

L'INDEMNISATION DU PREJUDICE CORPOREL

Questions pratiques et actualités en droit de la RC
et des assurances sociales et privées

L'INDEMNISATION DU PREJUDICE
CORPOREL

Questions pratiques et actualités en droit de la RC
et des assurances sociales et privées

Edité par
Anne-Sylvie Dupont et Christoph Müller

CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Helbing Lichtenhahn



FACULTÉ DE DROIT

www.unine.ch/droit

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi est strictement interdite et requiert l'accord préalable écrit des éditeurs.

ISBN 978-3-7190-4218-9

© 2019 Helbing Lichtenhahn, Bâle, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

www.helbing.ch

www.publications-droit.ch

Avant-propos

En 2013, la Faculté de droit de Neuchâtel s'est associée à l'Association des avocats spécialistes FSA en droit de la responsabilité civile et des assurances pour éditer, dix fois par année, une newsletter renseignant ses lectrices et ses lecteurs sur les nouveautés jurisprudentielles en droit de la responsabilité civile et en droit des assurances, sociales et privées.

Le succès de cette collaboration nous a poussé à réfléchir à son prolongement à des fins de formation continue. En effet, s'il est essentiel que la formation continue des praticiennes et praticiens du droit bénéficie de la caution de l'académie et de ses apports analytiques, la plus-value de conférences données par des avocates et des avocats spécialisés est incontestable.

Nous avons choisi de consacrer le premier colloque de ce qui deviendra, nous l'espérons, une longue série, à l'indemnisation du préjudice corporel, car elle est le terrain de jeu privilégié des difficiles interactions entre les trois domaines du droit que nous couvrons. Ces interactions représentent autant de pièges pour celles et ceux qui plaident à côté des personnes atteintes dans leur intégrité. Le partage, par des praticiennes et des praticiens chevronnés, de leurs expériences dans ce domaine peut représenter un aiguillage précieux.

Cet ouvrage contient les textes sur lesquels sont basées les conférences données lors de ce premier colloque. Nous espérons qu'il fera office de guide et d'aide-mémoire pour toutes les personnes concernées. Il est destiné, comme l'a été le colloque, à toutes les praticiennes et à tous les praticiens du droit confrontés à des questions relevant de la responsabilité civile ou du droit des assurances, y compris dans le cadre d'une pratique générale.

Anne-Sylvie Dupont et Christoph Müller

Sommaire

ANNE-SYLVE DUPONT Points communs et différences des régimes indemnitaires – quelques conséquences pratiques	1
ALEXANDRE GUYAZ et RÉBECCA GRAND Coordination des régimes indemnitaires : quelques problèmes actuels .	33
CHRISTOPH MÜLLER et JULITTE SCHALLER La prescription en droit de la responsabilité civile : vers le nouveau droit	75
ALEXIS OVERNEY Le recours subrogatoire de l'assureur social : questions posées par la jurisprudence récente du Tribunal fédéral	107
BRUNO CESSELLI Les moyens de capitalisation	147
CORINNE MONNARD SÉCHAUD Le calcul de surindemnisation en droit des assurances sociales	205
GUY LONGCHAMP Actualités en droit de la prévoyance professionnelle	245
MATTHIAS STACCHETTI Actualités en droit des assurances privées	257

Abréviations

a[sigle de la loi]	version abrogée d'une loi
AC	Assurance-chômage
ad	à
AG	Argovie
AG	Aktiengesellschaft (= société anonyme)
AI	Assurance-invalidité
AJP/PJA	Aktuelle juristische Praxis/Pratique juridique actuelle
al.	alinéa(s)
AM	Assurance militaire
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
ATSG	= LPGA
av.	avant
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen = CGA
AVS	Assurance-vieillesse et survivants
Band	= volume(s)
BE	Berne
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	= ATF
BGer	= Tribunal fédéral
BK	Berner Kommentar

Abréviations

BL	Bâle-Campagne
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
BS	Bâle-Ville
BSK	Basler Kommentar
CAS	Certificate of Advanced Studies
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCF	Code civil français
CDC	calcul du dommage corporel
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
cf.	confer
CGA	Conditions générales d'assurance
ch.	chiffre(s)
CHF	franc(s) suisse(s)
CNA	Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (SUVA)
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livres cinquième : Droit des obligations) (RS 220)
consid.	considérant (s)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CR	Commentaire Romand
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)

Abréviations

DCFR	Draft Common Frame of Reference
DFF	Département fédéral des finances
Dr iur	Docteur(e) en droit
DTA	Revue de droit du travail et d'assurance-chômage
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
ESPA	Enquête suisse sur la population active
ESS	Enquête suisse sur la structure des salaires
etc.	et caetera
EUR	Euro(s)
FF	Feuille fédérale
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
FR	Fribourg
FSA	Fédération suisse des avocats
HAVE/REAS	Haftung und Versicherung/Responsabilité civile et assurances
HG	Handelsgericht
HWS	Schleudertrauma der Halswirbelsäule (coup du lapin de la colonne cervicale)
ibid./ibidem	au même endroit
in	dans
infra	ci-dessous
JC	Jésus Christ

Abréviations

JdT	Journal des tribunaux
Komm	Kommentar = commentaire
KVG	= LAMal
LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (RS 832.20)
LACI	Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (Loi sur l'assurance-chômage) (RS 831.20)
LAFam	Loi fédérale sur les allocations familiales du 24 mars 2006 (RS 836.2)
LAGH	Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine du 8 octobre 2004 (RS 810.12)
LAI	Loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (RS 831.20)
LAM	Loi fédérale sur l'assurance militaire du 19 juin 1992 (RS 833.1)
LAMA	Loi fédérale sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents du 13 juin 1911 (RO 28 353)
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (RS 832.10)
LAPG	Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité du 25 septembre 1952 (Loi sur les allocations pour perte de gain) (RS 834.1)
LAVI	Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions du 23 mars 2007 (Loi sur l'aide aux victimes) (RS 312.5)
LAVS	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (RS 831.10)
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (Loi sur le contrat d'assurance) (RS 221.229.1)

Abréviations

LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (RS 241)
LCR	Loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958(RS 741.01)
LEFin	Loi fédérale sur les établissements financiers du 15 juin 2018
let.	lettre
LFLP	Loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 17 décembre 1993 (Loi sur le libre passage) (RS 831.42)
LGG	Loi fédérale sur l'application du génie génétique au domaine non humain du 21 mars 2003 (Loi sur le génie génétique) (RS 814.91)
LiCPC-JU	Loi jurassienne d'introduction du code de procédure civile suisse du 16 juin 2010 (RS-JU 271.1)
LITC	Loi fédérale sur les installations de transport par conduites de combustibles ou carburants liquides ou gazeux (Loi sur les installations de transport par conduites) (RS 746.1)
LOJV-VD	Loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 (RS-VD 173.01)
LPC	Loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI du 6 octobre 2006 (Loi sur les prestations complémentaires) (RS 831.30)
LPE	Loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (Loi sur la protection de l'environnement) (RS 814.01)
LPers-JU	Loi jurassienne sur le personnel de l'Etat du 22 septembre 2010 (RS-JU 173.11)
LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (RS 830.1)

Abréviations

LPP	Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle du 25 juin 1982 (RS 831.40)
LRCN	Loi sur la responsabilité civile en matière nucléaire (RS 732.44)
LREC-GE	Loi genevoise sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989 (RS-GE A 2 40)
LRECA-VD	Loi vaudoise sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents du 16 mai 1961 (RS-VD 170.11)
LResp-FR	Loi fribourgeoise sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents du 16 septembre 1986 (RS-FR 16.1)
LResp-NE	Loi neuchâteloise sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents du 26 juin 1989 (RS-NE 150.10)
LResp-VS	Loi valaisanne sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents du 10 mai 1978 (RS-VS 170.1)
LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits du 18 juin 1993 (RS 221.112.944)
LSA	Loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance du 17 décembre 2004 (Loi sur la surveillance des assurances) (RS 961.01)
LSFin	Loi fédérale sur les services financiers du 15 juin 2018 (RS 950.1)
LU	Lucerne
N	numéro(s) de paragraphe
n.	note
n°	numéro

Abréviations

OACI	Ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 31 août 1983 (Ordonnance sur l'assurance-chômage) (RS 837.02)
OAM	Ordonnance sur l'assurance militaire du 10 novembre 1993 (RS 833.11)
OAMal	Ordonnance sur l'assurance-maladie du 27 juin 1995(RS 832.102)
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OFS	Office fédéral de la statistique
OFSP	Office fédéral de la santé publique
OIT	Organisation internationale du travail
OLAA	Ordonnance sur l'assurance-accidents du 20 décembre 1982 (RS 832.202)
OPP2	Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 18 avril 1984 (831.441.1)
OR	= CO
p. ex./par ex.	par exemple
p./pp.	page(s)
PDF	Portable Document Format
P-LCA	Projet de révision de la Loi sur le contrat d'assurance
P-LSA	Projet de révision de la Loi sur la surveillance des entreprises d'assurance
Prof.	Professeur.e
PSF	Personen-Schaden-Forum
RAI	Règlement sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961 (RS 831.201)

Abréviations

RAVS	Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947(RS 831.101)
RC	Responsabilité civile
RDS	Revue de droit suisse
REAS	Responsabilité et assurances
réf.	référence(s)
RI	Rente d'invalidité
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSAS/SZS	Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle / Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung
RS-FR	Recueil systématique de la législation fribourgeoise
RS-GE	Recueil systématique de la législation genevoise
RS-NE	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
RS-VD	Recueil systématique de la législation vaudoise
RS-VS	Recueil systématique de la législation valaisanne
RSJB	Revue de la société des juristes bernois
RTS	Radio télévision suisse
s./ss	et suivant(e) / et suivant(e)s
sàrl	société à responsabilité limitée
SDRCA	Société suisse du droit de la responsabilité civile et des assurances
SG	Saint-Gall
SJ	Semaine judiciaire

Abréviations

SMR	Service médical régional
SMS	Short Message Service
supra	ci-dessus
TF	Tribunal fédéral
UNI	Université
USD	United States dollar
UVR	Schweizerisches Unfallversicherungsrecht
v.	voir
vol.	volume(s)
y. c.	y compris
ZG	Zoug
ZH	Zurich
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	= CPC
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

Coordination des régimes indemnitaires : quelques problèmes actuels

par

Alexandre Guyaz

Docteur en droit, avocat spécialiste FSA en responsabilité civile et droit
des assurances, Lausanne

et

Rébecca Grand

Avocate, CAS en responsabilité civile et droit des assurances, Lausanne

I. Introduction.....	35
II. La causalité en assurance-accidents et en RC.....	35
A. La causalité naturelle	36
B. La causalité adéquate	38
III. La portée différenciée du devoir de réduire le dommage.....	42
A. La situation en assurances sociales.....	42
B. La situation en responsabilité civile.....	45
C. Les différences entre les deux régimes indemnitaires	47
IV. La reprise en RC des expertises mises en œuvre par les assureurs sociaux.....	51
A. La notion d'expertise externe	51
B. La désignation de l'expert social.....	56
C. Le contenu de l'expertise sociale	62

V. La coordination avec les assurances privées.....	65
A. Contexte historique	65
B. Distinction	66
1. Assurance de dommage.....	67
2. Assurance de somme	68
C. Implications pratiques.....	69
1. En matière de rente en cas de décès	70
2. En matière de rente en cas d'incapacité de gain.....	71
3. En matière d'indemnités journalières en cas d'incapacité de travail.....	73
D. Synthèse	74

I. Introduction

1. En cas de dommage corporel, la victime peut compter selon les cas sur plusieurs sources d'indemnisations possibles. Ainsi, à côté de la personne civilement responsable, que ce soit en raison d'un acte illicite ou sur la base d'une responsabilité causale, le résident suisse aura souvent droit à des prestations d'assurances sociales, à commencer par celles de l'assurance-invalidité fédérale (AI) et de l'assurance-accidents obligatoire (LAA). Peuvent également entrer en ligne de compte des prestations de la caisse de pensions (LPP) et parfois d'assureurs privés.
2. La coordination de ces différents régimes indemnitaires est particulièrement complexe et pourrait faire l'objet de très longs développements. L'objet de la présente contribution se limitera à quelques questions bien ciblées, supposées intéresser de près le praticien. Nous aborderons dans un premier temps les différences qui peuvent exister entre le droit des assurances sociales et la responsabilité civile à propos de notions à priori communes aux deux régimes, soit la causalité adéquate (II) et l'obligation de réduire le dommage (III), avant d'examiner dans quelle mesure une expertise mise en œuvre dans le premier domaine du droit peut être reprise dans le second (IV). Enfin, dans le but d'illustrer la coordination entre responsabilité civile et assurances privées, nous traiterons de la question du cumul avec les prestations servies dans le cadre des assurances de sommes (V).

II. La causalité en assurance-accidents et en RC

3. L'une des conditions essentielles à l'obligation de réparer le dommage subi par autrui en droit de la responsabilité civile est l'existence d'un lien de causalité entre un acte illicite et le dommage en question. Ce rapport est analysé non seulement d'un point de vue logique ou naturel, mais également d'un point de vue normatif, d'où la distinction entre causalité naturelle et causalité adéquate¹.

