



Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_602/2017 du 7 mai 2018

Christoph Müller

I. Objet de l'arrêt

Le Tribunal fédéral change sa jurisprudence et retient que l'assurance privée qui indemnise une victime peut se retourner contre le responsable du préjudice pour obtenir le remboursement de la réparation payée à la victime, et ce quel que soit le fondement de la responsabilité de l'auteur du préjudice.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits et la procédure

Suite à un démarrage brusque d'un bus de la compagnie C SA (« **le responsable** »), la passagère (« **la victime** ») née en 1928 tombe. Elle se casse une vertèbre lombaire, est soignée à l'hôpital et réhabilitée. En plus de l'assurance-accidents de base obligatoire, la victime est assurée contre le risque d'accident auprès de l'assurance complémentaire privée A SA (ci-après : « **l'assurance privée** »). L'assurance privée paie un montant total d'environ CHF 35'000 pour quatre factures relatives à des prestations semi-privées supplémentaires. La victime cède à son assurance privée ses prétentions en responsabilité à l'encontre du responsable. Le responsable est assuré auprès d'une assurance responsabilité privée obligatoire (« **l'assurance RC** »).

L'assurance privée réclame à l'assurance RC le remboursement du montant d'environ CHF 35'000. L'assurance privée estime qu'elle dispose d'un droit de recours contre le responsable objectif, respectivement l'assurance RC de ce dernier, ce qui représenterait un changement de la jurisprudence selon l'ATF 137 III 352. L'assurance RC est d'avis que le séjour hospitalier semi-privé ne constitue pas un préjudice au sens du droit de la responsabilité civile et que certains postes du préjudice ne seraient pas dus à l'accident. Le Tribunal de commerce du canton de Berne rejette la demande en estimant qu'il n'y a pas lieu de modifier la jurisprudence, que les cessions de créances ne sont pas valables et que l'article 60 al. 2 LCR ne s'applique pas. L'assurance privée recourt au Tribunal fédéral.

B. Le droit

L'arrêt répond à la question de savoir si et dans quelle mesure une assurance privée peut se retourner contre le responsable du préjudice après avoir indemnisé la victime.

Selon l'article 72 al. 1^{er} LCA, « [l]es prétentions que l'ayant droit peut avoir contre des tiers en raison d'actes illicites passent à l'assureur jusqu'à concurrence de l'indemnité payée ». L'article 51 al. 1^{er} CO prévoit quant à lui que « [l]orsque plusieurs répondent du même dommage en vertu de causes différentes (acte illicite, contrat, loi), les dispositions légales concernant le recours de ceux qui ont causé ensemble un dommage s'appliquent par analogie » (il s'agit d'un renvoi à l'article 50 al. 2 CO). L'article 51 al. 2 CO précise pour une telle pluralité de responsables que « [l]e dommage est, dans la règle, supporté en première ligne par celle des personnes responsables dont l'acte illicite l'a déterminé et, en dernier lieu, par celle qui, sans qu'il y ait faute de sa part ni obligation contractuelle, en est tenue en termes de la loi ».

Dans l'ATF 137 III 352 rendu en 2011, le Tribunal fédéral avait rappelé sa jurisprudence selon laquelle l'assurance qui prend en charge la réparation du préjudice en vertu d'un contrat d'assurance privée ne peut pas recourir contre la tierce personne responsable de par la loi, notamment en vertu d'une responsabilité objective. Après une analyse détaillée de la critique doctrinale, le Tribunal fédéral avait refusé d'opérer le changement de jurisprudence préconisé par l'instance inférieure de l'époque pour le motif que la volonté historique du législateur était claire et qu'il était justement en train de s'occuper de cette question dans le cadre d'une révision complète de la loi (ATF 137 III 352 c. 4.6).

