

**Tribunal fédéral – 4A_389 et 415/2020,
destiné à la publication**

I^{re} Cour de droit privé
Arrêt du 18 mai 2021

Résumé et analyse

Proposition de citation :

OVERNEY ALEXIS, Le calcul de la perte de soutien. Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_389 et 415/2020, Newsletter rcassurances.ch septembre 2021

**Newsletter septembre
2021**

Responsabilité civile,
dommage, perte de
soutien, prétentions
récursives des assureurs
sociaux

Art. 45 al. 3 CO



Le calcul de la perte de soutien

Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_389 et 415/2020

ALEXIS OVERNEY

I. Objet de l'arrêt

Le litige concerne le **calcul des prétentions récursives des assureurs sociaux** (AVS et institution de prévoyance professionnelle) **en lien avec une perte de soutien** subie par le mari et les enfants d'une assurée décédée des suites d'un accident de la route.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Le 30 janvier 2006, un camion assuré en responsabilité civile auprès de la Compagnie A. SA a blessé mortellement une cycliste née en 1956. L'AVS et l'institution de prévoyance professionnelle (la Fondation VSAO-ASMACH pour les indépendants) ont versé les prestations d'assurance au veuf de la victime (né le 13 septembre 1951) ainsi qu'aux deux fils qu'elle avait eus avec celui-ci, nés respectivement le 6 septembre 1991 et le 10 juin 1993.

En 2017, les assureurs sociaux ont ouvert action contre l'assureur responsabilité civile, la Compagnie A. SA, devant le Tribunal de commerce du canton de Zurich en réclamant l'indemnisation des prestations versées au veuf et aux fils de la victime. Par jugement du 10 juin 2020, le Tribunal de commerce a condamné l'assureur responsabilité civile à verser à l'AVS CHF 183'801.- (CHF 84'796.- pour le veuf et CHF 99'005.- pour les deux enfants) et à l'institution de prévoyance professionnelle CHF 265'725.- (CHF 57'956.- pour le veuf, CHF 96'759.- pour le premier fils et CHF 11'189.- pour le second), le tout majoré d'un intérêt à 5 % depuis le 30 janvier 2006. Les frais et les dépens ont été répartis à raison de 10 % à la charge de l'AVS, 40 % à la charge de l'institution de prévoyance et 50 % à la charge de la Compagnie A. SA.

Toutes les parties ont interjeté recours contre ce jugement devant le Tribunal fédéral.

Dans la procédure 4A_389/2020, les assureurs sociaux demandent l'annulation du jugement cantonal et la condamnation de la Compagnie A. SA à verser CHF 321'928.- à l'AVS et CHF 759'769.- (subsidiatement CHF 755'574.-) à l'institution de prévoyance professionnelle. Ils concluent subsidiairement à ce que la cause soit renvoyée à la juridiction cantonale pour nouveau calcul. La Compagnie A. SA conclut au rejet du recours, avec suite de dépens.

Dans la cause 4A_415/2020, la Compagnie A. SA conclut à ce que le jugement rendu par le Tribunal de commerce le 10 juin 2020 soit annulé et à ce que l'action de l'institution de prévoyance professionnelle introduite devant ce Tribunal soit rejetée dans la mesure où elle dépasse CHF 207'769.-, majorés des intérêts à 5 % depuis le 30 janvier 2006. Elle conclut également subsidiairement à ce que la cause soit renvoyée à la juridiction inférieure pour nouveau jugement. Les assureurs sociaux demandent au Tribunal fédéral de rejeter ce recours, avec suite de frais et dépens.

A la demande des parties, le Tribunal fédéral a joint les causes. La 1^{re} Cour de droit civil du Tribunal fédéral a délibéré en séance publique le 18 mai 2021.

B. Le droit

1. La responsabilité de la Compagnie A. SA, fondée sur l'art. 58 al. 1 LCR et sur l'art. 41 CO est incontestée, de même que la légitimation active des assureurs sociaux pour leurs prétentions récursoires fondées sur la subrogation ; la légitimation passive de la Compagnie A. SA face à ces prétentions n'est pas non plus remise en cause (c. 4).