¹ CR CO I-WERRO, art. 41 CO N 36.

A. La causalité naturelle

4. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la causalité naturelle est admise lorsque le fait dommageable est une condition nécessaire de la survenance du préjudice (*condicio sine qua non*)². Autrement dit, la causalité naturelle est toujours donnée lorsque l'on ne peut faire abstraction de l'événement en question sans que le résultat ne tombe aussi³. Il n'est à cet égard pas nécessaire que cet événement constitue la cause unique et immédiate du résultat, si bien que le rapport de causalité naturelle peut être admis même dans les cas où une seconde cause a été nécessaire, conjointement à la première, pour arriver au résultat considéré. On parle alors de cause partielle⁴.
5. La causalité naturelle relève du fait⁵ et doit être établie par le demandeur. Comme une preuve stricte n'est en général pas possible dans ce domaine, ou pas raisonnablement exigible de la part de celui qui en supporte le fardeau, le degré de preuve de la vraisemblance prépondérante suffit⁶. Cela suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération⁷.
6. Néanmoins, s'agissant de tableaux cliniques qui ne peuvent pas être objectivés par imagerie médicale, le Tribunal fédéral pose des exigences accrues quant à la preuve des éléments permettant d'admettre l'existence de lésions dues à un accident ; en effet, les douleurs en question dépendent largement des indications données par le lésé et présentent ainsi un important risque d'abus. C'est dire que pour ce qui est de la causalité naturelle, la première Cour de

² ATF 143 III 242, consid. 3.7 ; 132 III 715, consid. 2.2 ; 128 III 180, consid. 2d.

³ TF 6B_965/2008 du 28 octobre 2009, consid. 4.3.1 ; ATF 133 IV 158, consid. 6.1 ; 96 II 396, consid. 1 ; TF 5C.125/2003 du 31 octobre 2003, consid. 3.1.

⁴ Voir ATF 143 III 242, consid. 3.7 ; 138 III 276, consid. 3.3 ; TF 4A_275/2013 du 30 octobre 2013, consid. 4.

⁵ ATF 133 III 462, consid. 4.4.2 ; 132 III 715, consid. 2.2 ; 128 III 174, consid. 2b.

⁶ ATF 132 III 715, consid. 3.2 ; 107 II 269, consid. 1b.

⁷ TF 4A_760/2011 du 23 mai 2012, consid. 3.2 ; ATF 133 III 81, consid. 4.2.2.

droit civil du Tribunal fédéral suit la pratique de la première Cour de droit social⁸. Plus précisément, en matière d'accidents de type « coup du lapin », notre Haute Cour estime que la jurisprudence développée par sa section de droit social sur les conditions qui doivent être réunies pour admettre la preuve d'un lien de causalité naturelle entre un accident et le tableau clinique typique consécutif à un traumatisme de ce type vaut également en droit de la responsabilité civile, dans la mesure où il n'existe pas de motifs de traiter différemment cette question dans les deux domaines du droit, contrairement à celle de la causalité adéquate⁹.

7. Ainsi peut-on admettre de façon générale que la notion de causalité naturelle est la même en responsabilité civile qu'en droit des assurances sociales, ce qui n'est pas sans portée pratique quand il s'agit de se fonder sur une expertise mise en œuvre dans l'autre domaine du droit¹⁰. Peut-être doit-on signaler une seule exception admise à ce jour par la jurisprudence, concernant l'étendue de la causalité dans le temps. En effet, si l'assureur-accidents peut mettre fin à ses prestations lorsqu'il s'avère que l'état de santé de son assuré est à nouveau celui qui prévalait avant l'accident (*status quo ante*) ou celui qu'il aurait été sans cet événement (*status quo sine*), il suffit en responsabilité civile pour que le lésé puisse prétendre à une indemnisation que le lien de causalité naturelle existe au moment du sinistre. Si l'expert judiciaire constate que l'accident a déclenché l'atteinte à la santé et l'incapacité de travail, cela suffit pour admettre un lien de causalité entre l'événement dommageable et le préjudice¹¹. Cette distinction n'aboutit cependant pas à un résultat bien différent en pratique, sachant que le responsable garde la faculté d'apporter la preuve que l'état préexistant aurait de toute façon causé le dommage, ce qui exclut une indemnisation, en application de l'art. 42 CO¹². La distinction a donc essentiellement une portée en matière de fardeau de la preuve.

⁸ TF 4A_607/2014 du 9 février 2015, consid. 3.2.

⁹ TF 4A_494/2009 du 17 novembre 2009, consid. 2.2.

¹⁰ Voir ci-dessous, N 30 ss.

¹¹ TF 4A_65/2009 du 17 février 2010, consid. 5.3 à 5.6.

¹² PRIBNOW VOLKER, Kein Wegfall einer einmal gegebenen Haftung, REAS 2010, p. 156.

B. La causalité adéquate

8. En ce qui concerne la causalité adéquate, qui est pourtant admise en principe dans les deux domaines du droit considérés lorsque l'acte incriminé est propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit, la portée de cette notion reste fondamentalement différente en pratique. En d'autres termes, cette définition uniforme n'empêche pas une application différenciée selon les domaines du droit. Il est par contre unanimement admis qu'il s'agit là d'une question de droit¹³.
9. Depuis de nombreuses années, le Tribunal fédéral fait en effet une distinction entre ces deux branches du droit, invoquant en premier lieu la différence des buts politico-juridiques que poursuivent ces deux complexes de normes. Ainsi, dans l'assurance-accidents obligatoire, la causalité adéquate doit être appréciée sur la base d'autres critères qu'en responsabilité civile, en vue de limiter de façon raisonnable et adéquate sur le plan de la couverture d'assurance le cercle des séquelles accidentelles prises en charge. On doit également tenir compte du fait que la LAA ne dispose pas d'outils de réduction des prestations aussi souples que le droit de la responsabilité civile¹⁴. La causalité adéquate étant une clause générale, elle doit être concrétisée par le juge selon les règles du droit et de l'équité, conformément à l'art. 4 CC. La question de la causalité adéquate se fonde donc sur un jugement de valeur ; il s'agit de savoir si un trouble causé par un accident peut encore de façon équitable être imputé à la personne responsable. Le juge doit alors tenir compte des circonstances concrètes du cas d'espèce, mais aussi du but de la norme applicable, raison pour laquelle la distinction entre les suites adéquates et inadéquates d'un accident peut être différente en droit de la responsabilité civile et en droit des assurances sociales¹⁵. L'ancien Tribunal fédéral des assurances a même dit

¹³ Voir par exemple CR LPGA-PERRENOUD, art. 4 LPGA N 54 ; ATF 123 III 110, consid. 3a.

¹⁴ ATF 123 V 104, consid. 3d.

¹⁵ ATF 123 III 110, consid. 3a.

expressément que dans l'assurance-accidents sociale, le caractère déterminant de la cause de l'accident doit être soumis à des exigences plus élevées qu'en droit de la responsabilité civile et qu'ainsi la délimitation entre les conséquences adéquates et non adéquates d'un accident peut différer selon le domaine juridique considéré¹⁶. Cette approche constitue la jurisprudence constante à l'heure actuelle¹⁷.

10. La conséquence pratique la plus importante de cette distinction est que, en droit de la responsabilité civile, il ne se justifie pas de tenir compte de la *gravité* (ou de la légèreté) de l'accident lors de l'examen de la causalité¹⁸. Ainsi, par exemple en matière de collisions par l'arrière et d'accidents de type « coup du lapin », il n'est pas possible en droit privé d'exclure le lien de causalité adéquate sur la seule base de la valeur moyenne du delta-V¹⁹ constaté en procédure. Le Tribunal fédéral a toujours refusé jusqu'à présent d'introduire un seuil fixe de causalité adéquate, ou de définir une quelconque limite d'innocuité²⁰. Néanmoins, dans un arrêt non publié du 22 juin 2017, il a laissé la question ouverte de savoir s'il convenait de revenir sur cette jurisprudence²¹.
11. De façon plus générale, cette distinction joue un rôle pratique important dans le domaine des *conséquences psychiatriques* additionnelles d'un accident, lorsqu'un syndrome psychiatrique vient se rajouter à une atteinte physique. Dans le cadre de l'assurance-accidents obligatoire s'applique la jurisprudence inaugurée à l'ATF 115 V 133, qui se fonde essentiellement sur la gravité objective de l'accident. Alors que toute causalité adéquate doit être niée en cas d'accident insignifiant et admise sans autre dans

¹⁶ ATF 115 V 414, consid. 12b et 12c.

¹⁷ Voir par exemple les arrêts du TF 4C.402/2006 du 27 février 2007, consid. 4.1 ; 4C.403/2004 du 19 août 2008, consid. 4.2 ; 4A_45/2009 du 25 mars 2009, consid. 3.3.1 ; 4A_171/2012 du 25 juin 2012, consid. 2.3 ; 4A_115/2014 du 20 novembre 2014, consid. 6.3.

¹⁸ TF 4A_45/2009 du 25 mars 2009, consid. 3.3.1.

¹⁹ Soit la modification de vitesse subie par le véhicule dans lequel se trouve le lésé ; voir par exemple TF 8C_425/2007 du 9 juillet 2008, consid. 5.1.

²⁰ TF 4A_275/2013 du 30 octobre 2013, consid. 5.2.

²¹ TF 4A_695/2016 du 22 juin 2017, consid. 2.1.

les cas graves, elle doit faire l'objet d'une appréciation circonstanciée dans les cas de gravité moyenne, sur la base d'un certain nombre de critères objectifs²². Dans la mesure où la jurisprudence refuse l'application de cette méthode en responsabilité civile, il est donc parfaitement possible que la causalité adéquate soit dans la même affaire niée par l'assureur LAA, mais admise par le juge de la responsabilité civile, ce qui ne va pas sans poser de sérieux problèmes pratiques : la solution retenue par l'assureur ou le juge social dans le cadre de l'assurance-accidents obligatoire n'est pas nécessairement celle qui doit s'imposer en responsabilité civile. Le lésé est donc maintenu dans l'incertitude durant parfois de très nombreuses années et doit se lancer, quand il dispose enfin d'une décision de l'assurance-accidents, dans une seconde procédure, encore plus longue et plus coûteuse que la précédente²³.

12. De nombreux aute urs se rallient à cette approche différenciée de notre Haute Cour, ou à tout le moins s'en accommodent²⁴.

²² Pour une présentation synthétique en français de cette jurisprudence, on renvoie à FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, *L'assurance-accidents*, in : Frésard-Fellay/Kahil-Wolff/Perrenoud, *Droit suisse de la sécurité sociale*, Vol. II, Berne 2015, N 183 ss.

²³ Nous nous permettons de renvoyer sur cette problématique aux réflexions publiés in : GUYAZ ALEXANDRE, *La causalité en matière de lésions cervicales non objectivables : les enjeux pour la victime*, in : Chappuis/Winiger (édit.), *Les causes du dommage*, Zurich 2007, pp. 121 ss.

²⁴ WERRO FRANZ, *La responsabilité civile*, 3^e éd., Berne 2017, N 269 ; BK-BREHM, art. 41 CO N 124c ; MÜLLER CHRISTOPH, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Bâle 2013, p. 72, N 410 ; KELLER ALFRED, *Haftpflicht im Privatrecht*, Band I, 6^e éd., Berne 2002, p. 83 ; CR LPGA-PERRENOUD, art. 4 LPGA N 57 ; GÄCHTER THOMAS, *Funktion und Kriterien der Adäquanz im Sozialversicherungsrecht*, in : Stephan Weber (édit.), *Personen-Schaden-Forum* 2016, p. 42 ; HÜRZELER MARC M., *Keine Anwendung der sozialversicherungsrechtlichen Adäquanzkriterien im Haftpflichtrecht*, RSAS 2013 86 ; REY HEINZ/WILDHABER ISABELLE, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 5^e éd., Zurich 2018, N 640 ; FRÉSARD-FELLAY (n. 22), N 190 ; KIESER UELI/LANDOLT HARDY, *Unfall – Haftung – Versicherung*, Zurich/St. Gall 2012, N 625 ss ; WEBER STEPHAN, *Wie Dinge sich bedingen – Korrelationen in der Entwicklung des Personenschadenrechts*, in : Stephan Fuhrer/Christine Chappuis (édit.), *Droit de la responsabilité civile et des assurances*, Liber amicorum Roland Brehm, Berne 2012, p. 467. Plus nuancé : KIESER UELI, *ATSG-Kommentar*, 3^e éd., Zurich 2015, N 104 ss ad art. 4 LPGA.

D'autres, par contre, la considèrent comme critiquable²⁵, et mettent notamment en avant le caractère dogmatiquement contradictoire de cette façon de faire, qui débouche sur des conclusions contraires alors même que l'on applique un seul concept, défini de la même façon dans les deux domaines du droit considérés. On a aussi mis en avant le fait qu'il est peu satisfaisant de faire reposer une appréciation différente du lien de causalité adéquate sur une différence de régime existant dans le domaine de l'indemnisation, respectivement de la fixation des prestations²⁶.

