

Le recours subrogatoire de l'assureur social : questions posées par la jurisprudence récente du Tribunal fédéral

par

Alexis Overney

Avocat, spécialiste FSA responsabilité civile et droit des assurances

I. Introduction.....	109
II. L'origine et l'évolution de la subrogation	109
A. De la responsabilité civile de l'employeur à l'assurance sociale.....	109
B. L'origine de la subrogation de l'assureur social.....	111
C. L'évolution de la subrogation	112
III. Le système légal	114
A. La subrogation (art. 72 ss LPGGA)	114
1. Les principes.....	114
2. Les conditions	115
3. La solidarité	116
4. L'étendue.....	116
5. Les critères	117
B. Le privilège de recours (art. 75 LPGGA)	118
1. Du privilège de responsabilité au privilège de recours.....	118
2. Le système légal	119
IV. Le privilège de recours en concours de responsabilité.....	121
A. La question posée.....	121
B. Les réponses successives apportées par les juges.....	121

1. L'ATF 113 II 323	121
2. L'ATF 143 III 79	122
3. Le jugement du <i>Handelsgericht</i> de Zurich du 3 juillet 2017	128
4. L'ATF 144 III 319	129
V. Un commentaire	134
A. La solution adoptée dans l'ATF 143 III 79	134
1. La position de la doctrine	134
2. Une appréciation personnelle	136
B. La solution adoptée dans l'ATF 144 III 319	138
Bibliographie	142

I. Introduction

1. Thème souvent abordé, abondamment discuté, généreusement commenté, la subrogation de l'assureur social, telle qu'elle est conçue aux art. 72 à 75 LPGA, n'a, à l'évidence, pas livré toutes ses surprises. Les arrêts rendus par le Tribunal fédéral les 15 décembre 2016¹ et 12 juillet 2018² en sont une nouvelle et éclatante démonstration.
2. Dans ces arrêts, le Tribunal fédéral s'est penché sur une question délicate et qui, depuis l'entrée en vigueur de la LPGA il y a plus de quinze ans, n'avait étonnamment pas été tranchée : qu'advient-il de la créance récursoire de l'assureur social lorsque celui-ci a en face de lui deux responsables civils potentiels et que l'un d'eux peut se prévaloir du privilège de recours prévu à l'art. 75 LPGA ?
3. Les arrêts en question ont suscité approbation, critiques et controverses, ce qui est normal. On doit cependant à la vérité qu'ils ont le mérite d'obliger la réflexion sur de nombreuses questions de fond. En remettant en cause l'ordre des recours internes prévu par l'art. 51 al. 2 CO, qui paraissait aussi immuable que la belle ordonnance des saisons, ils ouvrent par ailleurs des perspectives nouvelles et, partant, de belles joutes jurisprudentielles et doctrinales.

II. L'origine et l'évolution de la subrogation

4. Le régime juridique des art. 72 à 75 LPGA est le fruit d'un long processus jurisprudentiel et législatif. Son contenu et sa portée ne peuvent être bien compris que si l'on prend la peine d'en dérouler le fil.

A. De la responsabilité civile de l'employeur à l'assurance sociale

5. Les fondements de la sécurité sociale remontent à la fin du XIX^e siècle. Il y a cent trente-cinq ans, l'Allemagne est devenue la

¹ ATF 143 III 79.

² ATF 144 III 319.

première nation au monde à adopter un régime d'assurance d'invalidité et de vieillesse, conçu par Otto von Bismarck. Si elles résidaient dans la recherche du bien-être des travailleurs – gage d'efficacité économique, les motivations du chancelier impérial procédaient également de son souci d'éviter des alternatives socialistes plus radicales que certaines voix appelaient de leurs vœux³.

6. En adoptant, en 1890, l'art. 34^{bis} de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, le peuple suisse porta l'assurance-accidents sociale sur les fonds baptismaux⁴. Le Parlement fédéral allait donner suite au mandat constitutionnel neuf ans plus tard (cf. N 8 ss).
7. Jusqu'alors, la protection des travailleurs était fondée sur le droit de la responsabilité civile. Certes, un premier pas avait été franchi avec la consécration de la responsabilité causale de l'employeur dans plusieurs lois⁵. Cette innovation n'avait toutefois pas comblé les principales insuffisances inhérentes au système de la responsabilité civile : même si le travailleur n'avait plus à apporter la démonstration d'une faute, il devait malgré tout agir à l'encontre de son employeur, prenant le risque de se heurter à l'insolvabilité de celui-ci, voire d'être licencié en représailles de sa démarche⁶.

³ De Bismarck à Beveridge : la sécurité sociale pour tous, Magazine travail 67, Organisation internationale du travail, décembre 2009.

⁴ Sa teneur était la suivante : « La Confédération introduira, par voie législative, l'assurance en cas d'accident et de maladie, en tenant compte des caisses de secours existantes. Elle peut déclarer la participation à ces assurances obligatoire en général ou pour certaines catégories déterminées de citoyens. »

⁵ La loi fédérale du 1^{er} juillet 1875 sur la responsabilité civile des entreprises de chemin de fer et de bateaux à vapeur (RO 1876 I 720), qui réglementait pour la première fois les accidents du travail ; la loi fédérale du 23 mars 1877 sur le travail dans les fabriques (RO 1877 III 224) ; la loi fédérale du 25 juin 1881 sur la responsabilité civile des fabricants (RO 1881 V 510) ; la loi fédérale du 26 avril 1877 sur l'extension de la responsabilité civile (RO 1889 X 510) ; cf. FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Recours subrogatoire, N 74.

⁶ FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Recours subrogatoire, N 74 ; BERENSTEIN ALEXANDRE, p. 55 ; BOLLER JEAN-MARIE, p. 6 ss ; OBERST FRANZ, p. 4 ss.

B. L'origine de la subrogation de l'assureur social

8. En 1896, le Conseil fédéral soumettait au Parlement deux projets de lois distincts : un projet de loi fédérale sur l'assurance contre les maladies et un projet de loi sur l'assurance contre les accidents. Les deux derniers textes prévoyaient une subrogation de l'assureur⁷.
9. Le législateur décida de fondre ces projets en un seul texte, en y adjoignant, pour faire bonne mesure, le projet de loi sur l'assurance militaire dont il avait été saisi en 1898. L'Assemblée fédérale adopta ainsi, le 5 octobre 1899, la loi fédérale sur l'assurance contre les maladies et contre les accidents, et sur l'assurance militaire⁸. La subrogation de l'assureur social était prévue à l'art. 76 de la loi pour l'assurance contre les maladies, à l'art. 286 pour l'assurance contre les accidents et à l'art. 343 pour l'assurance militaire.
10. Le 20 mai 1900, le peuple suisse rejeta toutefois massivement la loi⁹. Ebranlé par cette décision, le Conseil fédéral choisit d'adopter la politique des petits pas. Il présenta immédiatement un texte sur le volet qui était le moins controversé, soit un projet de loi sur l'assurance des militaires contre les maladies et les accidents¹⁰, qui n'était en soi pas contestée. Le Parlement adopta la loi le 28 juin 1901¹¹. Pour la première fois, la subrogation de l'assureur social était consacrée dans l'ordre juridique suisse. L'art. 16 de la loi prévoyait en effet : « *L'assurance militaire est subrogée, pour le montant des prestations*

⁷ Cf. art. 66 du projet de loi sur l'assurance contre les maladies, FF 1896 I 401 : « La caisse est subrogée, pour le montant de ses prestations, aux droits de l'assuré contre les tiers civilement responsables de la maladie » ; cf. art. 55 du projet de loi sur l'assurance contre les accidents, FF 1896 I 483 s. : « L'établissement est subrogé, pour le montant des prestations qui lui incombent en vertu de la présente loi, aux droits de l'assuré contre les tiers civilement responsables de l'accident. Au cas où un tiers civilement responsable de l'accident a droit à une rente comme parent survivant, l'établissement peut compenser le montant de cette rente avec les dommages-intérêts qui lui ont été attribués par un prononcé judiciaire exécutoire ».

⁸ FF 1899 IV 1071.

⁹ FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Recours subrogatoire, N 78.

¹⁰ FF 1900 III 409.

¹¹ FF 1901 III 951.

qui lui incombent, aux droits de l'assuré contre tout tiers civilement responsable de la maladie ou de l'accident »¹².

11. Le 13 juin 1911, les Chambres fédérales adoptaient la loi sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents¹³. L'art. 100 LAMA prévoyait ceci : « *La Caisse nationale est subrogée, pour le montant de ses prestations, aux droits de l'assuré ou de ses survivants contre tout tiers responsable de l'accident* ». A l'appui de cette disposition, le Conseil fédéral avait expliqué que le principe de la subrogation, admis dans toutes les assurances, visait à empêcher que l'assuré ne soit indemnisé à double en percevant les montants versés par l'assureur social, d'une part, et par le tiers responsable, de l'autre¹⁴.
12. Cette disposition était toutefois tempérée par un privilège de responsabilité dont bénéficiaient un parent et l'employeur de l'assuré (N 36).

C. L'évolution de la subrogation

13. Le recours subrogatoire et le privilège de responsabilité allaient subir une double évolution : jurisprudentielle, d'abord, législative, ensuite.
14. S'il avait le mérite de la clarté, l'art. 100 LAMA présentait l'inconvénient du laconisme. Aussi suscita-t-il, dès son entrée en vigueur, une jurisprudence « *abondante et hésitante* »¹⁵. Qu'advenait-il, en particulier, lorsque l'indemnité versée par le responsable ne suffisait pas à couvrir la créance du lésé et la créance récursoire de l'assureur subrogé ? Le Tribunal fédéral usa de plusieurs formules¹⁶ avant de consacrer les principes de concordance matérielle¹⁷ et

¹² FF 1901 III 957.