2. Dans la procédure 4A_389/2020, les assureurs sociaux se plaignent du calcul de leurs créances récursoires. La juridiction inférieure a estimé que celles-ci devaient être capitalisées selon les mêmes principes que pour le calcul du dommage en droit de la responsabilité civile. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral consacrée depuis plusieurs décennies, la perte de soutien doit être calculée de manière abstraite au jour du décès (ATF 145 III 225 ; 119 II 361, 108 II 434, 101 II 346, 84 II 292). En revanche, dans les cas d'invalidité consécutifs à un préjudice corporel, le calcul est fait à la date du jugement. On procède ainsi en deux phases : on calcule le préjudice concret jusqu'à la date du jugement puis, pour la période postérieure, on procède à un calcul abstrait.

Les assureurs sociaux font valoir que, au moment du jugement, il n'y avait (pratiquement) plus de perte de soutien future à indemniser. Le recours subrogatoire est donc exclusivement fondé sur la somme des prestations effectivement versées. Un calcul au jour du décès leur est donc désavantageux. Ils demandent donc au Tribunal fédéral de modifier sa jurisprudence (c. 5.2).

La pratique actuelle remonte à l'ATF 84 II 292. Le Tribunal fédéral rappelle les considérations qui l'ont amené à l'adopter à cette époque. Le calcul concret du dommage peut conduire à des erreurs considérables, surtout si le jugement est rendu plusieurs années après l'accident ou si le soutien était déjà assez âgé. En capitalisant la perte de soutien au jour du jugement, on partirait de l'idée que le soutien aurait vécu jusqu'à cette date si l'accident n'avait pas eu lieu. Le risque qu'il ait pu décéder ou devenir invalide entre-temps ne serait ainsi pas pris en compte. Dès qu'une méthode de calcul mathématiquement plus précise existe, elle doit être utilisée. Une méthode simple et précise consiste à capitaliser une rente sur deux têtes à la date du décès du soutien. Le calcul de probabilité s'applique ainsi au passé, et un taux d'intérêt de 5 % est accordé pour la période comprise entre l'accident et le jugement. La différence

entre ce taux et le taux de capitalisation de 3,5 % applicable actuellement constitue en principe une compensation intégrale (c. 5.3.1).

Le Tribunal fédéral procède ensuite à un survol de la doctrine (c. 5.3.2). Une partie des auteurs se range à la jurisprudence, le plus souvent, cependant, sans en aborder le contenu (c. 5.3.2.1). D'autres auteurs soutiennent en revanche qu'il n'y a aucune raison de procéder différemment en cas de décès ou en cas d'invalidité. En procédant à un calcul en deux phases, le dommage serait calculé de manière plus précise (parce que calculé concrètement) jusqu'au jour du calcul (c. 5.3.2.2).

Il conclut en niant l'existence de motifs impérieux justifiant le changement d'une jurisprudence remontant à plus de 62 ans. Les différents arguments avancés par la doctrine, et sur lesquels le Tribunal fédéral se penche longuement, ne suffisent pas, selon lui, à justifier un tel renversement de jurisprudence (c. 5.3.3).

3. Conformément à la jurisprudence, la juridiction inférieure a considéré que seule la part du revenu qui aurait servi à couvrir l'entretien était pertinente, de sorte que la part d'épargne devait être exclue du calcul de la quote-part de soutien (en référence à l'arrêt 4A_433 2013 du 15 avril 2014). Les assureurs subrogés se plaignent du fait que le taux d'épargne retenu a été fixé arbitrairement à un niveau trop élevé (c. 6).

Le Tribunal fédéral relève que la juridiction inférieure ne s'est pas uniquement fondée sur les statistiques ressortant de l'enquête sur le budget des ménages (EBM), mais a également procédé à un examen concret de l'évolution de fortune du veuf. La part d'épargne retenue doit ainsi être confirmée (c. 6.3).

4. Rappelant que le juge doit tenir compte du fait que certains coûts fixes continuent à courir sans changement (ATF 113 II 323), le Tribunal fédéral examine si la juridiction inférieure aurait dû, comme le demandaient assureurs sociaux subrogés, reconnaître comme tels les frais annuels de scolarité de l'un des enfants et les dépenses d'une femme de ménage employée à 60 %.