13. En tous les cas, il apparaît difficilement contestable que l'outil de la causalité adéquate sert à décider de cas en cas ce qu'il convient de considérer comme une conséquence d'un fait assuré, en fonction d'un certain complexe de normes et des valeurs qui le sous-tendent²⁷. Dans l'absolu, il conviendrait naturellement que le droit des assurances sociales et celui de la responsabilité civile poursuivent les mêmes objectifs et appliquent de manière uniforme les mêmes principes. Force est cependant de constater que les objectifs de ces deux domaines du droit restent différents et ne doivent pas prendre en compte les mêmes intérêts²⁸. Par ailleurs, une uniformisation du concept de causalité adéquate impliquerait que les règles du jeu soient identiques dans les deux domaines, ce qui n'est aujourd'hui pas le cas, notamment au vu de l'art. 36 al. 2 LAA, qui relève davantage d'une approche du tout ou rien en

²⁵ Nous ne pouvons citer ici, à titre d'exemple, qu'une partie de ces auteurs : FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Band I, Berne 2012, N 431 ; RUMO-JUNGO ALEXANDRA, *Haftpflicht und Sozialversicherung*, Thèse Fribourg 1998, N 777 ss ; KRAMER ERNST A., *Schleudertrauma : Das Kausalitätsproblem im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht*, in : Murer/Niederer/Radanov/Rumo-Jungo/ Sturzenegger/Walz (édit.), *Internationaler Kongress HWS Distorsionen/« Schleudertrauma »* 2001, Berne 2002, pp. 83 ss ; CHAPPUIS GUY, *La sinistralité des lésions bénignes du rachis cervical : une spécificité suisse ?*, REAS 2005, p. 217.

²⁶ Voir RUMO-JUNGO (n. 25), N 777, au sujet de l'argument qui consiste à observer que l'art. 36 al. 2 LAA ne permet pas de réduire les prestations lorsque l'atteinte à la santé ne portait pas atteinte à la capacité de gain avant l'accident, ce qui est en soi possible sous l'angle des art. 42 à 44 CO.

²⁷ GÄCHTER (n. 24), p. 22.

²⁸ WEBER (n. 24), p. 465-466.

matière de causalité, contrairement au régime plus fin et nuancé de la responsabilité civile. Une modification de cette disposition n'étant manifestement pas à l'ordre du jour, et parce que le législateur social tend à donner une place de plus en plus importante aux intérêts de la collectivité, cette application différenciée, sans doute discutable sur le plan dogmatique, sera manifestement inévitable pendant encore de longues années et constitue à ce jour la seule approche raisonnable quant à son résultat²⁹.

III. La portée différenciée du devoir de réduire le dommage

A. La situation en assurances sociales

14. Dans le cadre de la 5^e révision de la Loi sur l'assurance-invalidité, le législateur a clairement exprimé son intention de renforcer l'obligation de collaborer de la part de l'assuré, relevant notamment que c'est celui-ci qui est dans un premier temps responsable de son état de santé et de sa réadaptation³⁰. Concrètement, cette volonté s'est exprimée par une modification de l'art. 7 LAI et l'introduction de l'art. 7a LAI, deux dispositions qui explicitent le devoir de l'assuré d'entreprendre tout ce qui est raisonnablement exigible pour réduire la durée et l'étendue de l'incapacité de travail ainsi que la survenance d'une invalidité, cette obligation se concrétisant essentiellement par la participation active aux mesures de réadaptation.
15. Un élément essentiel de l'art. 7a LAI est le déplacement du *fardeau de la preuve* sur les épaules de l'assuré concernant la question de savoir si une mesure est raisonnablement exigible ou non³¹. Ce renforcement des exigences posées à la charge de l'assuré est d'autant plus important que la jurisprudence semble relativement peu sévère en ce qui concerne le degré de preuve exigé pour que

²⁹ Dans un sens comparable : GÄCHTER (n. 24), p. 42-43.

³⁰ Message du 22 juin 2005 relatif à la 5^e révision de l'AI, FF 2005 4281.

³¹ Message du 22 juin 2005 relatif à la 5^e révision de l'AI, FF 2005 4314. L'art. 7a LAI s'écarte ainsi de la règle posée par l'art. 21 al. 4 dernière phrase LPG : TF 8C_830/2012 du 13 mars 2013, consid. 2.2 ; 9C_842/2010 du 26 janvier 2011, consid. 2.2.

l'on puisse admettre qu'un traitement médical ou une mesure de réadaptation soient considérés comme susceptibles de déboucher sur une amélioration notable de la capacité de gain. En effet, le Tribunal fédéral n'exige pas à cet égard une preuve stricte, mais estime qu'il est suffisant que la mesure en question apparaisse comme efficace avec un certain degré de vraisemblance. Le degré exact de vraisemblance requis à ce sujet dépend de la gravité de l'atteinte aux droits de la personnalité qu'implique la démarche litigieuse. Lorsque le traitement médical envisagé n'est que peu intrusif, l'autorité ne doit pas être trop exigeante quant aux chances d'amélioration qu'il présente pour l'état de santé de l'assuré. Il en va différemment des interventions plus importantes, pour lesquelles on exigera une plus grande vraisemblance, mais pas un résultat certain³². Contrairement, à ce que cette jurisprudence pourrait laisser entendre au premier abord, il nous apparaît dans tous les cas exclu de retenir une violation du devoir de réduire le dommage lorsque l'assuré a refusé une mesure dont les chances de succès ne sont pas établies au degré habituel de la vraisemblance prépondérante applicable en droit des assurances sociales³³.

16. De façon générale, la jurisprudence pose des exigences plus strictes en matière d'obligation de réduire le dommage dans les cas où les prestations en jeu sont plus importantes³⁴. C'est dire que la notion du caractère raisonnablement exigible (*Zumutbarkeit*) de telle ou telle mesure est une concrétisation du principe constitutionnel de la proportionnalité³⁵, raison pour laquelle il convient de tenir compte de la gravité de la faute de l'assuré lorsqu'il s'agit de le sanctionner (art. 7b al. 3 LAI)³⁶.

³² TF 9C_82/2013 du 20 mars 2013, consid. 3 ; 8C_70/2014 du 7 avril 2014, consid. 7 ; dans le même sens : TF 8C_865/2017 du 19 octobre 2018, consid. 3.3.

³³ Dans le même sens : VALTERIO MICHEL, Commentaire de la Loi fédérale sur l'assurance invalidité, Genève/Zurich 2018, N 4 ad art. 7a LAI.

³⁴ TF 9C_82/2013 du 20 mars 2013, consid. 3.

³⁵ CR LPGA-DUPONT, art. 21 N 58 ; KAHIL-WOLFF BETTINA, Droit suisse de la sécurité sociale, Greber/Kahil-Wolff/Frésard-Fellay/Molo (édit.), Vol. I, Berne 2010, p. 84.

³⁶ TF 8C_830/2012 du 13 mars 2013, consid. 5.1.

17. La jurisprudence admet dès lors que le point de savoir si une mesure peut être exigée d'un assuré doit être examiné au regard de l'ensemble des circonstances objectives et subjectives du cas concret. Ainsi doit-on pouvoir exiger de celui qui requiert des prestations qu'il prenne toutes les mesures qu'une personne raisonnable prendrait dans la même situation s'il devait s'attendre à ne recevoir aucune prestation d'assurance. Au moment d'examiner les exigences qui peuvent être posées à un assuré au titre de son obligation de réduire le dommage, l'administration ne doit pas se laisser guider uniquement par l'intérêt général à une gestion économique et rationnelle de l'assurance, mais doit également tenir compte de manière appropriée du droit de chacun au respect de ses droits fondamentaux³⁷. En relation avec les circonstances objectives, la jurisprudence cite notamment l'existence d'un marché équilibré du travail et la durée encore prévisible de l'activité professionnelle. Dans les circonstances subjectives figurent en premier lieu l'ampleur de la capacité résiduelle de travail, ainsi que les autres facteurs personnels, comme l'âge, la situation professionnelle, l'attachement au lieu de domicile, etc.³⁸.
18. Depuis la 5^e révision de la LAI, la loi précise à l'art. 7a seconde phrase que seul le *facteur de la santé* peut permettre de retenir dans un cas concret qu'une mesure n'est pas raisonnablement exigible. La doctrine admet cependant que cette règle est toute relative, est que l'assuré peut toujours s'opposer à une mesure de réadaptation qui n'est pas appropriée, ceci indépendamment de son état de santé³⁹. Doivent également être pris en compte dans l'interprétation de cette disposition les engagements de la Suisse sur le plan international⁴⁰.
19. Bien entendu une sanction à l'encontre de l'assuré en raison de la violation de son devoir de réduire le dommage, telle que prévue par

³⁷ Voir par exemple l'arrêt du TF 9C_661/2016 du 19 avril 2017, consid. 2.3.

³⁸ TF 8C_657/2012 du 21 février 2013, consid. 5.1.

³⁹ VALTERIO (n. 33), N 2 ad art. 7a LAI.

⁴⁰ Voir l'art. 32 ch. 1 lit. f de la Convention OIT n° 128 (RS 0.831.105), qui ne permet une réduction des prestations que lorsque l'assuré néglige « sans raison valable » d'utiliser les services de rééducation qui sont à sa disposition : KIESER (n. 24) ; CR LPGA-DUPONT, art. 21 LPGA N 59.

les art. 21 al. 4 LPGA et 7b al. 1 LAI n'est possible qu'aussi longtemps qu'il existe un lien de causalité entre le comportement reproché à l'assuré et le dommage⁴¹. Les prestations qui auraient dû être de toute façon versées même en cas de comportement irréprochable de l'assuré ne peuvent pas être réduites ou refusées⁴².

B. La situation en responsabilité civile

20. Selon la jurisprudence, les dommages-intérêts peuvent être réduits ou refusés en application de l'art. 44 CO lorsque des faits dont le lésé est responsable ont contribué à créer ou à aggraver le dommage. Tel est notamment le cas lorsque le lésé n'a pas pris toutes les mesures commandées par les circonstances pour réduire son dommage. Il s'agit là selon le Tribunal fédéral d'une incombance qui concerne en réalité *l'évaluation du dommage*, car on ne saurait considérer comme un dommage causé par le responsable ce qui pourrait être évité par des mesures raisonnablement exigibles. Selon l'idée de base de cette disposition, le lésé doit supporter le dommage qu'il a lui-même causé. Il s'agit là d'un principe général du droit de la responsabilité civile. La violation de cette règle a pour conséquence que le dommage doit être indemnisé seulement dans la mesure où il serait également survenu si le lésé avait respecté son incombance. Celui qui, après avoir été atteint dans sa capacité de gain, ne met pas au mieux à contribution sa capacité de travail résiduelle ne peut pas faire supporter par le responsable la perte de revenus qui en découle⁴³.
21. Il résulte de cette jurisprudence que, en cas de violation du devoir de réduire le dommage, le lésé ne bénéficie pas du *droit préférentiel* au sens de l'art. 73 LPGA⁴⁴. Le Tribunal fédéral retient à cet égard qu'il n'y a pas de causalité adéquate entre l'acte illicite et le dommage évitable, respectivement que ce lien est interrompu par la faute grave

⁴¹ TF 8C_70/2014 du 7 avril 2014, consid. 7.

⁴² TF 8C_830/2012 du 13 mars 2013, consid. 2.2 ; 9C_842/2010 du 26 janvier 2011, consid. 2.2.

⁴³ TF 4A_37/2011 du 27 avril 2011, consid. 4.1.

⁴⁴ TF 4A_204/2017 du 29 août 2017, consid. 8.3.2 ; 4C.263/2006 du 17 janvier 2007, consid. 3.2.

du lésé⁴⁵. La question est controversée, plusieurs auteurs estimant que cette violation doit être prise en compte dans le cadre de la fixation de l'indemnité, ce qui permet en soi de faire bénéficier le lésé du droit préférentiel, ou de répartir équitablement entre lui et le responsable la part évitable du préjudice⁴⁶. D'autres encore considèrent que la question relève parfois de la fixation de l'indemnité, parfois de la détermination du dommage⁴⁷. Nous relevons quant à nous que le Tribunal fédéral ne semble lui-même pas très au clair, puisqu'il continue à considérer en la matière que, dans l'application de l'art. 44 al. 1 CO, il appartient au juge de discerner objectivement les divers facteurs à l'origine du dommage, d'après les circonstances, et de pondérer de façon appropriée les responsabilités propres de chaque partie⁴⁸. C'est bien la preuve à notre sens que la porte à une solution équitable et pondérée doit rester ouverte en matière d'obligation de réduire le dommage, à commencer dans les cas où les effets exacts de cette violation sur l'ampleur du dommage sont difficiles à cerner, par exemple lorsque le lésé a tardé à se faire correctement soigner.

22. Cette incombance ne porte que sur les mesures que l'on peut raisonnablement exiger du lésé. On se réfère à cet égard au comportement qu'une personne raisonnable adopterait dans la même situation si elle ne pouvait compter sur une quelconque indemnisation. Les efforts qui peuvent être exigés du lésé se déterminent en fonction de l'ensemble des circonstances, soit en fonction de la personnalité de la victime, de ses capacités et compétences professionnelles, de sa capacité d'adaptation, de son intelligence, ainsi que de son âge et de son niveau de formation⁴⁹. Il apparaît légitime en effet de tenir compte du fait que le lésé est placé, à cause du responsable, dans une situation défavorable, et qu'il n'a peut-être pas toutes les facultés nécessaires pour réduire le

⁴⁵ TF 4C.263/2006 du 17 janvier 2007, consid. 3.2.