¹³ LAMA ; RO 28 351.

¹⁴ Message du Conseil fédéral du 10 décembre 1906 sur l'assurance contre les maladies et les accidents, FF 1906 VI 213, 346.

¹⁵ FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Recours subrogatoire, N 89.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ ATF 54 II 464.

temporelle¹⁸ des droits de la victime et de l'assureur subrogé, ainsi que le droit préférentiel du lésé¹⁹.

15. Sur le plan législatif, la subrogation de l'assureur social fut étendue, dans un premier temps, à l'assurance-vieillesse et survivants et à l'assurance-invalidité, le 1^{er} janvier 1979. Aussi étrange que cela paraisse, le lésé (ou ses survivants) bénéficiait jusqu'alors du principe du cumul, qui lui permettait de percevoir à la fois l'indemnité versée par l'auteur (ou son assurance-responsabilité civile) et les prestations des assureurs sociaux. Ce régime était dû au fait que les rentes de l'AVS et de l'AI étaient relativement modestes. Dès l'instant où elles couvraient les besoins vitaux, le principe du cumul donnait lieu à des surindemnisations choquantes²⁰.
16. Ultérieurement, l'adoption de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA) permit de codifier un certain nombre de principes consacrés par la jurisprudence en matière d'étendue de la subrogation, de classification des droits et de limitation de la responsabilité, entre autres²¹.
17. La loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal) devait ensuite étendre le principe de la subrogation à cette branche de l'assurance sociale²².

¹⁸ ATF 95 II 582.

¹⁹ Celui-ci avait été introduit dans la législation par l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1960, de l'art. 88 LCR, selon lequel « *lorsqu'un lésé n'est pas couvert complètement par des prestations d'assurance, un assureur ne peut faire valoir son droit de recours contre la personne civilement responsable ou l'assurance-responsabilité civile de cette dernière que si le lésé n'en subit aucun préjudice* ». Le Tribunal fédéral a ensuite érigé l'art. 88 LCR comme principe général applicable non seulement au droit de la circulation routière, mais à tout le domaine de la responsabilité civile (ATF 96 II 355).

²⁰ FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Recours subrogatoire, N 92 s. ; MAURER ALFRED, Cumul, p. 26, 48, 87 ss ; RUSCONI BAPTISTE, p. 131 ss.

²¹ FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Recours subrogatoire, N 92 s. ; GHÉLEW ANDRÉ/RAMELET OLIVER/RITTER JEAN-BAPTISTE, p. 163.

²² FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Recours subrogatoire, N 92 s. ; FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, LAMal, p. 620 ss ; LUGINBÜHL RUDOLF, p. 39 ss ; MAURER, KVG.

18. Enfin, l'adoption de la LPGA devait généraliser le recours subrogatoire à tous les domaines des assurances sociales, à l'exception de la prévoyance professionnelle²³ (cf. N 19 ss).

III. Le système légal

A. La subrogation (art. 72 ss LPGA)

1. Les principes

19. A teneur de l'art. 72 LPGA, les assurances sociales sont, dès la survenance de l'événement dommageable, subrogées jusqu'à concurrence des prestations légales aux droits de l'assuré et de ses survivants contre tout tiers responsable. Ainsi, en principe, l'assurance sociale peut exercer un recours contre les tiers responsables pour les prestations qu'elle alloue ; on parle dès lors de recours subrogatoire. Ce droit de recours est *intégral* : l'assureur social entre dans les droits du lésé²⁴.
20. La subrogation obéit à *trois objectifs*, considérés comme d'ordre public :
- *L'interdiction de la surindemnisation*, la personne assurée ne devant pas obtenir à double l'indemnisation de son préjudice, une fois par l'assureur social, l'autre par le responsable civil.
 - *L'imputation du dommage à son auteur*, le but étant d'éviter que ce dernier, sous couvert de l'intervention de l'assureur social, échappe à son obligation de réparer.
 - *La contribution au financement des assurances sociales*, la charge financière de ces dernières devant être si possible allégée²⁵.

²³ Cette lacune allait être comblée avec l'adoption, en 2003, de l'art. 34b LPP, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005 (RO 2004 1677).

²⁴ DUC JEAN-MICHEL, p. 546.

²⁵ CR LPGA-FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Intro. art. 72-75 LPGA, N 14.

21. La subrogation constitue *une cession légale de créance* au sens de l'art. 166 CO, par le biais d'une substitution de créancier²⁶. Le cédant est la personne lésée (ou ses survivants), à la condition qu'il dispose d'une prétention en réparation du préjudice contre le responsable civil. Le cessionnaire est l'assureur social qui alloue les prestations légales²⁷.
22. Pour ce qui est du *moment*, la subrogation intervient dès la survenance de l'événement dommageable (art. 72 al. 1 LPGA).

2. Les conditions

23. L'exercice du recours subrogatoire suppose la réalisation de trois conditions.
24. D'abord, on doit être en présence d'un *rapport d'assurance sociale* ; en d'autres termes, il faut que la personne lésée soit assurée dans l'un des régimes visés par la LPGA²⁸.
25. Ensuite, pour que l'assureur soit subrogé dans les droits du lésé, encore faut-il que celui-ci dispose d'une *prétention en réparation contre le tiers responsable*. Peu importe, à cet égard, le fondement juridique de cette prétention (responsabilité fondée sur le droit privé – aquilienne, objective, contractuelle, responsabilité fondée sur le droit public ou sur l'équité). C'est ainsi à juste titre qu'on parle de subrogation intégrale²⁹, laquelle exclut l'ordre des recours de l'art. 51 CO : la subrogation peut dès lors être exercée même si l'auteur n'a commis aucune faute et le juge ne peut user de son

²⁶ FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Recours subrogatoire, N 270 ; MAURER ALFRED, UVR ; p. 545 ss ; SPIRIG EUGEN, art. 166 CO N 5.

²⁷ CR LPGA-FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Intro. art. 72-75 LPGA, N 15 ; art. 72, N 2.

²⁸ FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Recours subrogatoire, N 92 s. ; CR LPGA-FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, art. 72 LPGA, N 20.

²⁹ FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Recours subrogatoire, N 92 s., p. 30 s. ; CR LPGA-FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, art. 72 LPGA, N 21 s. ; KIESER UELI, art. 72 LPGA, N 12.

pouvoir d'appréciation pour refuser à l'assureur le droit d'agir contre un responsable en vertu de la loi³⁰.

26. Enfin, la subrogation suppose l'absence d'un privilège de recours au sens de l'art. 75 LPGA (cf. N 39 ss).

3. La solidarité

27. En cas de responsabilité plurielle, l'assureur dispose, en vertu de l'art. 72 al. 2 LPGA, d'un concours d'action (soit la *solidarité* au sens large ; cf. N 44 ss). Il peut dès lors s'en prendre au responsable de son choix, soit en pratique le plus solvable³¹.

4. L'étendue

28. Lorsque le responsable du dommage est à même d'indemniser entièrement le lésé et de désintéresser totalement l'assureur social, il n'a pas à se préoccuper de savoir auquel de ces deux créanciers il doit accorder la préférence. La situation est autre, en revanche, lorsque, pour une raison ou une autre (p. ex. une faute concomitante de la victime ou l'insolvabilité partielle de l'auteur), l'auteur du dommage ne peut couvrir l'intégralité de cette double prétention. Dans une telle situation, qui, du lésé ou de l'assureur social peut prétendre à être indemnisé en priorité et qui supportera l'insuffisance du montant ? C'est à cette question que répond l'art. 73 LPGA, qui régit l'étendue de la subrogation. Plus particulièrement, cette disposition va opérer une répartition de l'indemnité entre le lésé et l'assureur social en instituant des droits préférentiels en faveur de l'assuré et de ses survivants³².
29. L'art. 73 al. 1 LPGA prévoit le droit préférentiel de la personne assurée ; on parle de droit préférentiel de répartition (« *Quotenvorrecht* »). Ce droit préférentiel du lésé implique que,

³⁰ ATF 47 II 485 ; CR LPGA-FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, art. 72 LPGA, N 23 ; KIESER UELL, art. 72 LPGA, N 27.

³¹ CR LPGA-FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, art. 72 LPGA, N 26 s. ; KIESER UELL, art. 72 LPGA, N 28.

³² CR LPGA-FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, art. 73 LPGA, N 1 ; FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Recours subrogatoire, N 966 s.

lorsque le responsable civil (ou son assureur) n'est pas tenu de réparer l'intégralité du dommage, notamment en raison de motifs de réduction de l'indemnité fondés sur l'art. 44 CO, *l'indemnité réduite revient prioritairement au lésé*, qui peut ainsi compléter les prestations concordantes de l'assureur social jusqu'à ce qu'il obtienne réparation de la totalité du préjudice effectivement subi. *L'assureur social supporte ainsi la réduction de l'indemnité due par le responsable civil*³³.