La juridiction inférieure a retenu une part de coûts fixes selon le tableau 20.02.01.02.12 de l'enquête sur le budget des ménages (EBM) réalisée par l'Office fédéral de la statistique pour les années 2002 à 2014. Les postes suivants y sont admis au chapitre des coûts fixes : logement, énergie, ameublement, gestion du ménage, transports, appareils et services de télécommunication, divertissements, loisirs, culture, autres primes d'assurance, impôt foncier et taxes sur les véhicules. Le Tribunal fédéral considère que le mélange de valeurs empiriques statistiques et de preuves concrètes de dommage est problématique. En incluant des coûts supplémentaires dans le calcul des coûts fixes, les assureurs subrogés remettent en question la représentativité des valeurs statistiques ; il leur appartient d'expliquer en quoi ces coûts n'étaient pas suffisamment représentés dans les valeurs statistiques, ce qu'ils n'ont pas fait. (c. 7.1).

Les assureurs subrogés demandent que les frais de scolarité et de femme de ménage soient pris en compte au titre des circonstances survenues après la date du décès ; ils invoquent, sur ce point également la méthode de calcul en deux phases (déjà traitée au c. 5 ; cf. ch. 1 ci-dessus). Le Tribunal fédéral se range à l'opinion des premiers juges, pour qui les circonstances qui ne sont survenues qu'après le décès du soutien ne sont en principe pas pertinentes dans le calcul abstrait (en une phase) de la perte de soutien. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'ils

peuvent être pris en considération, de manière prudente et non au détriment de l'une des parties (ATF 124 III 222 ; 119 II 361 ; 97 II 123). En adoptant la méthode abstraite et en utilisant les tableaux issus de l'enquête sur le budget des ménages (EMB), le jugement contesté n'est pas critiquable (c. 7.2 et 7.3).

5. Le dommage total de perte de soutien doit être réparti entre les différents bénéficiaires. La juridiction inférieure a fait une distinction entre les coûts variables et les coûts fixes. Elle a attribué 37,5 %, resp. 12,5 % des coûts variables au veuf et à chacun de ses fils jusqu'au 25^e anniversaire de l'aîné, puis 43 %, resp. 14 % pour le veuf et le fils cadet, ce qui n'était pas contesté. S'agissant des coûts fixes, elle a procédé à une répartition égale entre toutes les personnes soutenues, se rangeant à l'option récente de WEBER. Cette répartition est contestée par les assureurs subrogés, qui proposent d'imputer 60 % des coûts fixes au conjoint survivant et 20 % à chacun des deux fils pour la première période, puis 70 % au conjoint survivant et 30 % au fils cadet pour la seconde période ; ils estiment en effet que la répartition des coûts fixes doit être en corrélation avec celle des coûts variables (c. 8.1 et 8.2).

Le Tribunal fédéral estime justifié le recours au mode de répartition proposé par WEBER ; il n'est pas justifié d'attribuer une part plus importante des coûts fixes aux adultes. Les enfants et les adolescents utilisent en effet régulièrement le domicile de manière plus intensive qu'un adulte qui travaille et est absent durant la journée. Dès lors, les coûts du logement et de l'énergie, qui constituent le poste le plus important des statistiques EBM, devraient être alloués dans une plus large mesure aux enfants. L'approche des premiers juges est ainsi convaincante (c. 8.3).

6. La juridiction inférieure a refusé de procéder à une réduction du dommage en raison des chances de remariage ou des risques de divorce. S'agissant des chances de remariage, elle a admis que, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, il découle du calcul abstrait du dommage à la date du décès qu'une telle réduction devait en principe être faite ; elle s'y est toutefois refusée, en raison du fait qu'il serait nécessaire que le veuf épouse une partenaire aussi prospère (« *erfolgreiche Partnerin* »). Quant aux risques de divorce, aucune indication concrète ne permettait de prévoir la rupture du mariage (c. 9.1).