⁴⁶ Pour une présentation complète de cette problématique, voir ACHTARI ANNICK : Le devoir du lésé de minimiser son dommage, thèse Fribourg 2008, pp. 177 ss ; FELLMANN/KOTTMAN (n. 25), N 2492 s.

⁴⁷ WERRO (n. 24), N 1335 ; dans le même sens : ACHTARI (n. 46), pp. 202 ss.

⁴⁸ TF 4A_546/2009 du 1^{er} février 2010, consid. 6.2.

⁴⁹ TF 4A_37/2011 du 27 avril 2011, consid. 4.2.

dommage de manière optimale⁵⁰. De façon générale, on ne peut pas exiger de la victime qu'elle prenne des mesures exceptionnelles, qui mettent en danger sa santé ou sa réputation commerciale, qui portent atteinte aux intérêts de tiers ou dont le résultat apparaît douteux⁵¹. Peuvent également servir de critères les droits fondamentaux du lésé, qui déploient ici un effet horizontal indirect, et qui servent à préciser le principe de la bonne foi sur lequel repose le devoir de réduire le dommage⁵². C'est ainsi que l'on ne peut exiger d'une mère ou des parents qu'ils réduisent le dommage découlant de leur obligation d'élever un enfant non désiré en donnant cet enfant à l'adoption ou en procédant à un avortement. Cette dernière exigence constituerait une atteinte inadmissible à la liberté personnelle garantie à l'art. 10 al. 2 Cst.⁵³.

C. Les différences entre les deux régimes indemnitaires

23. A première vue, l'obligation du lésé de réduire son dommage a une définition et une portée comparable en droit des assurances sociales et en responsabilité civile. Dans les deux cas, la victime ne pourra pas prétendre à de pleines prestations, respectivement à une indemnisation intégrale, si elle renonce à des mesures raisonnablement exigibles et susceptibles de limiter par exemple son incapacité de travail ou son taux d'invalidité. Dans les deux cas, également, on tiendra compte de certains paramètres personnels pour évaluer le caractère exigible des mesures refusées, comme l'âge ou la situation professionnelle. Néanmoins, il serait erroné d'en conclure que le juge civil est dans tous les cas tenu de considérer comme raisonnablement exigible la mesure de réadaptation ou le traitement médical considéré comme tel en assurances sociales. En réalité, cette notion n'est pas identique dans les deux domaines du droit⁵⁴. Le droit de la responsabilité civile tend en effet à effacer

⁵⁰ ACHTARI (n. 46), p. 115-116.

⁵¹ WERRO (n. 24), N 1342.

⁵² ACHTARI (n. 46), p. 120.

⁵³ ATF 132 III 367, consid. 4.3.

⁵⁴ SUTER PATRICK, Unklare Beschwerdebilder im Haftpflichtrecht: Ein Lösungsvorschlag, in: Stephan Weber (édit.), Personen-Schaden-Forum 2015,

toute trace financière de l'acte dommageable, alors que les assurances sociales ne visent qu'à couvrir un besoin de base ou limité à un certain montant⁵⁵.

24. De façon générale, le juge civil doit tenir compte du fait que le lésé se voit imposer certaines mesures en raison du fait, générateur de responsabilité imputable à un tiers, et peut donc se montrer moins exigeant envers le lésé que l'on ne l'est en droit des assurances sociales, où l'Etat social doit protéger sa propre capacité de fournir à l'ensemble de la communauté des assurés des prestations minimales⁵⁶. En matière d'obligation de réduire le dommage, on peut à notre sens reprendre par analogie la distinction opérée naguère par le Tribunal fédéral dans le cadre de la première Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions, et plus particulièrement à propos de l'indemnisation du tort moral (art. 12 al. 2 aLAVI). Notre Haute Cour relevait en effet que l'intervention de l'Etat dans le cadre de l'aide aux victimes ne constitue pas une prestation versée par un responsable, mais une aide de la part de la collectivité. C'est là un élément qui pouvait justifier, avant le plafonnement prévu par l'actuel art. 23 al. 2 LAVI, une indemnité LAVI moindre que celle retenue en droit privé⁵⁷. Cette *souplesse accrue* à l'égard du lésé en responsabilité civile nous paraît d'autant plus justifiée dans les cas où la faute du responsable est lourde, même si une différence de traitement par rapport à la solution retenue par les assureurs sociaux est en soi également possible en matière de responsabilité causale, et ceci pour des motifs parfaitement objectifs.
25. En premier lieu, le juge civil devra apprécier de la façon la plus concrète possible quelles sont les possibilités de reconversion professionnelle raisonnablement exigibles en l'espèce. Il ne lui sera donc pas possible de se fonder sur la notion abstraite et théorique

p. 81 ; SCHMID MARKUS, Invaliditätsbemessung im Haftpflichtrecht : Ausgewählte Probleme aus der Sicht des Geschädigtenvertreters, in : Stephan Weber (édit.), Personen-Schaden-Forum 2008, p. 25.

⁵⁵ WEBER (n. 24), pp. 466 ss.

⁵⁶ ACHTARI (n. 46), p. 280.

⁵⁷ ATF 132 II 117, consid. 2.2.4, y compris les références.

de *marché équilibré du travail*⁵⁸ telle que développée par la jurisprudence en droit des assurances sociales⁵⁹. Cela implique selon nous qu'il devra s'écarter du revenu d'invalidité retenu par l'assureur social s'il apparaît par exemple que les postes à temps partiel n'existent pour ainsi dire pas dans la branche considérée, ou si le lésé vit dans une région essentiellement rurale, où les postes simples et répétitifs propres à certaines branches de l'industrie ne sont pas disponibles. En d'autres termes, le droit de la responsabilité civile ne s'accommode guère des calculs schématiques et des évaluations approximatives ; c'est la raison pour laquelle le juge civil devra réexaminer le taux d'invalidité retenu en assurances sociales à chaque fois qu'il aura été calculé sur la base d'un revenu d'invalidité abstrait déterminé selon les tableaux de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS). En effet, la jurisprudence applique ces tableaux dans leurs valeurs nationales, sans tenir compte du fait que les salaires varient fortement d'une région à une autre⁶⁰. Cela a pour conséquence de surévaluer le salaire d'invalidité, et donc de sous-évaluer le taux d'invalidité, pour les assurés résidant dans des régions où les salaires sont en dessous de la moyenne suisse. Une telle discrimination, déjà fortement contestable en assurances sociales, n'est certainement pas envisageable en responsabilité civile. Ainsi, le revenu raisonnablement exigible du lésé, s'il doit être établi sur la base de valeurs statistiques, devra l'être en se référant aux chiffres qui correspondent le mieux à sa situation concrète, et notamment à son lieu de domicile, à la situation conjoncturelle de l'endroit, ainsi qu'à la branche économique dans laquelle une reconversion est réellement envisageable.

26. Le droit de la responsabilité civile contient également la règle particulière selon laquelle il n'est pas tenu compte d'une *capacité de gain résiduelle trop faible*. Il s'agit précisément de tenir compte des cas

⁵⁸ Pour une présentation récente de cette notion, voir DEECKE RAINER/KURMANN ULRICH, Gedanken zum haftpflichtrechtlichen Invalideneinkommen, REAS 2018, p. 380.

⁵⁹ TF 4C.263/2006 du 17 janvier 2007, consid. 4.1. Dans le même sens : ACHTARI (n. 46), p. 285 ; FELLMANN/KOTTMANN (n. 25), N 2506 ; DEECKE/KURMANN (n. 58), p. 383.

⁶⁰ TF 9C_843/2015 du 7 avril 2016, consid. 5.4.

où la capacité de gain est tellement réduite en raison de l'accident que le lésé n'a plus véritablement de chances concrètes de trouver un emploi à un taux si bas⁶¹. Cela signifie qu'en pratique, un taux d'invalidité, par exemple, de 80 % en assurances sociales impliquera pour le même lésé une invalidité totale en responsabilité civile.

27. Alors que le droit des assurances sociales présume depuis la 5^e révision de l'assurance-invalidité qu'une mesure de réinsertion proposée par l'administration est par principe exigible (art. 7a LAI), c'est bien sur le responsable que repose en droit privé le *fardeau de la preuve* que le lésé n'a pas respecté son devoir de réduire le dommage, ou plus précisément tous les éléments de fait qui permettront au juge d'arriver à cette conclusion, puisqu'il s'agit là d'éléments de nature à limiter les droits du lésé⁶². Ainsi, s'il ne peut être établi que le traitement médical refusé par le lésé était sans danger et doté de bonnes chances de succès, ou s'il n'est pas à tout le moins prouvé selon un degré de vraisemblance prépondérante que la mesure de réinsertion proposée à la victime était raisonnablement exigible, le doute devra profiter au lésé, même s'il a par hypothèse été sanctionné par les assureurs sociaux.
28. Une autre divergence entre les deux domaines du droit considérés concerne *l'obligation d'un tiers* de réduire le dommage. Cette question est particulièrement importante en pratique en relation avec le préjudice ménager, et la question de savoir si l'on peut exiger des proches de la victime qu'ils contribuent à réduire ce poste du dommage. Tel est bien le cas en assurances sociales, et la jurisprudence retient dans ce domaine que le devoir de l'assuré de réduire son dommage implique aussi l'obligation de demander de l'aide à son entourage dans une mesure convenable, mais au-delà du soutien qu'il est d'usage d'attendre d'un membre de la famille sans atteinte à la santé⁶³. Une telle façon de faire n'est pas envisageable en responsabilité civile, et il est très largement admis que l'on

⁶¹ ATF 144 V 166, consid. 4.3.5 ; 117 II 609, consid. 9.

⁶² Art. 8 CC ; ATF 132 III 186, consid. 8.3 ; TF 5A_45/2009 du 29 juin 2009, consid. 3.2.2 ; FELLMANN/KOTTMANN (n. 25), N 2534 ; BSK-KESSLER, art. 44 CO N 13a.

⁶³ ATF 133 V 504, consid. 4.2.

n'attend pas du lésé qui ne peut plus accomplir ses tâches domestiques comme avant qu'il réclame un engagement accru à ses proches⁶⁴. Est réservée en revanche par certains auteurs une réorganisation des tâches au sein de la famille, afin d'utiliser de façon optimale les capacités résiduelles de la victime⁶⁵. Très concrètement, comme les offices AI tiennent systématiquement compte dans le cadre des enquêtes mises en œuvre en application de l'art. 69 al. 2 RAI de l'aide exigible de la part des proches, le taux d'incapacité ménagère qui en découle n'est en principe pas utilisable en responsabilité civile.

IV. La reprise en RC des expertises mises en œuvre par les assureurs sociaux

A. La notion d'expertise externe

29. En matière de dommage corporel, compte tenu notamment du fait que les prestations des assurances sociales sont imputées sur les prétentions civiles du lésé (art. 72 al. 1 LPGA), le règlement de ces dernières intervient en règle générale en fin de processus, alors que, dans le cadre de l'assurance-invalidité et de l'assurance-accidents obligatoire, un certain nombre de décisions ont déjà été prises sur des points susceptibles de jouer un rôle important en droit privé, comme le taux d'incapacité de travail de la victime, la définition de l'activité professionnelle adaptée ou la causalité entre l'accident et l'atteinte à la santé. Les décisions en question reposent souvent sur des expertises médicales mises en œuvre par les assureurs sociaux en application de l'art. 44 LPGA. Ce type d'expertise est soumis à plusieurs règles formelles prévues par la loi sociale et la jurisprudence, laquelle a également posé toute une série de critères quant à la valeur probante des rapports d'expertise médicale. La question qui se pose à ce stade est de savoir dans quelle mesure ces

⁶⁴ Cette façon de voir découle directement de la nature normative du dommage ménager ; voir p. ex. ATF 132 III 321, consid. 3.1. Dans le même sens : FELLMANN/KOTTMANN (n. 25), N 2524 ; ZK-LANDOLT, art. 46 CO N 1193 ss ; ACHTARI (n. 46), p. 309.

⁶⁵ Voir notamment FELLMANN/KOTTMANN (n. 25), N 2523, qui se réfèrent cependant à une jurisprudence rendue en application de la LAVI.

expertises de droit social peuvent valoir moyen de preuve en procédure civile, dans le cadre du procès dirigé contre le responsable, et à quelles conditions les parties au litige responsabilité civile peuvent obtenir du juge qu'il ordonne la mise en œuvre d'une nouvelle expertise, portant par hypothèse sur les mêmes questions, ou qu'il s'écarte des conclusions des experts sociaux.