30. Si l'assureur a réduit ses prestations en application de l'art. 21 al. 1 ou 2 LPGA, l'art. 73 al. 2 LPGA prévoit que « les droits de l'assuré ou de ses survivants passent à l'assureur dans la mesure où les prestations non réduites, jointes à la réparation due pour la même période par le tiers, excèdent le montant du dommage ». Il s'agit d'un droit préférentiel pondéré, destiné à empêcher que l'assuré puisse compenser une réduction des prestations de l'assurance sociale par un versement du responsable du dommage³⁴.
31. Enfin, l'art. 73 al. 3, 2^e phrase LPGA règle la situation dans laquelle l'indemnité due par le responsable ne peut être récupérée qu'en partie ; dans ce cas, l'assuré (ou ses survivants) a un droit préférentiel sur cette partie, ce qui équivaut à un *droit préférentiel de couverture ou de garantie*³⁵.

5. Les critères

32. La prestation de l'assurance sociale doit avoir un caractère *indemnitaire*, à défaut de quoi elle ne peut être l'objet de la subrogation³⁶.

³³ TF 4A_631/2017 du 24 avril 2018 ; CR LPGA-FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, art. 73 LPGA, N 8 ss ; KIESER UELI, art. 73 LPGA, N 3.

³⁴ CR LPGA-FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, art. 73 LPGA, N 22 ss ; KIESER UELI, art. 73 LPGA N 9, 13 ; HÜRZELER MARC, N 36.27.

³⁵ ATF 134 III 636 ; CR LPGA-FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, art. 73 LPGA, N 35 ss ; KIESER UELI, art. 73 LPGA, N 21.

³⁶ ATF 132 III 321 ; FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Recours subrogatoire, N 1179. p. 390 ; MONNARD SÉCHAUD CORINNE, p. 281.

33. A lui seul, ce critère ne suffit cependant pas. La prestation indemnitaire de l'assurance sociale doit être concordante avec l'indemnité versée par le responsable civil.
34. Cette concordance doit revêtir la quadruple qualité de concordance fonctionnelle, événementielle, personnelle et temporelle³⁷.

B. Le privilège de recours (art. 75 LPGa)

1. Du privilège de responsabilité au privilège de recours

35. A l'origine, était le privilège de responsabilité.
36. Ce privilège trouve sa source dans l'art. 129 al. 2 LAMA, qui disposait : « Lorsque l'assuré est victime d'un accident causé par un de ses parents, l'auteur de l'accident n'est civilement responsable que s'il l'a causé intentionnellement ou par une faute grave. Il en est de même de l'employeur, ainsi que de tout parent, employé ou ouvrier de l'employeur, si l'employeur a payé les primes auxquelles il est astreint dans l'assurance obligatoire ». Le Tribunal fédéral allait par la suite restreindre cette disposition aux seuls accidents professionnels³⁸. Appelé à s'expliquer sur le privilège familial, le Conseil fédéral avait relevé qu'« il y aurait quelque chose de choquant à voir l'établissement fournir des prestations et en demander immédiatement le remboursement à un proche parent de l'assuré, responsable de l'accident en raison d'une faute seulement légère »³⁹. Quant au privilège de l'employeur, il l'estimait « conforme au principe général en matière d'assurance, d'après lequel l'assureur s'interdit tout recours contre le souscripteur de l'assurance »⁴⁰.
37. Le système de l'art. 129 LAMA devait être repris à l'art. 44 al. 1 aLAA. Les proches et l'employeur de l'assuré bénéficiaient d'un tel privilège de responsabilité, qui les immunisait à la fois contre les

³⁷ MONNARD SÉCHAUD CORINNE, p. 281 ss.

³⁸ ATF 67 II 231.

³⁹ Message du Conseil fédéral du 10 décembre 1906 sur l'assurance contre les maladies et les accidents, FF 1906 VI 213, 347.

⁴⁰ *Ibid.* Cf. FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Recours subrogatoire, N 85.

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, les règles habituelles du droit de la responsabilité civile s'appliquaient⁴¹. 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 possible⁴².

38. 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 (N 39 ss).

2. Le système légal

39. Le privilège de recours consiste en 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 à l'encontre du responsable civil⁴³.
40. Pour ce qui est des proches, le fondement du privilège réside dans la relation particulièrement étroite entre la personne tenue à réparation et le lésé. A cela s'ajoute que, à défaut, le bénéfice du privilège échapperait à l'assuré en raison de la communauté d'intérêts liée aux liens matrimoniaux, parentaux ou domestiques qu'il forme avec les proches⁴⁴. En qui concerne le privilège consenti

⁴¹ FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Recours subrogatoire, N 723 ; BECK PETER, Handbücher, N 6.158 ; ATF 110 II 163.

⁴² KOLLER THOMAS, Kurzgutachten, p. 3 ; OVERNEY ALEXIS, p. 332 ss ; RUMO-JUNGO ALEXANDRA, N 382.

⁴³ FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Recours subrogatoire, N 724, N 732 ; CR LPGA-FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, art. 75 LPGA, N 3.

⁴⁴ CR LPGA-FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, art. 75 LPGA, N 8.

à 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 prime⁴⁵. Quant aux membres de la famille, la justification est identique à celle des proches⁴⁶. Enfin, il eût été inéquitable de traiter différemment les membres d'une même entreprise, raison pour laquelle les collègues de travail de l'assuré ont également été mis au bénéfice du privilège⁴⁷.

41. Lors de la 5^e 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 en responsabilité civile obligatoire.
42. 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).
43. 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'événement 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 sociales⁴⁸.

⁴⁵ OVERNEY ALEXIS, p. 336.

⁴⁶ CR LPGA-FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, art. 75 LPGA, N 10 ; KAHIL-WOLFF BETTINA/SONNENBERG CAROLE, p. 90.

⁴⁷ CR LPGA-FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, art. 75 LPGA, N 11 ; BOLLER JEAN-MARIE, p. 59.

⁴⁸ CR LPGA-FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, art. 75 LPGA, N 34 ss ; FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Recours subrogatoire, N 734, p. 244 ; OVERNEY ALEXIS, p. 336 s.

IV. Le privilège de recours en concours de responsabilité

A. La question posée

44. Lorsque plusieurs personnes sont à l'origine du dommage, l'assureur dispose d'un concours d'actions ou de la solidarité au sens large (art. 72 al. 2 LPGA ; N 27). Il peut s'en prendre indifféremment au responsable de son choix.
45. La question se pose de savoir ce qu'il advient de la créance de l'assureur lorsque l'un des responsables civils est au bénéfice du privilège de recours prévu par l'art 75 LPGA. L'assureur n'aura d'autre choix que de se tourner vers le responsable non privilégié ; mais pour quel montant⁴⁹ ? Deux hypothèses sont en effet ouvertes :
- Admet-on un *plein concours d'actions*, l'assureur social pouvant réclamer l'intégralité de sa créance au coresponsable non privilégié ? Il s'ensuivrait que ce dernier serait privé de tout recours interne contre l'autre coresponsable pouvant arguer, lui, du privilège de recours.
 - La prétention de l'assureur social est-elle au contraire réduite à la part que ce coresponsable non privilégié aurait dû assumer dans les rapports internes en l'absence de privilège (autrement dit pour la « *partie proportionnée à sa responsabilité dans les rapports internes* »⁵⁰) ? La créance subrogatoire serait alors *divisée*⁵¹ ?

B. Les réponses successives apportées par les juges

1. L'ATF 113 II 323

46. Dans un arrêt rendu sous l'empire de l'art. 129 LAMA (autrement dit sous l'empire du privilège de responsabilité ; cf. N 36 ss), le Tribunal fédéral avait admis que le lésé puisse réclamer l'ensemble

⁴⁹ BATISTA LISETTE/GOMES TIAGO, p. 256.

⁵⁰ BATISTA LISETTE/GOMES TIAGO, p. 256.

⁵¹ OVERNEY ALEXIS, p. 337.

de son préjudice au responsable non privilégié. La circonstance 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 pouvait exciper, envers la victime, du fait qu'un autre responsable bénéficierait d'un privilège⁵².

2. L'ATF 143 III 79

47. C'est dans son fameux arrêt du 15 décembre 2016, publié aux ATF 143 III 79, que le Tribunal fédéral a mis fin à la controverse qui planait au-dessus de ce débat. Un débat doctrinal très nourri s'ensuivit⁵³.
48. Rappelons l'état de fait : l'entreprise C. est chargée, avec une société spécialisée, de procéder à des travaux d'assainissement et d'étanchéité d'un réseau de canalisations des eaux usées dans le canton de Zurich. Durant les travaux, un employé de C. allume une cigarette dans un puits de contrôle dans lequel se trouvaient des résidus gazeux. Le gaz s'enflamme et cause de graves brûlures aux mains et au visage de l'ouvrier. Suite à l'accident, la CNA, l'AI et l'AVS indemnisent la victime. Ces assureurs sociaux se retournent ensuite contre l'assureur en responsabilité civile de l'entreprise F. (exploitante de la conduite de gaz à l'origine de l'accident) en se prévalant de l'art. 72 al. 4 LPGA, aux termes duquel « *lorsque la personne lésée dispose d'un droit direct contre l'assureur en responsabilité civile, ce droit passe également à l'assureur subrogé* ». Ils estiment ainsi que la responsabilité de l'entreprise F. est engagée sur la base de l'art. 33 LITC ; or, l'art. 37 de cette loi institue un droit d'action directe du lésé contre l'assureur en responsabilité civile du responsable. Celui-ci objecte qu'il ne doit pas rembourser entièrement les assureurs sociaux. Il considère en effet que la société C. a engagé sa responsabilité civile envers son employé blessé. Or, lorsqu'on a affaire à une pluralité de responsables, celui d'entre eux qui a été amené à indemniser l'assureur social (en vertu de la solidarité

⁵² ATF 113 II 323.