Dans l'arrêt sous revue, le Tribunal fédéral change finalement sa jurisprudence et se rallie à la doctrine devenue majoritaire au fil des décennies, les premières critiques datant d'il y a presque un siècle (VON TUHR Andreas, *Rückgriff des Versicherers nach OR Art. 51 und VVG Art. 72*, RSJ 1922 p. 235). Les critiques relèvent notamment les points suivants : l'assurance est traitée à tort comme un responsable au sens des articles 50 et 51 CO, malgré le fait que la prise en charge du préjudice représente l'exécution de son obligation principale découlant du contrat d'assurance et non d'une obligation (secondaire) de payer des dommages-intérêts pour cause d'une exécution incomplète ou d'une inexécution. Refuser l'action récursoire à l'assurance mènerait aussi à une répartition inadéquate des coûts, car la réparation du préjudice constitue la contre-prestation contractuelle à l'encaissement de primes. Mais le preneur d'assurance ne paie pas ses primes dans l'objectif de soulager de tierces personnes de leur responsabilité. Les primes, dont le montant est calculé sur la base de statistiques, pourraient ainsi être réduites si l'assurance recevait le droit de recourir contre des responsables objectifs. Pour éviter le « piège de l'action récursoire » et d'aboutir à une telle répartition critiquable des coûts, les assurances pourraient être tentées d'insérer des clauses d'exclusion dans leurs conditions générales, clauses qui pourraient se révéler nulles ou qui seraient dans tous les cas défavorables pour le preneur d'assurances. L'introduction de nombreuses responsabilités pour risque a par ailleurs comme conséquence que la jurisprudence n'est plus en phase avec la situation actuelle. Finalement, la jurisprudence conduit à une différence de régime incompréhensible par rapport au droit des assurances sociales qui reconnaît aux assurances un droit de recours intégral fondé sur l'article 72 al. 1^{er} LPG.

Le Tribunal fédéral rappelle en outre que la révision totale de la LCA a été abandonnée par le législateur en 2011, mais que la révision ponctuelle de cette loi désormais proposée par le

Conseil fédéral contient une disposition qui est reprise du projet de révision totale et qui n'a souffert aucune critique. Il s'agit de l'article 95c al. 2 du projet du Conseil fédéral ayant la teneur suivante : « *Pour les postes de dommage de même nature qu'elle couvre, l'entreprise d'assurance est subrogée dans les droits de l'assuré dans la mesure et à la date de sa prestation* » (FF 2017 4817, 4827). Selon le Conseil fédéral, cette disposition tient compte de la critique générale dont a fait l'objet l'ancienne jurisprudence. Elle aurait été reprise du projet de révision totale parce qu'elle n'a pas été contestée lors de la consultation de ce dernier (Message du Conseil fédéral du 28 juin 2017, FF 2017 4767, 4808 s.).

Le Tribunal fédéral justifie ce revirement de jurisprudence par le fait que l'avis doctrinal développé plus haut est convaincant sur le fond et qu'il n'a pas fait l'objet de critiques dans le cadre de la procédure de consultation d'ores et déjà terminée. Dans l'hypothèse où le consensus qui se dégage de la procédure de consultation se révélerait par la suite comme inadéquat, le législateur aura toujours la possibilité d'édicter l'ancienne – ou une autre – réglementation dans le cadre de la révision partielle prévue.

Par rapport au responsable objectif de l'accident, l'assurance privée doit dès lors, sur la base de l'article 72 al. 1^{er} LCA, être traitée de la même manière que les assurances sociales qui sont subrogées aux droits de la victime dans la mesure où celles-ci l'ont indemnisée. Les prétentions en réparation de la victime à l'encontre de tierces personnes découlant d'actes illicites passent donc à l'assurance dans la mesure où cette dernière a fourni une réparation (art. 72 al. 1^{er} LCA). Lorsqu'un responsable objectif cause un accident, il commet un acte illicite au sens de cette disposition, même si l'accident n'est pas dû à une faute de sa part. En effet, la teneur de l'article 72 al. 1^{er} LCA n'exige pas de faute. Un acte illicite (« *unerlaubte Handlung* », « *atti illeciti* ») suffit. Tout état de fait appréhendé par une responsabilité objective aggravée ou simple, c'est-à-dire toute responsabilité extracontractuelle au sens des articles 41 ss CO, tombe dès lors sous la notion d'acte illicite au sens de l'article 72 al. 1^{er} LCA. L'article 51 al. 2 CO, régissant le recours interne entre personnes en vertu de causes juridiques différentes, ne trouve pas application.

III. Analyse

L'arrêt sous revue constitue un revirement majeur de jurisprudence comme il est rare d'en voir en droit des obligations. Ce revirement est à saluer.

Toutefois, si on compare les raisons qui ont poussé notre Haute Cour à refuser un changement de jurisprudence dans l'ATF 137 III 352 avec celles qui l'ont menée à l'admettre dans l'arrêt sous revue, on est interpellé. L'argument principal pour refuser un revirement de jurisprudence dans l'ATF 137 III 352 était le fait que le législateur, de par son projet de révision totale de la LCA, avait reconnu l'inadéquation de la jurisprudence et avait prévu de la corriger. Le Tribunal fédéral avait dès lors estimé que l'intérêt de la sécurité juridique pesait plus lourd dans la balance et qu'il reviendrait donc au législateur d'apporter une correction reconnue comme nécessaire au régime légal. Or, le nouveau projet de révision partielle propose le même droit de recours intégral de l'entreprise d'assurance et cette proposition n'a pas fait l'objet de critique. Aucun nouvel argument sur le fond n'a été évoqué. Il aurait dès lors été logique que le Tribunal fédéral confirme sa jurisprudence de l'ATF 137 III 352 et renvoie à la révision partielle de la LCA en cours. Qu'il ne l'ait pas fait ne peut signifier qu'une seule chose, à savoir qu'il ne croit plus en la capacité du législateur de mener à bien la révision de la LCA