30. Depuis la fin de l'année 2013, le Tribunal fédéral reconnaît au juge civil la faculté de considérer comme expertise judiciaire au sens des art. 183 ss CPC le rapport d'expertise mis en œuvre par une autre autorité et recueilli dans le cadre d'une autre procédure, comme une expertise technique en matière de circulation dans le cadre d'une procédure pénale ou une expertise médicale en assurances sociales. Le caractère probant d'une telle *expertise externe* (Fremdgutachten) n'est pas remis en cause par le droit d'être entendu des parties, qui reste garanti, ce qui implique la possibilité de se déterminer sur le contenu de ces expertises (art. 187 al. 4 CPC), celle de se prononcer ultérieurement sur la personne de l'expert (art. 183 al. 2 CPC) et de poser des questions complémentaires (art. 185 al. 2 CPC)⁶⁶. En d'autres termes, l'utilisation de telles expertises en procédure civile n'est possible que dans la mesure où un processus adéquat est mis en œuvre dans le cadre de la procédure civile pour garantir le droit d'être entendu⁶⁷. Comme ces expertises externes ont la même force probante que celles mises en œuvre par le juge civil lui-même, le principe de la libre appréciation des preuves formulé à l'art. 157 CPC leur est bien sûr également applicable, et une nouvelle expertise peut être ordonnée sur les mêmes questions si les constatations et conclusions de l'expert ne résistent pas à un examen critique⁶⁸.

⁶⁶ ATF 140 III 24, consid. 3.3.1.3.

⁶⁷ TF 4A_707/2016 du 29 mai 2017, consid. 4.2.2 ; 4A_9/2018 du 31 octobre 2018, consid. 5.2.1.

⁶⁸ Le TF se rallie dans cet arrêt 140 III 24 essentiellement à l'avis d'ALFRED BÜHLER, *Beweismass und Beweismässigkeit bei Gerichtsgutachten*, in : Walter Fellmann/Stephan Weber (édit.), *Der Haftpflichtprozess, Tücken der gerichtlichen Schadenerledigung*, 2006, p. 81-82.

31. La majorité de la doctrine a pris acte de cette pratique sans émettre d'objection⁶⁹. Certains auteurs précisent par contre que la reprise d'une expertise externe n'est possible que si elle concerne les mêmes faits et que s'applique le même degré de preuve⁷⁰. Les parties doivent par ailleurs avoir la faculté, dans le procès civil, de requérir après coup la récusation de l'expert⁷¹. Si le premier expert n'est plus disponible pour répondre à d'éventuelles questions complémentaires, le rapport externe initial ne peut pas être retenu en procédure civile et une nouvelle expertise devra être mise en œuvre, le nouvel expert étant libre de se fonder ou non sur le précédent rapport⁷².
32. Cette jurisprudence sur les expertises externes ne peut concerner, en relation avec une précédente procédure d'assurance sociale, que les expertises qui ont été mises en œuvre par l'assureur ou le juge en application de l'art. 44 LPGA, par opposition aux rapports émanant des médecins qui dépendent directement de l'assureur, que ce soit en qualité de médecin d'arrondissement de la Suva⁷³, de membre d'un Service médical régional de l'AI (SMR, art. 59 al. 2 LAI et 47 RAI)⁷⁴ ou de médecin-conseil d'un assureur privé exerçant l'assurance-accidents obligatoire⁷⁵. En effet, ces *rapports internes* à l'institution d'assurance n'ont pas été mis en œuvre selon la même procédure, et émanent de médecins choisis unilatéralement par l'assureur. Comme ils ne présentent pas les mêmes garanties de procédure qu'une véritable expertise, le juge civil ne peut les

⁶⁹ CR CPC-SCHWEIZER, art. 187 CPC N 14a ; BSK-DOLGE, art. 183 CPC N 19 ; WEIBEL THOMAS, in : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, 3^e éd., art. 183 CPC N 7.

⁷⁰ LEU CHRISTIAN, DIKE-Komm-ZPO, art. 157 N 36. Dans le même sens : HARTMANN STEPHAN, *Arztzeugnisse und medizinische Gutachten im Zivilprozess*, PJA 11/2018, p. 1342.

⁷¹ MÜLLER HEINRICH ANDREAS, DIKE-Komm-ZPO, art. 183 N 27.

⁷² MÜLLER HEINRICH ANDREAS, DIKE-Komm-ZPO, art. 187 N 23.

⁷³ TF 4A_9/2018 du 31 octobre 2018, consid. 5.4.2.

⁷⁴ HARTMANN STEPHAN (n. 70), p. 1342.

⁷⁵ Sur la notion de rapports médicaux internes, voir par exemple : WEISS MARCO : *Beweiswürdigung medizinischer Gutachten im Sozialversicherungsrecht – kritische Anmerkungen*, REAS 2016, p. 418.

assimiler à un moyen de preuve au sens de l'art. 183 CPC⁷⁶. Ils n'ont d'ailleurs en procédure administrative pas la même force probante que les expertises au sens de l'art. 44 LPGA ou que celles ordonnées par un tribunal⁷⁷. Même s'ils n'émanent pas à proprement parler d'une partie à la procédure civile, les rapports médicaux internes des assurances sociales peuvent au mieux à notre sens être assimilés à des expertises privées lorsque l'une des parties au procès s'en prévaut.

33. Selon le Tribunal fédéral, une *expertise privée* n'est pas un moyen de preuve au sens de l'art. 168 al. 1 CPC, et notamment pas un titre au sens de l'art. 177 CPC, et doit être assimilée aux allégués de la partie qui la produit⁷⁸. Cette approche relativement rigoureuse dans son principe est néanmoins relativisée par notre Haute Cour, qui exige de la partie adverse qu'elle conteste avec précision les allégations découlant d'une telle expertise, de façon à ce que la partie qui a allégué les faits sache quels sont ceux d'entre eux qu'il lui incombe de prouver. Plus détaillées sont certaines allégations de la partie qui a le fardeau de la preuve, plus concrètement la partie adverse doit expliquer quels sont au sein de celles-ci les éléments de fait qu'elle conteste, sans pour autant que le fardeau de la preuve ne s'en trouve renversé⁷⁹. Dans la pratique, cette jurisprudence revient finalement à donner un poids relativement important aux expertises privées et, selon nous, aux rapports médicaux internes des assurances sociales. En effet, le Tribunal fédéral est passablement exigeant envers les plaideurs qui entendent contester une expertise privée détaillée, qui ne peuvent se contenter d'une contestation globale. Il retiendra donc le cas échéant les faits découlant d'une telle expertise s'ils ne sont pas contestés point par point, motivation à l'appui, par la partie adverse, à condition néanmoins que leur véracité soit appuyée par des indices objectifs⁸⁰. Nous ne sommes ainsi plus très loin d'une obligation pour la partie concernée de motiver sa contestation des

⁷⁶ Voir dans le même sens l'arrêt du TF 4A_9/2018 du 31 octobre 2018, consid. 5.4.3 ; HARTMANN STEPHAN (n. 70), p. 1342.

⁷⁷ Voir par exemple l'arrêt du TF 8C_474/2016 du 23 janvier 2017, consid. 2.4.

⁷⁸ ATF 141 III 433, consid. 2.5.3 et 2.6.

⁷⁹ ATF 141 III 433, consid. 2.6.

⁸⁰ TF 4A_318/2016 du 3 août 2016, consid. 3.2.

allégués de son adversaire, alors même qu'un tel devoir n'est pas prévu par l'art. 222 al. 2 CPC⁸¹. Le juge peut par ailleurs, selon les cas, refuser à la partie qui conteste les conclusions de l'expertise privée le droit à la mise en œuvre d'une expertise judiciaire, s'il respecte à cet égard les règles habituelles relatives à l'appréciation anticipée des preuves⁸².

34. En résumé, seules les expertises au sens strict du terme, mises en œuvre dans le cadre des assurances sociales peuvent à certaines conditions valoir moyen de preuve dans le procès en responsabilité civile que le lésé intentera par la suite contre le responsable. Par contre, le poids matériel des rapports médicaux internes des assureurs sociaux n'est pas à négliger, et le lésé devra la plupart du temps recourir à *sa propre expertise privée* pour en contester en détail les conclusions. Cette pratique peut s'avérer problématique en relation avec le droit d'accès à la justice, garanti notamment par l'art. 6 par. 1 CEDH, l'art. 29 al. 3 Cst. et l'art. 117 CPC⁸³. En effet, en exigeant du lésé sans ressources suffisantes qu'il conteste en détail une expertise privée par la voie d'une nouvelle expertise privée plutôt que par celle d'une expertise au sens de l'art. 183 CPC, qui serait par hypothèse prise en charge par l'assistance judiciaire, on met concrètement le demandeur dans l'impossibilité de s'opposer aux conclusions d'un expert qu'il n'a pas pu choisir lui-même et à qui il n'a pu poser aucune question. Le juge civil devra impérativement tenir compte de cette circonstance lorsqu'il devra examiner si les conclusions de l'expertise privée sont contestées suffisamment en détail et surtout lorsqu'il devra statuer sur la requête de mise en œuvre d'une nouvelle expertise, judiciaire cette fois.

⁸¹ HARTMANN STEPHAN (n. 70), p. 1344.

⁸² TF 4A_318/2016 du 3 août 2016, consid. 4.2.

⁸³ Sur le droit constitutionnel à l'assistance judiciaire, voir CR CPC-TAPPY, art. 117 CPC N 3.

B. La désignation de l'expert social

35. La question de la véritable indépendance des experts qui sont régulièrement mandatés par les assurances sociales fait l'objet d'un vaste débat, qui n'a selon nous que partiellement été clos en 2011 par un important arrêt de principe qui a posé plusieurs règles nouvelles en matière de mise en œuvre des expertises médicales⁸⁴. Ainsi, sur l'impulsion de cette jurisprudence, les expertises pluridisciplinaires sont désormais attribuées sur une base aléatoire à un centre d'expertises pluridisciplinaires lié conventionnellement à l'OFAS, conformément au nouvel art. 72^{bis} RAI, entré en vigueur le 1^{er} mars 2012. On relèvera encore que l'attribution aléatoire des expertises ne s'applique pas aux expertises mono- et bidisciplinaires⁸⁵. Dans ce contexte, la jurisprudence continue à considérer que le volume des mandats et des honoraires ne constitue pas en soi une dépendance économique des experts mandatés par les offices AI qui justifierait leur récusation⁸⁶. S'agissant des centres d'expertises, le Tribunal fédéral relève qu'une demande de récusation n'est possible qu'à l'encontre d'une personne précise et non pas d'une institution ou d'une autorité⁸⁷. Cette approche restrictive du critère de dépendance économique dans le cadre d'une requête de récusation vaut également selon notre Haute Cour pour les expertises mises en œuvre par les tribunaux⁸⁸. Néanmoins, le Tribunal fédéral reconnaît qu'une désignation disproportionnée en qualité d'experts de certains spécialistes menace l'acceptation des rapports d'expertises par les

⁸⁴ ATF 137 V 210. On se permet de renvoyer également à nos précédentes réflexions à ce sujet : GUYAZ ALEXANDRE, *Le rôle de l'expert médical du point de vue de l'avocat*, in : Christine Chappuis et Bénédicte Winiger (édit.), *La preuve en droit de la responsabilité civile*, Genève 2011, p. 130, y. c. les références.

⁸⁵ CR LPGA-PIGUET, art. 44 LPGA N 7.

⁸⁶ ATF 137 V 210, consid. 1.3.3 ; TF 8C_354/2016 du 25 octobre 2016, consid. 5.2 ; 8C_740/2015 du 11 février 2016, consid. 4.2 ; 8C_624/2015 du 25 janvier 2016, consid. 3.2.1.

⁸⁷ ATF 137 V 210, consid. 1.3.3.

⁸⁸ TF 8C_467/2014 du 29 mai 2015, consid. 4.

intéressés, et il invite les assureurs sociaux à répartir de la façon la plus équilibrée possible les mandats d'expertises⁸⁹.

36. Considérant manifestement que la jurisprudence relative à la récusation des experts médicaux développée en assurances sociales vaut nécessairement en procédure civile, le Tribunal fédéral a récemment retenu dans une affaire de responsabilité civile que le lésé n'est pas en droit de récuser un expert en raison du fait qu'il assumerait fréquemment des missions d'expertise dans des causes où la compagnie d'assurances défenderesse est impliquée. Il en découle que le juge peut, selon cet arrêt, refuser d'entrer en matière sur la requête visant à élucider la fréquence et l'importance des affaires où l'expert pressenti et la défenderesse sont l'un et l'autre impliqués. Notre Haute Cour rappelle ainsi que selon la jurisprudence concernant l'assurance-invalidité fédérale, ni le nombre des missions d'expert attribuées à un praticien, ni l'importance des honoraires correspondants n'induisent une dépendance économique de ce praticien envers l'office AI, propre à justifier la suspicion de partialité et à motiver une demande de récusation. Les informations sur le nombre et sur l'importance des missions attribuées à l'expert seraient donc dépourvues de pertinence à cet égard, de sorte que le juge de la récusation peut s'abstenir de recueillir ces informations, sans violer, par là, le droit d'être entendu de la partie requérante. Sans la moindre motivation à ce sujet, le Tribunal fédéral conclut en précisant que cette approche est transposable à d'autres branches d'assurance et à d'autres assureurs⁹⁰.
37. Cet arrêt soulève ainsi la question délicate de savoir si les *critères de récusation* des experts doivent être nécessairement interprétés de la même façon en droit des assurances sociales et en procédure civile. Tel n'est pas le cas à notre avis, et il appartient au juge civil d'examiner selon les critères procéduraux habituels la force probante en droit privé d'une expertise mise en œuvre par un assureur social, que ce soit sous l'angle de la récusation a posteriori de l'expert social, cas échéant après une instruction idoine, ou dans le cadre de la libre appréciation des preuves, par exemple en

⁸⁹ TF 9C_793/2015 du 19 août 2016, consid. 4.2.