⁵³ BATISTA LISETTE/GOMES TIAGO ; FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Réduction ; HARDEGGER ANDREAS/BRUN ROLAND ; LÄUBLI ZIEGLER SYLVIA ; OVERNEY ALEXIS ; PERRITAZ VINCENT, Réduction ; SCHMID MARKUS.

instituée par l'art. 72 LPG) peut exercer un recours interne contre le ou les coresponsables. Il se révèle toutefois que, en l'espèce, l'employeur peut opposer son privilège, de sorte qu'il échappe à tout paiement, que ce soit vis-à-vis de l'assureur social qu'envers le responsable tenu à réparation. L'assureur en responsabilité y voit « une circonstance qui se trouve dans la sphère de l'assureur social et qui justifie une réduction de l'indemnité due à ce dernier. La réduction devrait alors correspondre à la part interne qui incomberait à l'employeur en l'absence de privilège »⁵⁴. Il estime cette solution d'autant plus justifiée que, à défaut, l'assureur social qui a encaissé les primes auprès de l'employeur se trouverait enrichi s'il pouvait recouvrer, auprès du responsable non privilégié, la part interne qu'il ne peut récupérer auprès de l'employeur au bénéfice du privilège⁵⁵.

49. Saisi de la cause, le *Handelsgericht* de Zurich n'a pas partagé cette thèse. Dans un arrêt du 4 avril 2016, il a jugé que le responsable non privilégié devait répondre solidairement envers l'assureur social, sans pouvoir se prévaloir du fait qu'un coobligé est au bénéfice d'un privilège. Il ne serait pas équitable, pour les juges zurichois, que la communauté des assurés sociaux doive supporter la part que le responsable ne peut récupérer, dans les rapports internes, auprès de l'employeur privilégié⁵⁶. Suite au recours interjeté par les assureurs sociaux, le Tribunal fédéral s'est prononcé dans son arrêt du 15 décembre 2016⁵⁷.
50. Le Tribunal fédéral commence 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 privilégié⁵⁸. Il est vrai que cette solution présentait 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 LPG. Le coresponsable non privilégié qui tenterait d'arguer de cette protection se prévaudrait de l'exception d'un tiers. Or, il n'est rien

⁵⁴ PERRITAZ VINCENT, Réduction, p. 145 ; ATF 143 III 79, consid. 6.1.1.

⁵⁵ ATF 143 III 79, consid. 6.1.1.

⁵⁶ Arrêt du *Handelsgericht* de Zurich du 4 avril 2016, HG 140095-0.

⁵⁷ ATF 143 III 79.

⁵⁸ ATF 143 III 79, consid. 6.1.3.

d'autre qu'un responsable ordinaire à côté d'un responsable exonéré⁵⁹. A cela s'ajoute que la solidarité suppose un chef de responsabilité⁶⁰. 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, dans son principe, exclue du même coup. 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. Un autre argument s'était fait jour : en cas de responsabilité plurale, le responsable recherché ne peut opposer à la victime l'insolvabilité du coresponsable⁶¹ ou l'exception de péremption dont celui-ci pourrait se prévaloir⁶². Pourquoi devrait-il en aller 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*⁶³ ». Un autre argument pouvait également être invoqué : la subrogation est définie, selon la conception classique, comme une cession légale de créance (N 21). L'assureur social 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

⁵⁹ FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Recours subrogatoire, N 833.

⁶⁰ ATF 133 III 6.

⁶¹ ATF 127 III 257.

⁶² ATF 133 III 6.

⁶³ FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Recours subrogatoire, N 836.

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 fausserait la véracité des coûts⁶⁴.

51. Pourtant, le TF va rejeter ces solides arguments au profit d'un raisonnement en deux temps.
52. *Dans un premier temps*, il rappelle que la subrogation est une cession légale de créance (N 21), l'assureur social prenant la place du lésé dont il fait valoir la créance contre le ou les responsables. Elle ne fait en revanche pas naître une nouvelle créance en faveur de l'assureur social, pas plus qu'elle ne modifie la situation juridique des responsables : ceux-ci demeurent débiteurs solidaires de l'assurance sociale, conformément à l'art. 72 al. 2 LPGA⁶⁵. Toutefois, poursuit le Tribunal fédéral, 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 ; en effet, la créance du lésé contre l'employeur privilégié ne passe pas à l'assureur social subrogé. Il invoque, à cet égard, la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 129 LAMA (N 46), selon laquelle la victime d'un accident professionnel ne pouvait s'en prendre à l'employeur coupable d'une simple négligence mais pouvait réclamer l'ensemble de son préjudice au responsable non privilégié. 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

⁶⁴ KOLLER THOMAS, Kurzgutachten, p. 25 ss.

⁶⁵ ATF 143 III 89, consid. 6.1.3.1 ; PERRITAZ VINCENT, Réduction, p. 146.

l'égard de l'assureur et qu'il répond de la totalité du montant de responsabilité (« *Haftungsbetrag* »)⁶⁶.

53. *Dans un second temps*, le Tribunal fédéral 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, ce qui permettrait au responsable non privilégié de réduire l'indemnité due à l'assureur social. On sait, en effet, que le responsable non privilégié qui est recherché par le lésé, peut, pour ce qui est du dommage direct, exercer un recours contre l'employeur responsable solidairement. Pourquoi serait-il équitable qu'il soit privé de cette faculté lorsqu'il doit faire face à la créance issue de la subrogation, et doive ainsi répondre seul à l'égard de l'assureur social? Le Tribunal fédéral en est d'accord: celui qui est entièrement responsable envers l'assureur social 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. Pour autant, 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 l'assureur social bénéficiait d'un droit de recours entier à l'égard du responsable non privilégié, il s'en trouverait enrichi. *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*⁶⁷. Cette solution n'est pas, pour les juges fédéraux, contraire au système de la subrogation, tel qu'il est régi à l'art. 72 LPG. Les prétentions récursoires de l'assureur social revêtent en effet, relèvent-ils, une certaine indépendance par rapport aux prétentions récursoires: la créance du lésé contre l'employeur ne passe pas, par exemple, à l'assureur social⁶⁸. La règle peut dès lors être résumée ainsi: la réduction de la prétention récursoire est déterminée en procédant à une répartition

⁶⁶ ATF 143 III 89, consid. 6.1.3.2; PERRITAZ VINCENT, Réduction, p. 146.

⁶⁷ ATF 143 III 79, consid. 6.1.3.3.

⁶⁸ ATF 143 III 79, consid. 6.1.3.4; PERRITAZ VINCENT, Réduction, p. 146.

de la responsabilité interne entre les deux responsables, comme s'il n'y avait pas de privilège. La quote-part à la 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 interne⁶⁹.

54. A ces considérations, qui pourraient avoir une connotation empirique (et que n'aurait pas désavoué le roi Salomon), le Tribunal fédéral 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 CO⁷⁰.
55. *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'employeur⁷¹.
56. 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 Tribunal fédéral, 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 montant⁷². La détermination de la quote-part se fera conformément à l'art. 51 CO en relation avec l'art. 50 al. 2 CO en vertu du renvoi de l'art. 34 LITC aux dispositions du code des obligations concernant les actes illicites. Il rappelle également que l'assureur en responsabilité civile qui a indemnisé le lésé en lieu et

⁶⁹ ATF 143 III 79, consid. 6.2.1.

⁷⁰ ATF 143 III 79, consid. 6.1.3.4.

⁷¹ ATF 143 III 79, consid. 6.2.

⁷² ATF 143 III 79, consid. 6.2.2.

place du responsable est subrogé aux droits de ce dernier en faisant valoir les prétentions récursoires contre les coresponsables⁷³.

57. Le Tribunal fédéral a ainsi admis le recours et renvoyé la cause aux premiers juges, à charge pour eux de se prononcer sur la responsabilité de l'employeur et, le cas échéant, de déterminer la part interne que devrait assumer l'employeur s'il n'était pas privilégié.

3. Le jugement du *Handelsgericht* de Zurich du 3 juillet 2017

58. A nouveau saisi de la cause, le *Handelsgericht* de Zurich va adopter, dans son jugement du 3 juillet 2017⁷⁴, un raisonnement d'une logique implacable.
59. Les juges zurichois ont d'abord procédé à la répartition des parts internes conformément aux principes dégagés par la jurisprudence du Tribunal fédéral⁷⁵. Ils ont considéré que la responsabilité de l'employeur était engagée sous l'angle de l'art. 328 CO. Or, en sa qualité de responsable contractuel, l'employeur se trouve dans la deuxième ligne de l'art. 51 al. 2 CO. Quant à l'entreprise exploitant la conduite de gaz, elle assume une responsabilité objective en vertu de l'art. 33 LITC, ce qui la place en troisième ligne (on ne peut en effet retenir à sa charge de faute additionnelle). Le cas d'espèce présentait la particularité suivante : l'exploitante de la conduite était couverte par une assurance en responsabilité civile. Or, en raison du fait que la loi prévoit un droit direct de la victime contre cette dernière⁷⁶, cette action donne à l'assureur en responsabilité civile la qualité de responsable en troisième ligne. Autre aurait été la situation si l'assureur en responsabilité civile n'avait pas pu faire l'objet d'une action directe et avait indemnisé le lésé à la place de

⁷³ ATF 143 III 79, consid. 6.2.1.

⁷⁴ *Handelsgericht* de Zurich, jugement du 3 juillet 2017, HG170033-0 ; WERRO FRANZ/PERRITAZ VINCENT, Remise en cause, p. 1179 ss ; TOLOU ALBORZ.

