre de circonstance au sens de l'art. 44 CO, permettant au responsable non privilégié de réduire l'indemnité due à l'assureur social. Pourquoi, en effet, serait-il équitable que le responsable non privilégié qui a été recherché par le lésé, puisse, pour ce qui est du dommage direct, exercer un recours contre l'employeur responsable solidairement, mais qu'il soit, pour ce qui est de la créance issue de subrogation, le seul responsable à l'égard de l'assureur social ? Le TF en est d'accord : celui qui est entièrement responsable à l'égard de l'assureur ne dispose pas d'un droit de recours interne contre l'employeur. En effet, un tel droit lui permettrait de contourner le privilège de recours. Pourtant, poursuit-il, il n'y a pas de justification pour que l'assureur social puisse se faire dédommager entièrement par le responsable non privilégié. Le privilège de recours est justifié par le fait que l'employeur paie des primes d'assurance. A titre de contre-prestation, l'assureur accorde la couverture d'assurance en faveur des employés. Dès lors, si les assureurs avaient un droit de recours entier à l'égard du responsable non privilégié, ils s'en trouveraient enrichis. *Il paraît ainsi justifié (« wertungsmässig gerechtfertigt ») que le responsable non privilégié ne soit tenu à l'égard de l'assureur que pour le montant dont il serait redevable dans le règlement interne entre les codébiteurs solidaires en l'absence de privilège de recours (c. 6.1.3.3).* La règle peut dès lors être résumée ainsi : la réduction de la prétention récursoire est déterminée en procédant à une répartition de la responsabilité interne entre les deux responsables, comme s'il n'y avait pas de privilège. La quote-part à charge du responsable privilégié ainsi déterminée doit être assumée par l'assureur subrogé, de sorte que le tiers responsable (non privilégié) ne doive pas assumer cette quote-part interne (c. 6.2.1).

f) A ces considérations, qui pourraient avoir une connotation empirique (et que n'aurait pas désavoué le roi Salomon), le TF donne une justification juridique : *d'un point de vue dogmatique, le privilège de recours peut être compris comme une cause de réduction de responsabilité en faveur du responsable non privilégié.* L'assureur doit se voir imputer l'avantage qui est accordé aux employeurs assurés. Il s'agit d'une circonstance qui s'insère dans la sphère de responsabilité du créancier et c'est dès lors lui qui doit l'assumer selon l'art. 44 al. 1 CO (c. 6.1.3.4).

g) *D'un point de vue procédural*, il faut partir du principe que *l'assureur peut*, dans un premier temps, *invoquer à l'égard du responsable non privilégié la totalité de sa créance récursoire.* Il appartient ensuite à ce dernier d'exposer dans quelle mesure sa part de responsabilité doit être réduite en raison du privilège de l'employeur (c. 6.2).

h) Il ressort de l'arrêt attaqué que la défenderesse avait fait valoir que les assureurs devaient supporter la quote-part correspondante à celle que l'employeur privilégié aurait dû assumer en tant que responsable solidaire. Il n'est pas nécessaire, expose le TF, qu'elle démontre quel serait le montant exact de cette quote-part. Il suffit qu'elle allègue et démontre les faits qui permettent au tribunal de fixer ce montant, conformément à l'art. 50 en relation avec l'art. 51 CO. L'arrêt attaqué ne contient toutefois aucun considérant à ce sujet (c. 6.2.2).

### **3. Conclusion**

La solution donnée par le TF avait été envisagée par la doctrine (cf. notamment PIERRE TERCIER, concours d'actions et solidarité : Où en sommes-nous ? in : Franz Werro (édit.).

Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile : Actualités et perspectives, Colloque du droit de la responsabilité civile 2001, Université de Fribourg, Berne 2002, p. 137). Le TF l'avait néanmoins écartée sans état d'âme sous l'empire du privilège de responsabilité (ATF 113 précité). Il aurait pu, sans grande difficulté, se ranger aux arguments solidement étayés avancés par la doctrine majoritaire en faveur du concours d'action (cf. *supra*, ch. 2 let. d). En adoptant la solution de la ventilation de la prétention récursoire, le TF prend le risque de briser la pureté du dogme de la solidarité : d'une part, il empêche le créancier du recours subrogatoire d'aller rechercher un responsable pour la totalité de sa créance. D'autre part, il reconstruit artificiellement la solidarité entre deux coresponsables civils alors que, par l'effet du privilège de l'art. 75 LPGA, l'un d'eux est libéré de toute responsabilité, faisant tomber du même coup la solidarité.

Par ailleurs, en première analyse, on ne peut s'empêcher de penser que le recours à l'art. 44 CO utilisé par le TF pour justifier sa solution est quelque peu artificiel. Cette disposition permet au juge de réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, notamment lorsque la victime n'a pas pris toutes les mesures commandées par les circonstances pour diminuer son dommage (FRANZ WERRO, Commentaire romand, n. 26 ad art. 44 CO). Elle ne s'applique qu'en cas de versement de dommages-intérêts, qu'ils soient délictuels ou contractuels (art. 99 al. 3 CO) (ATF 131 III 511). Or, le transfert d'une créance au profit de l'assureur social obéit à des règles spéciales de droit public, qui lui donnent des caractéristiques la distinguant de la subrogation du droit privé. Il n'en demeure que, sous réserve des règles de droit public concernées, la subrogation de l'art. 72 LPGA est assujettie aux règles de droit privé de la cession légale, telle qu'elle ressort du CO (GHISLAINE FRESARD-FELLAY, op. cit., N 836). La créance subrogatoire revêt donc, pour le TF, la caractéristique de dommages-intérêts au sens des art. 40 et suivants du CO, de sorte que l'art. 44 CO s'applique.

Même si, comme on vient de le voir, la solution retenue n'est pas exempte de critiques, elle présente l'avantage de la sagesse. Elle prend en compte tous les intérêts des parties en cause, sans avantager injustement l'une d'entre elles. Certes, le responsable civil peut paraître tirer avantage de la présence, à ses côtés, d'un débiteur privilégié ; elle interdit cependant à l'assureur social de profiter du fait que, en sus d'un responsable privilégié, le hasard a mis sur son chemin un débiteur qui ne l'est pas. Comme il a encaissé des primes pour couvrir le risque survenu, l'apparente transgression dogmatique se justifie.

Enfin, on aurait pu craindre que le règlement de la créance n'en soit compliqué, l'assureur social devant procéder au calcul des parts internes que tel ou tel responsable pourrait assumer. Il n'en est rien, au vu de la réponse très pragmatique donnée par le TF.