⁹⁰ TF 4A_278/2018 du 5 novembre 2018, consid. 6.

confrontant les conclusions de l'expertise sociale à celle d'une nouvelle expertise qu'il mettra lui-même en œuvre.

38. Conformément à l'art. 183 al. 2 CPC, les motifs de récusation des magistrats et des fonctionnaires judiciaires sont applicables aux experts mis en œuvre par le juge civil. Néanmoins, comme l'expert judiciaire n'est pas une autorité ou un magistrat, sa récusation s'examine au regard non pas de l'art. 30 al. 1 Cst., mais de l'art. 29 al. 1 Cst., qui prévoit que toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. Cette disposition constitutionnelle a la même portée que l'art. 6 par. 1 CEDH. Ces règles permettent aux parties d'exiger la récusation d'un expert dont la situation ou le comportement sont de nature à faire naître un doute sur son impartialité. Ces garanties tendent notamment à éviter que des circonstances extérieures à la cause ne puissent influencer le jugement en faveur ou au détriment d'une partie. Elles n'imposent pas la récusation seulement lorsqu'une prévention effective est établie, car une disposition interne de l'expert ne peut guère être prouvée. Les impressions individuelles d'une des parties au procès ne sont pas décisives. Il faut que, selon une appréciation objective, les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle⁹¹.
39. Selon la jurisprudence, tout type de relation entre l'expert et l'une des parties n'est pas propre à fonder un soupçon de prévention. Un tel soupçon ne peut ainsi pas être retenu du seul fait par exemple que l'expert travaille dans le même institut qu'un collègue dont il s'agit précisément d'apprécier l'opinion. Dans le cas contraire il ne serait dans beaucoup de cas plus possible de trouver un expert adéquat⁹². En réalité, l'apparence de prévention doit être admise uniquement lorsqu'il y a un rapport de dépendance économique, et par là une *proximité particulière* entre expert et partie qui soit toujours d'actualité⁹³. Dans un arrêt d'octobre 1999, le Tribunal fédéral a fait

⁹¹ TF 4A_352/2017 du 31 janvier 2018, consid. 4.1, y compris les références.

⁹² ATF 125 II 541, consid. 4b.

⁹³ BK-RÜETSCHI, art. 183 CPC N 31 ; BSK-DOLGE, art. 183 N 23 ; WEIBEL THOMAS, in : Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, 3^e éd.,

preuve d'une grande rigueur en matière de garantie d'un tribunal indépendant et a considéré qu'il y avait bien apparence de prévention dans le cas d'un expert économique désigné par un tribunal dans une affaire dirigée contre la Ville de Zurich par une association professionnelle dont les membres, essentiellement féminins, considéraient que leur niveau de rémunération était discriminatoire en comparaison avec d'autres professions au sein de l'administration communale. L'expert en cause fonctionnait depuis quelques années en qualité d'expert privé, et avait été mandaté à trois reprises par un syndicat dans le cadre notamment d'une affaire semblable, mais concernant un autre groupe professionnel qui attaquait en justice non pas la Ville mais le Canton de Zurich. Le Tribunal fédéral a certes considéré que le fait pour un expert d'avoir déjà travaillé pour une grande organisation ou une importante collectivité publique n'impliquait pas nécessairement un risque de partialité lorsque les anciens mandats concernaient des questions différentes posées par un autre service de l'institution en cause, mais que le danger de prévention de l'expert devait être admis au moins dans les cas où cette précédente activité portait sur la même question ou sur une question semblable, et de surcroît très peu de temps auparavant⁹⁴.

40. Si l'on met en parallèle la position du Tribunal fédéral en matière d'expertises médicales, position exprimée récemment dans l'arrêt non publié 4A_278/2018 du 5 novembre 2018, et sa jurisprudence générale en cas de relations économiques entre l'expert et une partie (ATF 125 II 541), force est de constater qu'il existe une flagrante différence de traitement entre l'expert médical et tout autre spécialiste. En effet, en reprenant sans la moindre réserve en procédure civile la jurisprudence développée en assurances sociales à propos des expertises médicales, le Tribunal fédéral institue de facto une *présomption irréfragable d'impartialité* en faveur de l'ensemble des médecins, qui constitue à nos yeux une violation crasse de

art. 183 CPC N 26. Dans le même sens : SCHMID MARKUS, Das sozialversicherungsrechtliche Beweismittel im Haftpflichtprozess, in : Gabriela Riemer-Kafka (édit.), Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, Zurich 2013, p. 139 ss, p. 147. Cette approche de la doctrine semble avoir été reprise par l'arrêt du TF 5A_81/2010 du 29 avril 2010, consid. 5.2.

⁹⁴ ATF 125 II 541, consid. 4c.

l'art. 29 al. 1 Cst. et de l'art. 6 par. 1 CEDH. Par la même occasion, on offre à certains acteurs économiques, à savoir les assureurs actifs dans toutes les branches d'assurances, un privilège procédural manifestement contraire au principe central de l'égalité des parties garanti selon le Tribunal fédéral lui-même à l'art. 29 al. 1 Cst. Ce principe est au demeurant pleinement applicable en procédure civile et doit permettre à chaque partie d'avoir l'occasion d'offrir les preuves adéquates à l'appui de ses allégations, à des conditions qui ne soient pas fondamentalement plus difficiles que celles applicables à la partie adverse⁹⁵. En effet, on imagine mal un juge civil, par exemple dans le domaine de la construction, nommer en qualité d'expert un architecte ou un ingénieur qui aurait dans les mois ou les années précédentes travaillé régulièrement pour l'une des parties. A tout le moins autoriserait-il sans la moindre hésitation la partie adverse à amener la preuve d'une telle relation ou dépendance économique. Il n'est pas concevable d'exclure de façon absolue la dépendance économique des motifs de récusation en matière médicale, tout en continuant d'en tenir compte dans les autres domaines.

41. De plus, si l'on considère le principe de l'égalité de traitement entre l'assureur (respectivement le défendeur dont il assure la responsabilité civile) et le lésé, la jurisprudence précitée n'est sans doute guère cohérente avec la pratique jurisprudentielle consistant à accorder une force probante moindre au rapport médical émanant du médecin traitant, au motif que ce dernier entretiendrait une relation de confiance particulière avec son patient⁹⁶. Si on doit admettre comme un fait découlant de l'expérience générale qu'un médecin traitant se prononcera en cas de doute plutôt en faveur de son patient, il est nécessaire d'admettre aussi que l'expert régulièrement mandaté par un assureur, et qui compte bien l'être encore à l'avenir, penchera dans les cas difficiles davantage en faveur de ce dernier.
42. Dans le cadre des assurances sociales, et plus particulièrement de l'assurance-invalidité, on peut comprendre que le Tribunal fédéral soit soucieux de maintenir la praticabilité du système, qui pourrait

⁹⁵ ATF 133 I 1, consid. 5.3.1.

⁹⁶ TF 4A_571/2016 du 23 mars 2017, consid. 4.2.

bien se retrouver fortement compromise si un office AI n'était pas autorisé à mandater plus d'une fois le même expert. Notre Haute Cour cherche donc dans ce domaine à trouver un certain équilibre, notamment en introduisant les garanties procédurales établies à l'ATF 137 V 210. Il n'est pas acceptable cependant de priver de façon absolue en procédure civile le plaideur de son droit de remettre en cause l'impartialité de l'expert désigné par l'assureur social. Certes, comme la jurisprudence a d'ailleurs eu l'occasion de le préciser⁹⁷, le juge civil doit pouvoir encore être en mesure de trouver un expert, mais les spécialistes de la médecine ne sont pas à ce point rares dans notre pays qu'il soit concrètement impossible de trouver un expert qui ne fonctionne pas régulièrement pour les compagnies d'assurances, quelles qu'elles soient. Notamment pour les expertises monodisciplinaires, les hôpitaux universitaires disposent dans presque tous les cas de praticiens expérimentés parfaitement capables de répondre aux questions médicales que soulève un procès en responsabilité civile pour dommage corporel.

43. Tout est question de proportionnalité, et le lésé doit conserver la faculté d'apporter la preuve que, dans le cas concret, les relations professionnelles de l'expert avec la partie adverse ou son assureur sont à ce point étroites que l'indépendance de l'expert n'est plus garantie⁹⁸. Ceci sera d'autant plus vrai si l'assureur privé, comme cela arrive régulièrement, intervient à deux titres distincts dans le même dossier, par exemple comme assureur LAA et comme assureur-accidents complémentaire. En pareil cas, l'expertise mise en œuvre par l'assureur social devient une expertise organisée par le défendeur lui-même si le lésé ouvre action dans le cadre de l'assurance complémentaire. En tous les cas, le réexamen en procédure civile de l'indépendance de l'expert social concerne des droits suffisamment importants des parties pour l'emporter à nos yeux sur des considérations pratiques liées à la recherche d'un expert ou au temps que prendra la mise en œuvre d'une nouvelle expertise.
44. A tout le moins, les relations d'affaires entre l'expert social et les assureurs de la place devront être prises en compte lorsqu'il s'agira pour le juge de se prononcer sur la force probante de l'expertise en

⁹⁷ ATF 125 II 541, consid. 4b.

⁹⁸ Dans le même sens : SCHMID MARKUS (n. 93), p. 150.

question, faute de vider de sa portée le principe de la libre appréciation des preuves garanti à l'art. 157 CPC.

C. Le contenu de l'expertise sociale

45. Indépendamment de la façon dont l'expertise médicale a été mise en œuvre par l'assureur social, ou des liens que peut entretenir l'expert avec les différentes compagnies d'assurances présentes sur le marché, le juge civil devra faire preuve de la plus grande retenue avant de reprendre les conclusions d'une telle expertise externe également en raison du contenu de celle-ci, sachant que l'expert social est de plus en plus souvent amené à prendre position sur la base de critères juridico-médicaux qui ne sont pas applicables en droit de la responsabilité civile.
46. Ainsi, par exemple, le Tribunal fédéral a posé jusqu'en juin 2015 une présomption du caractère surmontable de la douleur en matière d'atteinte non objectivable⁹⁹, qui représentait à n'en pas douter une approche normative de la notion d'incapacité de travail. Cette jurisprudence a certes été abandonnée en juin 2015 au profit d'un nouveau schéma d'évaluation fondé sur un catalogue d'indicateurs standard¹⁰⁰. Notre Haute Cour persiste néanmoins à considérer qu'il n'existe en général aucune atteinte à la santé assurée lorsque la limitation de la capacité d'exécuter une tâche repose sur une exagération ou une manifestation analogue, comme en cas de discordance manifeste entre les douleurs décrites et le comportement observé ou l'anamnèse¹⁰¹. Cette évaluation par catalogue d'indicateurs standard (grille d'évaluation normative et structurée) est désormais applicable à toutes les atteintes psychiques¹⁰². Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a précisé que la capacité de travail n'est en principe pas directement liée au

⁹⁹ Jurisprudence surnommée *Überwindbarkeitspraxis*, inaugurée par l'ATF 130 V 352, et confirmée par plusieurs arrêts subséquents. Pour une brève présentation en français de cette jurisprudence, voir KAHIL BETTINA, Atteintes non objectivables à la santé, JdT 2011 I 19 ; CR LPGA-MOSER-SZELESS, art. 8 LPGA N 15.

¹⁰⁰ ATF 141 V 281, consid. 4.

¹⁰¹ ATF 141 V 281, consid. 2.2.1.

¹⁰² ATF 143 V 418.

diagnostic posé dans un cas particulier. Il fonde cette règle sur le fait que la notion bio-psycho-sociale de la maladie telle que généralement appliquée dans la médecine moderne n'est pas juridiquement pertinente pour évaluer l'incapacité de travail au sens de l'art. 6 LPGA. Ainsi, tant les experts médicaux que les organes de l'assurance sociale doivent se référer à ces critères normatifs pour évaluer quelles tâches l'assuré peut encore accomplir¹⁰³. La jurisprudence considère enfin que si l'expertise médicale respecte ces critères objectifs d'évaluation quant à l'impact de la maladie sur la capacité de travail et la détermination du caractère raisonnablement exigible d'une activité, il convient alors de lui reconnaître une pleine valeur probante et un examen juridique parallèle de l'invalidité n'a pas lieu d'être¹⁰⁴.

47. Ainsi, malgré le correctif important apporté par l'ATF 141 V 281, l'incapacité de travail continue en assurances sociales à être déterminée sur la base de *critères normatifs*, c'est-à-dire posés par la jurisprudence, qui s'écartent volontairement de ceux généralement appliqués par les médecins¹⁰⁵. L'expert médical qui entend respecter cette jurisprudence va donc s'affranchir des critères et références de la médecine classique pour se fondre dans un moule médico-juridique propre au droit des assurances sociales. En clair, on peut parfaitement imaginer qu'un assuré ne remplisse pas les critères jurisprudentiels pour être reconnu comme invalide au sens des art. 7 et 8 LPGA, alors qu'il est effectivement considéré comme incapable de travailler selon les critères habituels de la médecine.
48. Même s'il n'a pas formellement tranché la question, le Tribunal fédéral semble admettre que la notion d'exigibilité posée par l'art. 7 al. 2 LPGA n'est pas directement transposable en responsabilité civile, où une expertise est en principe précisément mise en œuvre afin de permettre au juge de se fonder directement sur l'état actuel de la science empirique médicale¹⁰⁶. Il convient d'abonder dans ce

¹⁰³ ATF 143 V 418, consid. 6. Voir aussi l'ATF 144 V 50, consid. 4.3.