⁷⁵ BITTEL THOMAS/STUDHALTER BERNHARD, p. 112 ss ; FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Privilège, p. 190 s. ; KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Regressprozess, p. 84 ; VOGEL BRUNO/BICHSEL THEODOR, p. 331 ss.

⁷⁶ Art. 37 al. 1 LITC.

son assuré : le recours de l'assureur en responsabilité civile aurait alors été soumis, non à l'art. 51 CO, mais à l'art. 72 al. 1 LCA applicable par analogie⁷⁷. Dès lors que, en vertu du principe de priorité d'une ligne sur l'autre, les responsables de la troisième ligne prennent le pas sur ceux de la deuxième, l'exploitant de la conduite peut exercer un recours intégral contre l'employeur en faute. Sur le plan interne, la part de celui-ci correspond ainsi à l'intégralité du dommage alors que l'exploitant de la conduite est totalement libéré. Dès lors, suivant en cela les instructions du Tribunal fédéral, le *Handelsgericht* dénie aux assureurs sociaux toute prétention à l'encontre de l'assureur en responsabilité civile de l'exploitant de la conduite, celui-ci pouvant se prévaloir de la part interne qui, en l'absence de privilège, incomberait à l'employeur – soit la totalité du dommage. Ce faisant, les juges cantonaux ont fait une application rigoureuse de la hiérarchie des lignes, définie à l'art. 51 al. 2 CO. S'appuyant sur la jurisprudence du Tribunal fédéral⁷⁸, ils se sont abstenus, volontairement, d'user de leur pouvoir d'appréciation en se détachant de la hiérarchie entre les trois lignes.

4. L'ATF 144 III 319

60. Les assureurs sociaux ont porté la cause devant le Tribunal fédéral, appelé à se prononcer une seconde fois sur cette affaire.
61. Dans son arrêt du 12 juillet 2018⁷⁹, le Tribunal fédéral relève d'abord que la hiérarchie des recours prévue à l'art. 51 al. 2 CO n'est pas immuable. L'expression « *in der Regel* » du texte allemand (maladroitement traduite en français par « *dans la règle* » au lieu de « *en principe* »), suppose à elle seule que des exceptions sont possibles et même nécessaires : « *Bereits der Wortlaut der Bestimmung macht deutlich, dass es sich bei der Stufenfolge nach Art. 51 Abs. 2 OR nur um eine Regelbestimmung handelt, von der im Einzelfall abgewichen werden kann und*

⁷⁷ ATF 144 III 209 ; WERRO FRANZ/PERRITAZ VINCENT, Remise en cause, p. 1179 s. ; WERRO FRANZ/PERRITAZ VINCENT, Limitations, p. 68 ; WERRO FRANZ/PERRITAZ VINCENT, Recours de l'assurance dommages, p. 339 ss.

⁷⁸ ATF 137 III 352, dans lequel le Tribunal fédéral a confirmé une application stricte de la règle de répartition de l'art. 51 al. 2 CO.

⁷⁹ ATF 144 III 319.

muss, wenn eine starre Anwendung dem Einzelfall nicht gerecht wurde »⁸⁰.

62. Il rappelle ensuite qu'il est déjà revenu sur la jurisprudence publiée aux ATF 137 III 352 invoquée par les juges zurichois dans leur décision du 3 juillet 2017 (N 59). En effet, dans son arrêt 144 III 209, il a opéré un important revirement de jurisprudence : alors que le caractère quasiment figé de l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO avait encore été confirmé dans l'arrêt 137 précité, l'assureur n'est désormais plus soumis à cette disposition légale. L'assureur privé dispose en effet d'un droit de recours intégral contre tout responsable en application du seul art. 72 LCA. Certes, reconnaît le Tribunal fédéral, il n'a, dans l'arrêt 144 III 209, pas abordé spécifiquement la question de l'ordre des recours en tant que tel, ni la portée de l'expression « *in der Regel* » ; cela ne justifie cependant pas que les premiers juges aient pu se contenter de faire application, comme par automatisme, de l'ATF 137 III 352 alors que, dans son essence, son contenu avait subi une profonde modification depuis⁸¹.
63. Le Tribunal fédéral évoque sa jurisprudence, selon laquelle le juge peut s'écarter de la hiérarchie des recours lorsque les circonstances du cas d'espèce le justifient ; il rappelle notamment son arrêt publié aux ATF 116 II 645, dans lequel il relevait qu'il fallait « *se garder de tout schématisme et résister à la tentation de définir in abstracto des critères de répartition qui imposeraient une rigidité que le législateur n'a pas prévue* », négligeant cependant de relever que cette considération ne s'appliquait pas directement à l'ordre des recours défini à l'art. 51 al. 2 CO. Le fait est que le Tribunal fédéral n'a usé que très parcimonieusement de la liberté offerte par l'art. 51 al. 2 CO⁸². Il note cependant que « *angesichts der Vielzahl der Fälle, die Art. 51 OR abzudecken hat, kann die im Gesetz vorgeschlagene Abstufung nicht allen denkbaren Fällen gerecht werden. Daher lässt das Gesetz Raum für Abweichungen von der Regel* »⁸³. Les juges fédéraux font également

⁸⁰ ATF 144 III 319, consid. 5.1, passage mis en évidence par l'auteur.

⁸¹ ATF 144 III 319, consid. 2.6.

⁸² WERRO FRANZ/PERRITAZ VINCENT, Remise en cause, p. 1182.

⁸³ ATF 144 III 319, consid. 5.3.

référence à une grande partie de la doctrine qui considérait que l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO ne revêtait pas le caractère immuable qui paraissait ressortir de la jurisprudence du Tribunal fédéral⁸⁴.

64. Aux yeux du Tribunal fédéral, le juge qui entend se départir de l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO doit s'appuyer sur le but du législateur lorsqu'il a adopté la disposition fondant la responsabilité. Ainsi, dans la LITC, le Parlement a clairement voulu que l'exploitant de la conduite de gaz assume une part de responsabilité lorsque le risque inhérent lié à cette conduite s'est réalisé. Il justifie son affirmation en se référant au Message du Conseil fédéral⁸⁵. Il dégage deux hypothèses dans lesquelles la responsabilité du détenteur peut être engagée.

- *En premier lieu*, le législateur avait en tête le risque inhérent à l'installation même de transport par conduite. Tous les moyens de transport motorisés (chemins de fer, automobiles, aéronefs) et les lignes électriques, explique-t-il, sont soumis à une responsabilité accrue du fait des dangers qui leur sont liés. Les conduites comportent également un risque spécifique : dans le cas des oléoducs, les eaux de surface ou les eaux souterraines risquent d'être contaminées ; les gazoducs présentent le danger que, ensuite d'une fuite de gaz, un mélange explosif se crée, qui peut s'enflammer à la moindre occasion et causer des dégâts importants. Il cite à cet égard les statistiques nord-américaines, selon lesquelles, même avec de nouveaux pipe-lines, il faut compter avec une fuite tous les trois ans en moyenne par portion de 100 km. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le législateur a imposé au détenteur de souscrire une assurance en responsabilité civile (art. 33 LITC) et a accordé à la victime un droit direct à l'encontre de l'assureur (art. 37 LITC). En adoptant la LITC, le législateur avait à l'esprit les risques inhérents au fonctionnement de l'installation, qui ne peuvent jamais être totalement exclus,

⁸⁴ ATF 144 III 319, consid. 5.3.

⁸⁵ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi concernant les installations de transport par conduites de combustibles ou carburants liquides ou gazeux, du 28 septembre 1962, FF 1962 II 788.

même si toutes les parties intéressées font preuve de la prudence nécessaire⁸⁶.

- *En second lieu*, il note que le détenteur de la conduite qui n'a commis aucune faute peut difficilement être tenu pour responsable si le dommage a été causé par la faute lourde d'un tiers, par exemple ensuite d'un acte de sabotage ou de travaux effectués par une entreprise sur la conduite elle-même. C'est la raison pour laquelle, s'il est conforme à l'équité que le lésé ne reste pas les mains vides et soit indemnisé par le détenteur, celui-ci dispose d'un droit de recours intégral à l'encontre du tiers responsable (art. 34 LITC, qui renvoie à l'art. 51 CO)⁸⁷.
65. Dans tous les cas, poursuit le Tribunal fédéral, lorsqu'un dommage survient ensuite d'une fuite de gaz, le détenteur est appelé à le réparer. En principe, on ne peut attendre des tiers ou du public qu'ils prennent des précautions particulières. Il appartient à l'exploitant d'organiser sa propre entreprise pour que les personnes employées soient conscientes des dangers et en tiennent compte⁸⁸. Si cette règle s'applique sans réserve dans les *rapports externes*, le Tribunal fédéral opère une distinction dans les *rapports internes*. On peut dégager les hypothèses suivantes :
- Le dommage est intégralement imputable au détenteur de la conduite, sans qu'un tiers ait adopté un comportement fautif. Dans ce cas, le détenteur devra répondre seul et ne disposera *d'aucun recours* ; la question d'une éventuelle faute additionnelle ne jouera alors aucun rôle. Cette hypothèse ne relève en réalité pas de l'art. 51 CO, dans la mesure où on n'est pas en présence d'une pluralité de responsables.
 - Le détenteur a commis une faute additionnelle aux côtés d'un tiers lui aussi fautif. Dans ce cas, il faut distinguer selon que le tiers (coresponsable) répond d'une faute contractuelle (art. 97 CO) ou d'une faute délictuelle (art. 41 CO).