(cf. FUHRER Stephan, *Urteilsbesprechung, Bundesgericht 4A_602/2017, Integrales Regressrecht*, www.stephan-fuhrer.ch).

L'arrêt sous revue laisse aussi ouverte toute une série de questions, de sorte qu'il représente plutôt le début d'une nouvelle jurisprudence que l'aboutissement d'une évolution.

L'une de ces questions est celle du recours de l'assurance privée contre une autre personne responsable sur la base d'un contrat (p.ex. l'affaire du canot automobile, ATF 118 II 502). Comme l'article 72 al. 1^{er} LCA n'admet le recours de l'assurance que contre une personne responsable d'un acte illicite (ce qui englobe nouvellement le responsable objectif), il manque une base légale pour un recours contre une personne responsable en vertu d'un contrat. Ce manque ne justifie toutefois pas de refuser à l'assurance privée un droit de recours contre un responsable contractuel. Ce constat soulève cependant la question de la validité de la jurisprudence dite Gini/Durlemann (ATF 80 II 247, c. 5). Selon cette jurisprudence, l'assurance privée n'a pas d'action récursoire contre une autre personne responsable en vertu d'un contrat, lorsque celle-ci n'a commis aucune faute personnelle et ne répond que d'une faute légère d'une tierce personne comme un auxiliaire. Il se pose donc la question de savoir si le revirement de jurisprudence effectué par l'arrêt sous revue implique également l'abandon de la jurisprudence restrictive de l'arrêt Gini/Durlemann. Certains commentateurs de l'arrêt sous revue sont de l'avis convaincant que tel est bel et bien le cas (TOLOU Alborz, *Le recours de l'assureur privé contre le responsable du dommage [art. 72 al. 1 LCA et 51 al. 2 CO]*, LawInside, 2 juin 2018 ; <http://www.lawinside.ch>; FURRER Andreas/BRUNNER Raphael, *Goodbye Gini/Durlemann – Die Schweiz entdeckt den Regress neu*, [http://www.mme.ch/de/magazin/goodbye_ginidurlemann_die_schweiz_entdeckt_den_regress_neu/]). En effet, il serait difficile de comprendre pour quelles raisons la personne responsable en vertu d'un contrat devrait profiter d'une position plus favorable que le responsable objectif. En conséquence, l'article 72 al. 1^{er} LCA doit être interprété dans le sens que l'assurance peut recourir contre tous les autres responsables, indépendamment de la cause juridique de leur responsabilité. D'autres commentateurs sont toutefois de l'avis que la nouvelle jurisprudence ne doit pas être sans autre appliquée au recours de l'assurance privée contre une autre personne responsable en vertu d'un contrat (CASANOVA Gion Christian/GRABER Christoph K./BRUNNER Hans-Ulrich, *Praxisänderung zum Regress des Eigenschadenversicherers*, Newsletter – Mai 2018 ; www.prager-dreifuss.com).

Une autre question qui reste ouverte est celle du rapport entre l'assurance privée et les assurances sociales, respectivement l'employeur obligé de verser le salaire au sens de l'article 324a CO. Le fait que l'assurance sociale soit déjà subrogée au moment de l'accident a pour conséquence que celle-ci fait valoir les prétentions de la victime. L'assurance sociale faisant valoir les prétentions de la victime se voit donc confrontée à une assurance privée et à un responsable objectif. A mon avis, la nouvelle jurisprudence doit s'appliquer aussi dans cette constellation, ce qui a comme conséquence que l'assurance sociale peut également recourir contre l'assurance privée. La même solution s'impose en présence d'un employeur tenu à verser le salaire en cas d'empêchement du travailleur pendant une certaine durée. L'employeur n'a en effet aucun lien avec le déroulement de l'accident et a l'obligation de verser le salaire pour des motifs purement sociaux en vertu de son obligation de protéger la personnalité du travailleur (cf. FUHRER Stephan, *Urteilsbesprechung, Bundesgericht 4A_602/2017, Integrales Regressrecht*, www.stephan-fuhrer.ch).