¹⁰⁴ TF 8C_260/2017 du 1^{er} décembre 2017, consid. 4.2.5 ; ATF 144 V 50, consid. 4.3.

¹⁰⁵ TF 4A_707/2016 du 29 mai 2017, consid. 1.2.1 et 1.2.2.

¹⁰⁶ TF 4A_707/2016 du 29 mai 2017, consid. 1.2.2.

sens, sachant que les objectifs d'économie du législateur social¹⁰⁷ ne sauraient justifier une quelconque restriction de l'ampleur du dommage indemnisable en responsabilité civile¹⁰⁸. Ainsi, le juge civil devra s'écarter des conclusions de l'expert social s'il apparaît que celles-ci s'écartent des critères généralement retenus par la science médicale.

49. A cela s'ajoute le fait que, en application du principe rappelé par l'art. 7 al. 2 LPGA, seules les *conséquences de l'atteinte à la santé* sont prises en compte en assurances sociales pour juger de l'existence d'une incapacité de gain, à l'exclusion de tout autre facteur tel que l'âge, l'absence de formation, des difficultés linguistiques ou un défaut d'intégration culturelle¹⁰⁹. En pratique, il n'est pas rare que les experts désignés par les assurances sociales, qui bénéficient en principe d'une bonne connaissance de la réglementation en la matière, écartent spontanément de leur réflexion ces facteurs non médicaux, pour admettre une certaine capacité de travail, alors même que les facteurs en question, s'ils étaient pris en compte dans une évaluation globale intégrant tous les paramètres du cas d'espèce, devraient amener le juge à admettre une capacité de travail sensiblement moindre. En responsabilité civile, il n'est pas contesté qu'une causalité naturelle partielle entre le fait dommageable et le préjudice suffit à fonder la réparation de ce dernier¹¹⁰. Cela signifie que de tels rapports d'expertise, qui reviennent de facto à n'admettre une incapacité de travail qu'en cas de causalité exclusive, ne peuvent être pris en considération par le juge civil¹¹¹.
50. En résumé, même si l'on devait se rallier sur le principe à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux expertises médicales ordonnées dans le cadre des assurances sociales, une reprise en

¹⁰⁷ Selon le Message du Conseil fédéral concernant la 5^e révision de l'AI, l'art. 7 LPGA ne donne pas une définition universelle de l'incapacité de gain, mais se réfère exclusivement à l'incapacité de gain qui est déterminante en vue de l'octroi d'une rente ; FF 2005 4283.

¹⁰⁸ Dans le même sens : SCHMID MARKUS (n. 93), p. 151 ; DEECKE/KURMAN (n. 58), p. 387 ; GÄCHTER THOMAS, Falsche Frage – falsche Antwort, REAS 2013, p. 279.

¹⁰⁹ CR LPGA-MOSER-SZELESS, art. 7 LPGA N 29.

¹¹⁰ Voir plus haut, N 4.

¹¹¹ Dans le même sens : DEECKE/KURMAN (n. 58), p. 388.

procédure civile de telles expertises externes n'est possible qu'avec la plus grande retenue. Le juge civil devra ainsi examiner librement, s'il en est requis, les éventuels motifs de récusation soulevés par une partie à l'encontre de l'expert social, et ne pourra se rallier à ses conclusions que si elles se fondent sur des principes reconnus en responsabilité civile, ce qui n'est souvent pas le cas, notamment en matière de troubles psychiatriques ou de lésions non objectivables.

V. La coordination avec les assurances privées

51. En droit des assurances privées, la loi sur le contrat d'assurance (LCA) distingue l'assurance contre les dommages (art. 48 à 72 LCA), de l'assurance de personnes conçue comme une assurance de somme (art. 73 à 96 LCA)¹¹².
52. Dans ce dernier chapitre, il nous a paru utile de mettre l'accent sur ces deux notions, sachant que la distinction entre les deux types d'assurances présente des implications pratiques importantes en termes de coordination avec les prétentions congruentes qu'un lésé peut élever contre un tiers responsable ou contre son assureur de responsabilité civile¹¹³.

A. Contexte historique

53. Dans l'esprit des rédacteurs de la loi fédérale précitée, le critère de distinction était fondé sur l'intérêt protégé. Si le bien protégé était un élément du patrimoine (ou intérêt économique), la prestation relevait de l'assurance dommages. Si par contre, il s'agissait d'un

¹¹² BSK-BOLL, Vorbemerkung zu Art. 48 LCA N 1 ; TF 4A_367/2016 du 20 mars 2017, consid. 3.2 ; ATF 133 III 327 ; 119 II 361.

¹¹³ TOLOU ALBORZ, La forfaitisation du dommage, Zurich 2017, N 346 ss ; BRULHART VINCENT, Droit des assurances privées, 2^e éd., Berne 2017, N 1081 ss, p. 525 s ; WERRO, (n. 24), N 1066 ss ; FUHRER STEFAN, Schweizerisches Privat Versicherungsrecht, Zurich/Bâle/Genève 2011, N 12.2 ss, p. 312 s ; SCHAER ROLAND, Modernes Versicherungsrecht, Berne 2007, § 22, N 60 ss, p. 635 ; CARRÉ OLIVIER, La loi fédérale sur le contrat d'assurance, Lausanne 2000, ad 48 LCA, p. 333 ; BSK-BOLL, Vorbemerkung zu Art. 48 LCA N 6.

élément portant sur la personne elle-même, la prestation ressortissait à l'assurance du même nom¹¹⁴.

54. Avec l'évolution qu'a connu le monde de l'assurance, cette distinction est devenue insatisfaisante. En effet, dans les domaines notamment de l'assurance-accidents et maladie, les assureurs se sont peu à peu engagés à la prise en charge des frais de traitement ou à la couverture de pertes de gain effectives. Or, comme on le verra ci-dessous, une telle prestation se rapproche davantage d'une assurance de dommage que de somme. Une assurance de personne peut donc, en fonction du type de prestation assurée, revêtir le caractère d'une assurance de somme ou de dommage. C'est ce qu'a constaté le Tribunal fédéral en 1978 dans un célèbre arrêt 104 II 44, dit *Contacta*¹¹⁵. Depuis lors, il est admis que sous le terme « assurance de personne », on puisse trouver des prestations ressortissantes à l'assurance de somme à proprement parler ou de dommage.

B. Distinction

55. Pour ranger une prestation versée par un assureur dans l'une ou l'autre de ces catégories, il ne faut pas procéder à une qualification globale, en fonction du contenu principal de la police, qui peut inclure plusieurs assurances distinctes, mais bien plutôt examiner la nature juridique de la prestation en cause, prise isolément¹¹⁶.
56. Si d'aventure les conditions de l'assurance et/ou de la police concernée génèrent un conflit quant à leur contenu, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la réelle nature de la convention (art. 18 CO). Si la volonté réelle des parties

¹¹⁴ BRUHLART VINCENT, Commentaire de l'arrêt du TF 5C.89/2000, PJA 2002, p. 838 ; CARRÉ (n. 113), ad art. 48 LCA, p. 333 ; BSK-BOLL, art. 48 LCA N 1 ss.

¹¹⁵ BRUHLART (n. 114), p. 839 ; SCHAER (n. 113), § 4, N 52, § 22, N 4 ; CARRÉ (n. 113), ad 48 LCA, p. 334, BSK-BOLL, Vorbemerkungen zu Art. 48 LCA N 5 ; BSK-KUHN, art. 73 LCA N 18 ; ATF 104 II 44.

¹¹⁶ CARRÉ (n. 113), ad 48 LCA, p. 334 ; TF 5C.21/2007 du 20 avril 2007, consid. 3 ss ; ATF 119 II 361, consid. 4 ; 104 II 44, consid. 4a ss.

ne peut pas être établie ou si leurs volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations faites et les comportements selon la théorie de la confiance. En effet, les conditions générales d'assurance qui ont été expressément incorporées au contrat doivent être interprétées selon les mêmes principes juridiques que pour les autres dispositions contractuelles¹¹⁷.

57. Dans le domaine particulier du contrat d'assurance, l'art. 33 LCA précise d'ailleurs que l'assureur répond de tous les événements qui présentent le caractère du risque contre les conséquences duquel l'assurance a été conclue, à moins que le contrat n'exclue certains événements d'une manière précise et non équivoque. Il en résulte que le preneur d'assurance est couvert contre le risque tel qu'il pouvait le comprendre de bonne foi à la lecture du contrat et des conditions générales incorporées à celui-ci. La validité d'une clause contenue dans les conditions générales est en outre limitée par la règle de la clause insolite¹¹⁸.

1. Assurance de dommage

58. L'assurance est qualifiée d'assurance contre les dommages lorsque les parties au contrat font de la perte patrimoniale effective une condition autonome du droit aux prestations. En d'autres termes, si la prétention de l'ayant droit n'est pas seulement attachée à un élément déterminé (lésions corporelles, maladie, etc.) mais qu'elle est subordonnée en sus à un dommage concret ou une perte

¹¹⁷ KOLLER THOMAS, Einmal mehr : das Bundesgericht und seine verdeckte AVB-Inhaltskontrolle, REAS 2011 p. 13 à 34, p. 21 ; FUHRER STEPHAN, AVB im Licht der Rechtsprechung des Bundesgerichts, REAS 2011 p. 41 ; SCHAER (n. 113), § 9, N 15 ; BSK-FUHRER, art. 33 LCA N 93 ss ; TF 4A_451/2015 du 26 février 2016, consid. 2.2 ; 4A_642/2014 du 29 avril 2015 ; ATF 133 III 675, consid. 3.3 ; 135 III 410 ; 135 III 335 ; 135 III 1, consid. 2. Pour des développements sur la méthode d'interprétation, cf. ATF 140 III 134, consid. 3.2 ; 138 III 29, consid. 2.2.3.

¹¹⁸ SCHAER (n. 113), § 9, N 38 ss ; BSK-FUHRER, art. 33 LCA N 57 ; TF 4A_451/2015 du 26 février 2016, consid. 2.2 et réf. ; ATF 133 III 675, consid. 3.3.

patrimoniale (par exemple une perte de gain), il s'agit d'une assurance de dommage¹¹⁹.

59. Fondée sur les art. 48 ss LCA, l'assurance de dommage peut prendre la forme d'une assurance de choses, qui couvre le dommage consécutif à une atteinte à la propriété (par ex. assurance-incendie, assurance-vol, etc.), d'une assurance de patrimoine, qui couvre le dommage consécutif à la survenance d'un événement déterminé autre qu'une atteinte à la propriété ou à l'intégrité corporelle, (par ex. assurance de protection juridique) ou d'une assurance de personnes, qui couvre le dommage consécutif à une atteinte à l'intégrité corporelle (par ex. assurance-maladie)¹²⁰.

2. Assurance de somme

60. En tant que telle, l'assurance de somme se caractérise par sa nature non indemnitaire. Elle est une promesse de capital, indépendante du montant effectif du préjudice subi par le preneur ou l'ayant droit. En d'autres mots, on est en présence d'une assurance de somme lorsque les parties au contrat d'assurance n'ont subordonné la prestation de l'assureur, dont elles ont fixé le montant lors de la conclusion du contrat, qu'à la survenance de l'événement assuré, sans égard à ses conséquences pécuniaires¹²¹. Le critère de distinction décisif ne réside dès lors pas dans le but de l'assurance, mais dans les conditions de la prestation. Il arrive parfois qu'assureur et assuré décident que le montant de la prestation ne soit pas forcément équivalent à la diminution de fortune effective

¹¹⁹ BRULHART (n. 113), N 139, p. 77 ; FUHRER (n. 113), N 2.73 ss, p. 34 s. ; SCHAER (n. 113), § 22, N 60 ; BSK-BOLL, Vormerkungen zu Art. 48 LCA N 2 ss ; TF 4A_367/2016 du 20 mars 2017, consid. 3.2 ; ATF 119 II 361, consid. 4 ; 104 II 44, consid. 4d.

¹²⁰ TOLOU (n. 113), N 341 ; <https://www.svv.ch/fr/secteur/branches-dassurance/assurance-de-choses> (consulté le 3 janvier 2019) ; rapport FINMA 2017 sur le marché de l'assurance, état au 06.09.2018, disponible sur le site <https://www.finma.ch/fr/documentation/publications-finma/rapports/rapport-sur-le-marche-de-l-assurance> (consulté le 3 janvier 2019).

¹²¹ BRULHART (n. 113), N 140, p. 77 ; FUHRER (n. 113), N 2.73 ss, p. 34 s. ; SCHAER (n. 113), § 22, N 60 ; TF 4A_367/2016 du 20 mars 2017, consid. 3.2 ; ATF 133 III 527, consid. 3.2.4.

subie. C'est le cas, lorsque par exemple la prestation assurée est une prestation forfaitaire ou standardisée. Cela ne change toutefois pas la nature de l'assurance, qui reste une assurance de dommage¹²².