⁸⁶ ATF 144 III 319, consid. 5.3.1.

⁸⁷ ATF 144 III 319, consid. 5.3.2.

⁸⁸ ATF 144 III 319, consid. 5.4.

- Si le tiers (coresponsable) répond d'une faute contractuelle, il se retrouve en deuxième ligne. Il dispose donc d'un *recours intégral* contre le détenteur qui répond d'une faute additionnelle (art. 41 CO) et qui, de ce fait, se retrouve dans la première ligne de l'art. 51 al. 2 CO. Dans ce cas, le détenteur doit assumer prioritairement le poids de la réparation du dommage.
 - Si le tiers (responsable) répond d'une faute délictuelle, il se retrouve, lui aussi, en première ligne. Dans ce cas, *le juge répartira librement le dommage* entre les responsables (application de l'art. 51 al. 1 CO qui renvoie à l'art. 50 al. 2 CO, à l'intérieur d'une même ligne).
 - Aucune faute ne peut être reprochée au détenteur ; il se retrouve en troisième ligne et peut exercer un *recours intégral* à l'encontre du ou des responsables des lignes précédentes⁸⁹.
66. Le Tribunal fédéral en déduit qu'il se justifie de tenir le détenteur pour responsable, à tout le moins en partie, lorsque le risque inhérent à l'exploitation de la conduite a joué un rôle dans l'accident, même si le dommage a été causé par la faute d'un tiers responsable. Ce n'est que si cette faute est grave que le législateur a mis le détenteur au bénéfice d'un recours intégral : si le détenteur n'a commis aucune faute, il est juste qu'il puisse se retourner intégralement contre le tiers qui commis une faute intentionnelle ou une négligence grave. En revanche, si le détenteur a commis une faute, même légère, ou si la faute du tiers n'est pas suffisamment lourde pour exclure la prise en considération du risque, une répartition doit être opérée entre les responsables⁹⁰.
67. Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a estimé que le risque inhérent était à l'origine de la fuite de gaz ; certes, ce risque ne se serait pas réalisé sans la faute de l'employeur, à qui l'on peut faire grief de n'avoir pas interdit à son travailleur d'allumer une cigarette⁹¹. Toutefois, cette omission, pour être fautive, n'est pas suffisamment grave pour exclure la prise en compte du risque

⁸⁹ ATF 144 III 319, consid. 5.4.1.

⁹⁰ ATF 144 III 319, consid. 5.5.

⁹¹ ATF 144 III 319, consid. 5.5.1.

inhérent à l'installation : le gaz était présent dans l'air ambiant sans la faute de l'employeur. A lui seul, le risque a joué un rôle déterminant. Autre serait la situation si un tiers avait effectué des travaux au mépris des règles de sécurité élémentaires⁹².

68. Le Tribunal fédéral parvient à la conclusion qu'une application rigide de l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO n'est en l'espèce pas justifiée. Le détenteur doit supporter une partie du dommage en raison du fait que la fuite de gaz constitue précisément la réalisation du risque inhérent à l'installation ; l'employeur fautif doit également répondre, même si sa faute n'est pas grave. En l'absence du privilège de l'art. 75 al. 2 LPGA, le Tribunal fédéral estime que chacun d'eux devrait prendre en charge la moitié du dommage. La moitié de la créance de l'assureur social contre le responsable non privilégié doit ainsi être soustraite⁹³.

V. Un commentaire

A. La solution adoptée dans l'ATF 143 III 79

1. La position de la doctrine

69. La solution retenue par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 15 décembre 2016 n'a, loin s'en faut, pas fait l'unanimité. Il est vrai qu'elle posait une question qui dépassait le cadre strictement juridique du problème : qui, de l'assureur social ou de l'assureur privé, doit faire les frais de la portée donnée au privilège de recours dans les rapports externes ? Cette question fait l'objet d'une controverse doctrinale.
70. Une majeure partie de la doctrine considère que l'assureur social doit pouvoir exercer un recours intégral contre le responsable non privilégié, la circonstance qu'il ne puisse ensuite recouvrer une part de la somme versée auprès d'un coresponsable dans les rapports

⁹² ATF 144 III 319, consid. 5.5.2.

⁹³ ATF 144 III 319, consid. 5.5.3.

internes n'étant pas relevante⁹⁴. Elle considère que, dès lors que la subrogation constitue une cession légale de créance (N 21), l'assureur social qui prend la place du lésé doit pouvoir exercer un recours intégral contre le responsable non privilégié ; en soutenant la thèse d'un recours partiel (limité à la part interne que devrait assumer le responsable en question si le coresponsable n'était pas privilégié), on dénature l'art. 72 LPGa. Le privilège de l'art. 75 al. 2 LPGa ne fait que libérer l'employeur qui n'a provoqué l'événement intentionnellement ou par une faute grave de sa responsabilité envers l'assureur social ; « *il n'a en revanche pas d'effet sur la situation juridique des autres responsables à l'égard de ce même assureur* »⁹⁵. Des griefs sont aussi faits au sujet de l'application de l'art. 51 CO qui serait contraire à la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle le recours de l'assureur social n'est pas soumis à la hiérarchie de l'art. 51 al. 2 CO⁹⁶. Le fondement juridique retenu par le Tribunal fédéral pour justifier la réduction de l'assureur social, soit l'art. 44 CO, fait également l'objet de critiques⁹⁷.

71. Une partie minoritaire de la doctrine rejoint le raisonnement adopté par le Tribunal fédéral, l'argument principal étant que l'assureur social qui a versé les prestations ne peut « *se rattrafer* » envers le débiteur non privilégié en encaissant la part que le débiteur privilégié n'a pas à honorer dans les rapports internes⁹⁸.

⁹⁴ BITTEL THOMAS/STUDHALTER BERNHARD, p. 112 ss ; FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Privilège, p. 190 ; FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Recours subrogatoire, N 837 ; KOLLER THOMAS, Regressprivileg, p. 29 ; KAHIL-WOLFF BETTINA/SONNENBERG CAROLE, p. 84 ; KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Regressprozess, p. 84 ; LÄUBLI ZIEGLER SYLVIA, p. 35 ; VOGEL BRUNO/BICHSEL THEODOR, p. 332.

⁹⁵ PERRITAZ VINCENT, Réduction, p. 147.

⁹⁶ BECK PETER, Zusammenwirken, N 6.105, p. 291 et N 6.159, p. 310 ; BITTEL THOMAS/STUDHALTER BERNHARD, p. 118 ; LÄUBLI ZIEGLER SYLVIA, p. 35.

⁹⁷ BATISTA LISETTE/GOMES TIAGO, p. 260 (par ailleurs favorable à la solution adoptée par le Tribunal fédéral) ; HARDEGGER ANDREAS/BRUN ROLAND, p. 414 s. (par ailleurs favorables à la solution adoptée par le Tribunal fédéral) ; VOGEL BRUNO/BICHSEL THEODOR, p. 332.

⁹⁸ FREI THOMAS, p. 140 s. ; OVERNEY ALEXIS, p. 332 ss ; PERRITAZ VINCENT, Réduction, p. 148 ss ; SCHAER ROLAND, N 982, p. 335 ; TERCIER PIERRE, p. 137 ; WERRO FRANZ, RC, N 181.

2. Une appréciation personnelle

72. Le Tribunal fédéral avait écarté sans scrupule, sous l'empire du privilège de responsabilité (N 46), la solution qu'il devait finalement retenir. Il aurait pourtant pu, sans grande difficulté, se ranger aux arguments solidement étayés avancés par la doctrine majoritaire en faveur du concours d'actions (N 70).
73. En adoptant la solution de la ventilation de la prétention récursoire, le Tribunal fédéral prend le risque de briser la pureté du dogme de la solidarité. En effet, on pourrait être tenté de soutenir que son arrêt souffre d'une double contradiction interne à cet égard : 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. Il faut toutefois revenir aux principes fondamentaux : la solidarité suppose une pluralité de responsables⁹⁹. Or, lorsque le cas met, comme ici, en présence un responsable privilégié et un responsable non privilégié, cette condition n'est pas remplie, seul le second étant astreint à rembourser l'assureur social en application de l'art. 72 al. 1 LPGA. Certes, certains auteurs soutiennent que le privilège n'abolit pas la créance de l'assureur social contre l'employeur, mais le prive seulement du droit d'action lié à cette créance, de sorte que la condition de la pluralité de responsables au sens de l'art. 72 al. 2 LPGA serait remplie. Cette construction juridique s'apparente ainsi à une obligation naturelle, qui laisse subsister la créance en la privant des moyens de la recouvrer¹⁰⁰. Elle ne résiste cependant pas à l'examen, car en poussant le raisonnement jusqu'à sa conclusion

⁹⁹ KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, ZK, art. 143 CO N 46 ; PERRITAZ VINCENT, Concours d'actions, N 210 s.

¹⁰⁰ Comme l'est par exemple la dette de jeu ou de pari de l'art. 513 CO, « qui peut être valablement éteinte par le paiement volontaire du débiteur mais pour laquelle le créancier ne peut l'y contraindre par les moyens légaux d'ordinaire à sa disposition, soit une action en justice et l'exécution forcée » (ATF 129 IV 257, consid. 2.3).

logique, elle permettrait au responsable qui a indemnisé l'assureur social d'exercer une action récursoire contre le coresponsable privilégié, ce qui permettrait de contourner le privilège lui-même¹⁰¹.