L'assureur responsabilité civile objecte que des indications concrètes d'un remariage ou de divorce ne constituent pas une condition préalable à l'application de déductions fondées sur des données statistiques – en l'espèce la table 8 de STAUFFER/SCHAETZLE. C'est à juste titre, répond le Tribunal fédéral, que les assureurs subrogés soutiennent que lorsque les valeurs statistiques sont utilisées, il faut tenir compte de valeurs qui reflètent les circonstances concrètes : âge des époux au moment du mariage, durée du mariage, présence d'enfants. Un autre facteur consiste à savoir si les conjoints avaient déjà divorcé auparavant, et, si oui, une ou plusieurs reprises. Dans le cas présent, les époux avaient déjà 40 et 35 ans lorsqu'ils s'étaient mariés ; le mariage avait duré 15 ans et ils avaient eu deux enfants communs. Le pourcentage de chances de remariage applicable aurait donc été minime. La décision de l'instance inférieure de ne pas procéder à une réduction pour chances de remariage en raison de l'absence de bases de calcul stables est également irréprochable. Dans le cas d'espèce, le soutien avait un revenu très élevé et contribuait économiquement beaucoup à l'entretien de la famille. Une telle situation, atypique, n'est pas reflétée dans les statistiques sur les chances de remariage (c. 9.2).

7. L'imputation des revenus de la fortune est contestée, tant sur le principe que sur le plan quantitatif.

Les juges cantonaux n'ont pas pris en compte les revenus de la fortune dans le calcul de la quote-part de soutien. Ils ont en effet considéré que tel ne devait être le cas que s'ils servaient à l'entretien. Or, la plupart du temps, ce sont les revenus du travail qui couvrent l'entretien. Ce qui est essentiel, pour eux, c'est la relation entre les revenus du travail, les revenus de la fortune et la substance de la fortune. Dans le cas présent, les revenus du soutien et du veuf étaient si élevés que la famille ne dépendait pas des revenus de la fortune pour couvrir les dépenses courantes (c. 10.1). Sur la base des quotes-parts de soutien, l'instance cantonale a déterminé la perte annuelle de soutien sur la base du revenu net de la victime envers son mari et ses enfants pour différentes périodes. Elle a ensuite imputé les revenus des biens leur revenant en vertu du droit matrimonial et du droit successoral ainsi que les prestations des assurances des piliers 3a et 3b, mais pas les revenus de leur propre fortune (c. 10.2).

En ce qui concerne l'imputabilité des revenus de la fortune des personnes soutenues, les premiers juges ont considéré que, selon la conception du besoin de soutien (au sens du maintien du niveau de vie antérieur) des personnes soutenues, elle devait être admise. La jurisprudence (ATF 74 II 2020 ; arrêt C 509/86 du 28 avril 1987, in : RVJ/ZWR 1989, p. 295 s.) n'évoque cependant que les revenus de la fortune constituée en vertu du droit matrimonial et du droit successoral (c. 10.2.2).

Selon l'art. 96 LCA, le bénéficiaire peut cumuler les dommages-intérêts et les prestations d'assurance (en référence, notamment, à l'ATF 95 II 414). La question de savoir si cette disposition s'applique également aux revenus des placements résultant des prestations d'assurance n'est cependant pas claire (c. 10.2.3).

Sur la base d'avis doctrinaux, les assureurs sociaux subrogés demandent au Tribunal fédéral de modifier sa jurisprudence en ce sens que les revenus de la fortune ne soient imputés que dans l'hypothèse où ils auraient été utilisés pour couvrir l'entretien de la famille. A défaut, ces revenus auraient été épargnés et seraient de toute façon entrés dans le patrimoine de la personne soutenue ; le décès du soutien ne provoque donc aucun avantage pour la ou les personnes soutenues. Quant à l'assureur responsabilité civile, il soutient que les revenus de la très grande fortune du mari devaient être pris en compte parmi les avantages à imputer ; au vu de l'importance de cette fortune, d'une part, et de la disproportion entre les revenus (élevés) de la victime et ceux (beaucoup moins élevés) du mari, les revenus de la fortune du mari devaient forcément être utilisés dans l'entretien de la famille.