61. En vertu des art. 73 ss LCA, dans l'assurance de somme, l'assureur s'engage donc à verser une certaine somme (l'allocation) à l'assuré lorsqu'un événement déterminé se réalise. Ce type d'assurance peut prendre plusieurs formes, mais son expression la plus connue est l'assurance-vie¹²³.

C. Implications pratiques

62. En premier lieu, il convient de préciser que, contrairement à une idée reçue, il n'existe pas de principe général, valable pour l'ensemble de l'ordre juridique, qui interdirait à une personne d'être indemnisée, en cas de réalisation d'un risque donné, au-delà de la perte économique qu'elle subit effectivement¹²⁴.
63. L'enjeu principal de la distinction entre les deux types d'assurances précitées réside principalement dans le droit au cumul de la prestation de l'assureur avec une créance contre le tiers responsable ou son assurance responsabilité civile. En effet, suivant le type d'assurance en cause, le lésé pourra cumuler ou non la première avec la seconde. Dans l'assurance de somme, en vertu du caractère non indemnitaire de la prestation, le lésé ne sera pas tenu d'imputer ce qu'il a reçu de l'assureur sur le montant du dommage réclamé au tiers responsable (art. 96 LCA). Par contre, il y sera tenu dans l'assurance de dommage, cette dernière étant spécifiquement destinée à couvrir en tout ou partie le dommage concerné et non pas davantage (art. 72 LCA)¹²⁵.

¹²² BSK-GRABER, art. 96 LCA N 5 ; BSK-GRABER, Nachführungsband, art. 96 LCA N 5.

¹²³ CARRÉ (n. 113), ad art. 73 LCA, p. 401 ; BSK-KUHN, art. 73 LCA N 21.

¹²⁴ BRULHART (n. 113), N 143, p. 78 ; DUPONT ANNE-SYLVIE/GIROD DÉLIA, Coordination entre assurances sociales et assurances privées : sortie de route difficile à expliquer, REAS 2016, p. 330 et réf.

¹²⁵ FRÉSARD GHISLAINE, La relation entre le recours de l'assureur privé de dommage, le recours de l'assureur social et le recours de l'employeur, REAS 2018, p. 338 ;

64. Nous examinerons trois cas concrets d'application, à savoir en matière de rente en cas de décès (1), de rente en cas d'incapacité de gain (2) et d'indemnités journalières en cas d'incapacité de travail (3), à l'aide de quelques arrêts du Tribunal fédéral.

1. En matière de rente en cas de décès

65. Dans un arrêt de principe¹²⁶, le Tribunal fédéral a été saisi du cas d'une femme qui avait perçu, à la suite du décès de son mari, cumulativement une rente de veuve fondée sur l'assurance-accident obligatoire, une rente de veuve de l'assurance-accident complémentaire à la LAA, ainsi que le revenu d'un nouvel emploi rémunéré. L'affaire avait été portée devant les juges fédéraux par l'assurance responsabilité civile du tiers responsable qui reprochait aux autorités cantonales d'avoir renoncé à imputer les prestations de l'assurance-accident complémentaire sur l'indemnité pour perte de soutien. Les juges ont examiné le contrat à leur disposition et ont relevé « *qu'ici, la prestation de l'assureur n'est subordonnée qu'à la survenance de l'événement assuré – une atteinte portée au corps humain, à certaines conditions, dans l'assurance-accidents – sans égard aux conséquences pécuniaires* ».
66. Puisque le contrat d'assurance en question ne faisait pas dépendre le droit à la prestation de l'existence d'une perte de soutien effective, il s'agissait bien d'une assurance de somme. Le principe du cumul de l'art. 96 LCA devait lui être appliqué. Notre Haute Cour a donc confirmé qu'il n'y avait pas lieu d'imputer la rente de veuve complémentaire sur le montant de la perte de soutien réclamée auprès du tiers responsable.

TOLOU (n. 113), N 341 ss ; BRULHART (n. 113), N 142, p. 78 et N 1083 ss, p. 526 s. ; WERRO (n. 24), N 1231 ss ; MONICA ZILLA : Incapacité de gain – Le point de vue de l'avocat, in : Annales SDRCA 2017, Stephan Fuhrer (édit.), p. 98 ; FUHRER (n. 113), N 12.2 ss, p. 312 s. ; ROLAND BREHM, La responsabilité civile automobile, 2^e éd., Berne 2010, N 995 ; SCHAER (n. 113), § 22, N 2 et 60 ; CARRÉ (n. 113), ad 48 LCA, p. 333 ; BSK-BOLL, Vorbemerkung zu Art. 48 LCA N 4 ; ATF 133 III 527, consid. 3.2.5 ; 128 III 34, consid. 3.

¹²⁶ ATF 119 II 361 ; WERRO, (n. 24), N 1233.

2. En matière de rente en cas d'incapacité de gain

67. Dans ce domaine, coexistent désormais de plus en plus souvent de pures assurances de somme, qui prévoient que les prestations sont dues dès que l'assuré subit une atteinte à la santé limitant ou supprimant la faculté d'exercer sa profession ou une autre activité lucrative, sans égard aux conséquences économiques, et des assurances hybrides dont les conditions générales d'assurance précisent, par exemple, que le degré d'incapacité de gain est déterminé sur la perte de gain subie effectivement par l'assuré, mais que le montant de la prestation est quant à lui forfaitaire¹²⁷.
68. A titre d'exemple, on peut citer le cas intéressant qui a été soumis récemment au Tribunal fédéral, et qui permet également d'illustrer l'importance d'une lecture attentive de la police d'assurance et des conditions générales. Dans cette affaire, les parties avaient conclu un contrat prévoyant le droit à une rente pour incapacité de gain. Elles avaient en outre fixé le montant de la rente annuelle de manière forfaitaire, soit CHF 60'000.-. Cette police était complétée par des conditions générales, lesquelles contenaient notamment deux clauses importantes¹²⁸.
69. La première concernait la définition de la *notion d'incapacité de gain*. Cette clause précisait que l'incapacité de gain, au sens de ce contrat, impliquait non seulement l'impossibilité d'exercer une activité professionnelle appropriée pour cause de maladie ou d'accident, mais également une perte de gain ou un autre préjudice pécuniaire équivalent. Le Tribunal fédéral est donc arrivé à la conclusion qu'il s'agissait d'une assurance de dommage.
70. La seconde clause analysée portait sur la détermination *du taux d'incapacité de gain*. Cette dernière prévoyait que le taux d'une incapacité de gain intervenant à la suite d'une maladie ou d'un accident résultait de la différence entre, d'une part, le revenu que l'assuré aurait vraisemblablement pu acquérir dans sa profession ou

¹²⁷ PRIBNOW VOLKER/GUYAZ ALEXANDRE, Responsabilité civile : dommages corporels 2011, in : La pratique de l'avocat 2011, p. 516-542, p. 539 ; TF 4A_134/2015 du 14 septembre 2015, consid. 4 et réf.

¹²⁸ TF 4A_451/2015 du 26 février 2016, consid. 2.3 et 3.1 et réf., confirmé par l'arrêt TF 4A_367/2016 du 20 mars 2017, consid. 3.3.

dans une autre activité conforme à sa position sociale s'il avait été en bonne santé, respectivement dans l'état qui était le sien lors de la conclusion du contrat et, d'autre part, le revenu qu'il avait effectivement acquis par de telles activités ou qu'il aurait pu acquérir en déployant les efforts découlant de son incombance à diminuer le dommage. La différence exprimée en pourcent du premier de ces deux revenus indiquait le degré d'incapacité de gain¹²⁹. D'après ce contrat, en cas d'incapacité de gain supérieure à 66 2/3 %, l'assureur était tenu de verser la prestation dans son intégralité. La somme était due, quel que soit le montant de la perte subie par l'assuré. En cas d'incapacité de gain entre 66 2/3 % et 25 %, la rente était versée en proportion du degré d'incapacité, toujours indépendamment de la perte effectivement subie. La perte de gain était donc bien exigée comme condition à l'octroi de prestations, mais l'assureur ne s'était pas engagé à indemniser le dommage effectif subi par l'assuré. En effet, les parties avaient convenu d'un montant fixe et forfaitaire par année. La perte économique effective n'avait donc qu'une incidence indirecte sur le montant de la prestation d'assurance due¹³⁰.

71. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral n'était pas saisi, à proprement parler, de la question du cumul possible avec des indemnités versées par un tiers responsable. Toutefois, en raison du fait que le Tribunal a confirmé qu'il s'agissait ici d'une assurance de dommage, un cumul avec des indemnités congruentes versées par un tiers responsable, par exemple une indemnisation de la perte de gain, semble exclu.
72. Il convient par contre de relever un point important de cet arrêt : selon le Tribunal fédéral, la cour cantonale avait considéré à tort que les prestations des assurances sociales avaient contribué à diminuer la perte de gain subie. Notre Haute Cour a affirmé quant à elle, que ni le contrat, ni les conditions générales ne contenaient de clause de cette teneur. Dès lors, le fait pour le recourant de percevoir des prestations de tiers, en particulier de la part d'assurances privées ou sociales, n'avait pas augmenté le revenu qu'il avait acquis par son travail ou qu'il aurait été en mesure d'acquérir. Ces versements

¹²⁹ TF 4A_451/2015 du 26 février 2016, consid. 3.1.

¹³⁰ TF 4A_451/2015 du 26 février 2016, consid. 3.1.2.

n'avaient pas à être ajoutés au revenu effectif ou exigible lors de la détermination du taux d'incapacité de gain¹³¹.

73. Concrètement, l'assuré pouvait donc bien se retrouver, après la survenance de l'incapacité de gain, dans une situation économique plus favorable qu'antérieurement. En d'autres termes, dans ce type de situation, il est possible qu'un assuré bénéficie de la prestation complète de son assureur privé, alors même qu'il n'a pas, après dédommagement versé par des tiers ou d'autres assurances sociales ou privées, subi de dommage correspondant. Il y a donc bien dans ce cas une sorte de sur-indemnisation, mais celle-ci ne découle pas du cumul des prestations de l'assurance privée avec l'indemnisation du responsable, mais uniquement du contrat d'assurance privée, en raison du fait que le calcul des prestations (au contraire du droit de principe à une prestation) ne se fonde pas sur la perte effective subie par l'assuré¹³².

3. En matière d'indemnités journalières en cas d'incapacité de travail

74. Ce glissement des assurances de somme vers les assurances de dommage se vérifie également pour ce qui est des indemnités journalières dues en cas d'incapacité de travail.
75. Dans un arrêt de principe, le Tribunal fédéral a rappelé qu'il était de jurisprudence constante que « lorsque le contrat d'assurance prévoit le versement à l'assuré d'une indemnité journalière forfaitaire, constituant ce que l'on désigne en langue allemande par l'expression *Taggeld*, qui ne suppose pas que l'assuré subisse une perte effective sur le plan économique mais qui est versée en fonction du seul degré de l'incapacité de travail de l'assuré, il s'agit d'une assurance de somme ». Les juges fédéraux ont toutefois ajouté qu'il fallait encore que les conditions générales ne fassent pas dépendre le droit à une perte effective. En effet, dans ce cas, on se serait alors retrouvé dans une situation identique à celle présentée ci-dessus (cf. *supra*

¹³¹ TF 4A_451/2015 du 26 février 2016, consid. 3.1.1 ; ATF 133 III 527, consid. 3.2 et réf.

¹³² Pour une critique de cet arrêt, cf. BRULHART (n. 113), N 1099 ss.

ch. V.C.2). En l'occurrence, tel n'était pas le cas, de sorte que l'on restait dans une pure assurance de somme¹³³.

76. Même si encore une fois le Tribunal fédéral n'avait pas à trancher la question spécifique du cumul, on peut affirmer qu'en raison de la nature de la prestation assurée, à savoir une assurance de somme, il aurait été tout à fait possible d'exiger le cumul avec des indemnités congruentes versées par l'assurance responsabilité civile ou le tiers responsable.

D. Synthèse

77. Il ressort de ce qui précède que tout praticien se trouvera fort inspiré d'examiner avec attention la police conclue et les conditions générales applicables au contrat de son client. En effet, s'il peut démontrer que la prestation d'assurance en question est une assurance de somme, il pourra alors exiger le cumul entre cette prestation et l'indemnité congruente versée par le tiers responsable ou son assurance responsabilité civile. La situation financière de son client s'en trouvera alors sensiblement améliorée.
78. Cette affirmation se doit d'être nuancée en raison de l'existence de clauses spéciales, par exemple, des clauses de subsidiarité, d'exclusion¹³⁴ ou des engagements pris par l'assuré (par ex. cession de créance, acceptation d'imputer les avantages reçus de tiers, etc.) dont l'importance pratique a été démontrée ci-dessus mais dont l'analyse a été, par choix, mise de côté, laissant la priorité à la distinction entre les assurances de somme et de dommage et l'implication pratique de cette distinction dans le cadre d'une liquidation optimale du dommage corporel d'un client avec une assurance responsabilité civile ou un tiers responsable.

¹³³ ATF 133 III 527, consid. 3.2.4 et 3.3.1.

¹³⁴ Sur la notion de clause de subsidiarité ou d'exclusion, cf. SCHAER (n. 113) § 22, N 10 ss et 74 ss ; BSK-GRABER, Nachführungsband, art. 96 LCA N 3.