74. Par ailleurs, en première analyse, on ne peut s'empêcher de penser que le recours à l'art. 44 CO utilisé par le Tribunal fédéral 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 dommage¹⁰². Elle ne s'applique qu'en cas de versement de dommages-intérêts, qu'ils soient délictuels ou contractuels (art. 99 al. 3 CO)¹⁰³. 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 CO¹⁰⁴. La créance subrogatoire revêt donc, pour le Tribunal fédéral, la caractéristique de dommages-intérêts au sens des art. 40 et suivants du CO, de sorte que l'art. 44 CO s'applique. Enfin, on pourrait objecter que l'art. 44 CO évoque les circonstances propres à la « *partie lésée* », alors que le privilège de l'employeur n'est pas opposable à la victime, mais à l'assureur social. On doit cependant considérer que, en réalité, il s'agit d'une qualité de la victime puisque c'est précisément parce que celle-ci est l'employée du débiteur privilégié que l'assureur social voit sa créance réduite¹⁰⁵.
75. 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

¹⁰¹ PERRITAZ VINCENT, Réduction, p. 149.

¹⁰² CR CO I-WERRO FRANZ, art. 44 CO, N 1.

¹⁰³ ATF 131 III 511.

¹⁰⁴ FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Recours subrogatoire, N 836.

¹⁰⁵ PERRITAZ VINCENT, Réduction, p. 150.

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 survenu¹⁰⁶, l'apparente transgression dogmatique se justifie. L'objection, selon laquelle l'assureur en responsabilité civile aurait également encaissé des primes et se trouverait enrichi au détriment de l'assureur social ne tient pas. En effet, dans une situation où l'assureur social n'intervient pas, ce même assureur est légitimé à recouvrer, auprès des coresponsables, la partie du dommage qui excède la part de son assuré¹⁰⁷. On ne prétend pas qu'il se trouve enrichi. Il n'y a pas de raison objective de le traiter différemment au motif que le coresponsable bénéficie, de par un texte de droit public, d'un privilège.

76. 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 Tribunal fédéral. Tout au plus peut-on voir dans le recours à l'art. 51 CO (et donc à la solidarité imparfaite) une entorse à la conception classique de la solidarité : eu égard au fait qu'elle est prévue par la loi, on devrait en effet la qualifier de solidarité parfaite (cf. art. 143 al. 2 CO)¹⁰⁸. On devrait donc en conclure que le partage de la solidarité doit se faire selon l'art. 148 al. 1 CO (à parts égales) ou selon la libre appréciation du juge¹⁰⁹.

B. La solution adoptée dans l'ATF 144 III 319

77. La solution retenue par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 12 juillet 2018¹¹⁰ constitue, à n'en point douter, un véritable

¹⁰⁶ KAHIL-WOLFF BETTINA/SONNENBERG CAROLE, p. 83.

¹⁰⁷ PERRITAZ VINCENT, Concours d'actions, N 651 ss.

¹⁰⁸ PERRITAZ VINCENT, Concours d'actions, N 237 ss.

¹⁰⁹ PERRITAZ VINCENT, Réduction, p. 150, pour lequel la présomption de l'art. 148 al. 1 CO n'est pas pertinente dans les cas de solidarité légale au sens de l'art. 143 al. 2 CO, où le juge doit user de son pouvoir d'appréciation.

¹¹⁰ ATF 144 III 319.

*revirement de jurisprudence*¹¹¹. En effet, quoiqu'il en dise, il n'avait jusqu'ici pratiquement jamais dérogé à l'ordre des recours prévu par l'art. 51 al. 2 CO¹¹².

78. La rigidité dans l'ordre des recours, telle qu'elle ressortait de sa jurisprudence, avait pourtant fait l'objet de nombreuses critiques doctrinales¹¹³. Certes, une partie non négligeable des auteurs approuvait pleinement la force normative donnée à l'art. 51 al. 2 CO¹¹⁴, la sécurité du droit devant l'emporter sur le sentiment de justice¹¹⁵. D'autres auteurs défendaient néanmoins une application plus flexible de la disposition¹¹⁶. Pour certains de ceux-ci, l'expression « *dans la règle* » signifiait clairement que la disposition ne revêtait pas un caractère impératif, le juge étant appelé à vérifier que son application ne heurtait pas l'équité¹¹⁷. D'autres considéraient que la prépondérance du pouvoir d'appréciation du juge découlait de la systématique de l'art. 51 CO¹¹⁸. Enfin, le développement des responsabilités objectives intervenu depuis l'adoption de l'art. 51 al. 2 CO en 1911 rendait dépassée, pour de nombreux auteurs, la hiérarchie des recours prévue par cette disposition¹¹⁹.
79. L'évolution qui ressort de l'arrêt du 12 juillet 2018 doit être saluée, même si sa portée demeure limitée. L'arrêt met la faute à sa juste place, ce qui est une bonne chose. En maintenant une application figée de l'art. 51 al. 2 CO, la faute, quelle qu'eût pu être sa gravité,

¹¹¹ WERRO FRANZ/PERRITAZ VINCENT, Remise en cause, p. 1184.

¹¹² PERRITAZ VINCENT, Concours d'actions, N 566.

¹¹³ Pour une présentation détaillée, cf. PERRITAZ VINCENT, Concours d'actions, N 615.

¹¹⁴ BREHM ROLAND, BK, art. 143 CO, N 80 ss ; HARTMANN ALFRED, p. 59 ss ; KELLER MAX/GABI SONJA/GABI KARIN, p. 148 ; MAZAN STEPHAN, art. 51 N 17 ; OSER HUGO/SCHÖNENBERGER WILHELM, art. 51 N 7 ss ; OSWALD HANS, p. 27 ; BECKER HERMANN, art. 51 N 4 ss (qui se montre plus nuancé en admettant une application moins rigoureuse de l'art. 51 al. 2 CO).

¹¹⁵ PERRITAZ VINCENT, Concours d'actions, N 615.

¹¹⁶ Pour une présentation détaillée, cf. PERRITAZ VINCENT, Concours d'actions, N 616 ss.

¹¹⁷ WERRO FRANZ, RC, N 1781.

¹¹⁸ BUGNON HUBERT, p. 63 ; PROBST THOMAS, p. 75.

¹¹⁹ OFTINGER KARL/STARK EMIL W., § 10 N 51 ; PROBST THOMAS, p. 76 ; WIDMER PIERRE/WESSNER PIERRE, p. 172.

prenait toujours le pas sur le risque dans la répartition interne de la responsabilité. Avec l'innovation apportée par le Tribunal fédéral, la faute, lorsqu'elle n'est pas grave, constitue l'un des facteurs à prendre en compte, parmi toutes les circonstances du cas. Ainsi, la solution retenue par le Tribunal fédéral « *fait primer l'équité sur une application mécanique de l'art. 41 al. 2 CO* »¹²⁰.

80. Pour autant, les règles de partage définies à l'art. 51 al. 2 CO ne deviennent pas soudainement lettre morte. Seul un « *ajustement des planètes* » particulier justifie une dérogation. Tel est le cas, pour le Tribunal fédéral, lorsqu'on a affaire à la conjugaison d'une faute qui n'est pas suffisamment grave et de la réalisation du risque inhérent à l'activité pour laquelle le législateur a prévu une responsabilité objective. C'est dans cette hypothèse, et dans cette hypothèse seule que le Tribunal fédéral admet qu'on ne fasse pas supporter au responsable fautif l'intégralité de la réparation. Il serait inéquitable de mettre, dans un tel cas de figure, le responsable causal au bénéfice d'un droit de recours intégral. En revanche, lorsque le dommage résulte de la faute grave d'un tiers (tel que le saboteur ou l'entrepreneur incompetent), la hiérarchie des recours de l'art. 51 al. 2 CO s'applique pleinement : il serait injuste de priver le responsable causal d'un droit de recours intégral alors que le tiers qui est, par son comportement, véritablement à l'origine de la réalisation du risque inhérent (et donc du préjudice qui s'en est suivi) resterait à l'abri de toute prétention récursoire.
81. Le Tribunal fédéral fut-il inspiré par les règles qui régissent la répartition de responsabilité en matière de circulation routière ? Il ne le dit pas dans son arrêt. Il n'en demeure que le voisinage des solutions retenues de part et d'autre ne peut être nié. Ainsi, lorsqu'un détenteur de véhicule automobile voit sa responsabilité engagée avec celle d'autres responsables, il n'est pas placé dans la troisième ligne des recours de l'art. 51 al. 2 CO : l'art. 60 al. 2 LCR constitue une *lex specialis*, qui prévoit que le dommage est réparti « *en fonction de toutes les circonstances entre les personnes responsables impliquées dans l'accident* » et, lorsqu'il y a plusieurs détenteurs, en fonction de la faute de chacun, « *à moins que des circonstances spéciales, notamment les*

¹²⁰ WERRO FRANZ/PERRITAZ VINCENT, Remise en cause, p. 1184.

risques inhérents à l'emploi du véhicule, ne justifient un autre mode de répartition »¹²¹.

¹²¹ BREHM ROLAND, RC automobile, N 962 ss ; BUSSY ANDRÉ/RUSCONI BAPTISTE/ JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ/MIZEL CÉDRIC/MÜLLER CHRISTOPH, art. 60 LCR, N 2.1 ss.

Bibliographie

- BATISTA LISETTE/GOMES TIAGO, Pluralité de responsables dans le cadre du recours subrogatoire de l'assureur social, RSAS 2018, p. 250 ss.
- BECK PETER, Zusammenwirken von Schadenausgleichsystemen, in Münch Peter/Geiser Thomas (édit.), Schaden-Haftung-Versicherung, Bâle/Genève/Munich 1999 (cité : Zusammenwirken).
- BECK PETER, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bâle 1999 (cité : Handbücher).
- BECKER HERMANN, Commentaire des art. 143 à 149 CO, in : Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Berne 1941.
- BERENSTEIN ALEXANDRE, Assurance-accidents et responsabilité civile, in : Jean-Louis Duc (édit.), Droit privé et assurances sociales, Fribourg 1990, 53 ss.
- BITTEL THOMAS/STUDHALTER BERNHARD, Stört das Regressprivileg die Koordination, in : Stephan Weber et al. (édit.), Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts II, Zurich/Bâle/Genève 2017, p. 91 ss.
- BOLLER JEAN-MARIE, La limitation de la responsabilité civile des proches et de l'employeur à l'égard du travailleur (art. 44 LAA), thèse, Fribourg, 1984.
- BREHM ROLAND, Commentaire des art. 41 à 60 CO, in : Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Art. 41-61 OR, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (édit.), Berne 2013 (cité : BK).
- BREHM ROLAND, La responsabilité civile automobile, Berne 2010, (cité : RC automobile)
- BUGNON HUBERT, L'action récursoire en matière de concours de responsabilités civiles, thèse, Fribourg 1982.
- BUSSY ANDRÉ/RUSCONI BAPTISTE/JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ/MIZEL CÉDRIC/MÜLLER CHRISTOPH, Code suisse de la circulation routière commenté, Bâle 2015.

- DUC JEAN-MICHEL, Recours des institutions de prévoyance, RSAS 2008, p. 546 ss.
- FREI THOMAS, Die durch ein Regressprivileg gestörte Koordinationsgemeinschaft, HAVE/REAS 2004, p. 140 s.
- FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, in : Dupont/Moser-Szeless (édit.), Commentaire romand, Zurich/Bâle/Genève 2018 (cité : CR LPGA–FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE).
- FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Le privilège de recours de l'art. 75 LPGA et le recours subrogatoire de l'assureur social contre un tiers responsable non privilégié, HAVE/REAS 2017, p. 186 ss (cité : Privilège).
- FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Le recours subrogatoire de l'assurance-accidents sociale contre le tiers responsable ou son assureur, Zurich, Bâle, Genève 2007 (cité : Recours subrogatoire).
- FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Le droit de recours contre le tiers responsable selon la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal), in : LAMal-KVG, Recueil de travaux en l'honneur de la Société suisse de droit des assurances à l'occasion de son assemblée générale du 5 septembre 1997 à Lausanne, IRAL, Lausanne 1997, p. 620 ss (cité : LAMal).
- GHÉLEW ANDRÉ/RAMELET OLIVER/RITTER JEAN-BAPTISTE, Commentaire de la loi sur l'assurance-accidents (LAA), Lausanne 1992.
- HARDEGGER ANDREAS/BRUN ROLAND, Die jüngste bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 75 Abs. 2 ATSG – Eine kritische Würdigung einer Klägerin, HAVE/REAS 2018, p. 408 ss.
- HARTMANN ALFRED, Der Regress bei Haftung Mehrerer aus verschiedenen Rechtsgründen, thèse, Berne 1942.
- HÜRZELER MARC, Extrasystemische Koordination : Regress der Sozialversicherer auf Haftpflichtige, in Steiger-Sackmann/Mosimann (édit.), Recht der sozialen Sicherheit, p. 1323 ss.
- KAHIL-WOLFF BETTINA/SONNENBERG CAROLE, Le privilège de recours de l'employeur, in : Kahil-Wolff/Wyler (édit.) ; Assurance sociale,

responsabilité de l'employeur, assurance privée, Colloque de Lausanne 2004, IRAL Berne 2005, p. 79 ss.

KELLER MAX/GABI SONJA/GABI KARIN, Haftpflichtrecht, Bâle 2012.

KIESER UELI, ATSG-Kommentar, 3^e édition, Zurich 2015.

KOLLER THOMAS, Kurzgutachten betreffend Abschaffung der Regressprivilegien, SR-Info 2/1999 (cité : Kurzgutachten).

KOLLER THOMAS, Das Regressprivilege und der Rückgriff des Sozialversicherers auf einen nicht privilegierten haftpflichtigen Dritten, HAVE/REAS 2005, p. 25 ss (cité : Regressprivileg).

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Der Regressprozess, in : Walter Fellmann/Stephan Weber (édit.), Haftpflichtprozess 2013, Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 69 ss (cité : Regressprozess).

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Commentaire des art. 143 à 150 CO, in : Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 143-150 OR, Die Solidarität, Jörg Schmid (édit.), Zurich/Bâle/Genève 2016 (cité : ZK).

LÄUBLI ZIEGLER SYLVIA, Ein Ende der Gewissheiten, BGE 143 III 79 ; HAVE/REAS 2018, p. 30 ss.

LUGINBÜHL RUDOLF, Der Regress des Krankenversicherers, in : Alfred Koller (édit.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung, Saint-Gall 1999, Tagungsbeiträge, p. 29ss.

MAURER ALFRED, Cumul et subrogation dans l'assurance sociale et privée : contribution à l'harmonisation de la législation. Rapport du groupe de travail institué par la société suisse de droit des assurances, Berne 1976 (cité : Cumul).

MAURER ALFRED, Das neue Krankenversicherungsrecht, Das Recht in Theorie und Praxis, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1996 (cité : KVG).

MAURER ALFRED, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Berne 1989 (cité : UVR).

MAZAN STEPHAN, Commentaire des art. 50 et 51 et 143 à 149 CO, in : Handskommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungent, Art. 1-183 OR, Furrer Andreas/Schnyder Anton K. (édit.), Zurich/Bâle/Genève 2016.

- MONNARD SÉCHAUD CORINNE, Coordination intersystémique, La concordance en pratique, HAVE/REAS 2012, p. 279 ss.
- OBERST FRANZ, Die obligatorische Unfallversicherung, Zurich 1919.
- OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Zurich 1995.
- OSER HUGO/SCHÖNENBERGER WILHELM, Commentaire des art. 50 et 51, 58 et 143 à 149 CO, in : Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Art. 1-183 OR, Zurich 1929.
- OSWALD HANS, Das Regressrecht in der Privat- und Sozialversicherung – Standort und Ausblick, RSAS 1972, p. 1 ss.
- OVERNEY ALEXIS, 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 du 15 décembre 2016, RSAS 2017, p. 332 ss.
- PERRITAZ VINCENT, La réduction de la créance récursoire de l'assureur social contre le responsable non privilégié (art. 44 al. 1 CO) – une analyse à partir de l'ATF 143 III 79, HAVE/REAS 2018, p. 145 ss (cité : Réduction).
- PERRITAZ VINCENT, Le concours d'actions et la solidarité, Thèse Fribourg 2017 (cité : Concours d'actions).
- PROBST THOMAS, La solidarité imparfaite, in : La pluralité de responsables, Colloque du droit de la responsabilité civile 2007, Werro Franz (édit.), Berne 2009, p. 51 ss.
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Haftpflicht und Sozialversicherung, Begriffe, Wertungen und Schadenausgleich, Fribourg 1998, N 382.
- RUSCONI BAPTISTE, Le droit de recours de l'AVS et l'AI contre le tiers responsable selon la neuvième révision de l'AVS, JdT 1978 I 130 ss.
- SCHAER ROLAND, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Bâle 1984.
- SCHMID MARKUS, Hohe Hürden für die regressierenden Sozialversicherer – Bemerkungen zum Urteil des BGer 4A_301/2016 und

- 4A_311/2016 vom 15. Dezember 2016, HAVE/REAS 2017, p. 192 ss.
- SPIRIG EUGEN, Die Abtrennung von Forderungen und die Schuldübernahme, in : Peter Gauch (édit.), Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZK), Vol, V/1k/2, Zurich 1993/1994.
- TERCIER PIERRE, 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, Berne 2002, p. 115 ss.
- TOLOU ALBORZ, La répartition de la responsabilité selon l'art. 51 al. 2 CO, in : www.lawinside.ch/700/.
- VOGEL BRUNO/BICHSEL THEODOR, Regressprivileg und Koordinationsgemeinschaft, HAVE/REAS 2004, p. 331 ss.
- WERRO FRANZ, La responsabilité civile, Berne 2017 (cité : RC).
- WERRO FRANZ, Commentaire romand, Code des obligations I, Zurich/Bâle/Genève 2012 (cité : CR CO I–WERRO FRANZ).
- WERRO FRANZ/PERRITAZ VINCENT, La remise en cause de l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO, Un revirement de jurisprudence bienvenu, AJP/PJA 2018, p. 1179 ss (cité : Remise en cause).
- WERRO FRANZ/PERRITAZ VINCENT, Le recours de l'assurance dommages en cas de pluralité de responsables, HAVE/REAS 2018, p. 339 ss (cité : Recours de l'assurance dommages).
- WERRO FRANZ/PERRITAZ VINCENT, Les limitations inattendues de couverture et le recours de l'assureur dommages, in : Franz Werro/Pascal Pichonnaz (édit.), Les relations entre la responsabilité civile et les assurances privées, Colloque du droit de la responsabilité civile 2015, Berne 2016, p. 45 ss (cité : Limitations).
- WIDMER PIERRE/WESSNER PIERRE, Révision et unification du droit de la responsabilité civile – Rapport explicatif, Berne 2000.