Le Tribunal fédéral fait une distinction entre les types de revenus.

Il traite en premier lieu les revenus des biens entrés dans la propriété des personnes soutenues à la suite du décès du soutien. Ces revenus doivent être imputés du dommage. Si la personne soutenue peut améliorer ses revenus grâce aux biens dont elle est devenue propriétaire à la suite du décès du soutien, cela constitue un avantage à déduire du montant de la perte de soutien (c. 10.5.3). Il s'agit de revenus qui ne constituaient pas une prestation du soutien avant le décès (autrement dit, que le soutien conservait pour lui). Si on n'en tenait pas compte, la personne soutenue pourrait, en sus du maintien de son niveau de vie antérieur, constituer une épargne, ce que l'indemnisation de la perte de soutien n'a précisément pas pour but (c. 10.5.2).

En second lieu, le Tribunal fédéral aborde les revenus des biens qui appartenait à la personne soutenue avant le décès. Ces revenus n'ont pas être imputés sur le montant du dommage (c. 10.5.3). Dans le cas d'espèce, une des parties fait valoir qu'une des personnes soutenues pouvait maintenir son niveau de vie grâce aux revenus réalisés sur ses propres biens, de sorte qu'elle n'avait qu'à financer elle-même son train de vie. Le Tribunal fédéral s'inscrit en faux : l'élément déterminant, en effet, n'est pas le niveau de vie de la personne soutenue et le fait qu'elle pourrait le maintenir grâce aux revenus de ses propres biens, mais bien l'importance des prestations du soutien devenues défailtantes (c. 10.5.1).

8. Le Tribunal fédéral se penche ensuite sur la question de savoir si, au vu de la teneur de l'art. 96 LCA, le capital d'une assurance sur la vie (qualifiée d'assurance de somme) doit être ajouté au capital productif de revenu, resp. si un rendement de 3,5 % peut être crédité sur ce capital et déduit du montant du dommage.

C'est à juste titre que l'instance inférieure a admis que les personnes soutenues pouvaient recevoir la prestation d'assurance sur la vie et réclamer une indemnisation complète au responsable (c. 10.7.1 et 10.7.2).

Autre est la question de savoir si les revenus futurs sur le capital versé par une assurance de somme doivent être déduits du montant du dommage ou s'ils bénéficient du privilège de l'art 96 LCA. La doctrine est divisée à ce sujet. Le Tribunal fédéral ne s'était jamais prononcé sur cette question. Rejetant la thèse des assureurs subrogés, le Tribunal fédéral donne raison à l'instance inférieure qui avait imputé les rendements de l'assurance. Il rejoint ainsi l'avis de BREHM sur la question (c. 10.7.3).

Le Tribunal fédéral examine enfin le taux de rendement que l'on doit appliquer au capital de l'assurance de somme. Il rejoint sur ce point l'avis du Tribunal de commerce, qui avait retenu un taux de 3,5 %, identique à celui qui est appliqué à la capitalisation du dommage corporel. Il rejette à cet égard l'application du taux d'intérêt minimal LPP (c. 10.8).

III. Analyse

L'arrêt aborde principalement **trois questions**. En premier lieu, le Tribunal fédéral confirme la jurisprudence initiée dans l'ATF 84 II 292, selon laquelle, en cas de décès, **le dommage de perte de soutien doit être calculé de manière abstraite au jour du décès** (c. 5 ; cf. ch. 1 ci-dessous). En deuxième lieu, il traite **l'imputabilité des revenus de la fortune dans le cas où ces revenus n'étaient pas utilisés durant la période de soutien**. Il maintient ici aussi sa jurisprudence antérieure, aux termes de laquelle ces revenus doivent être déduits du montant de la perte de soutien que le responsable est appelé à réparer (c. 10.1 à 10.6 ; cf. ch. 6 ci-dessous). En troisième et dernier lieu, **il aborde, pour la première fois, la question des rendements et des intérêts découlant d'une assurance sur la vie**. Il donne raison à l'instance inférieure, qui les avait imputés du montant du dommage en retenant un taux de 3,5 % pour la rémunération du capital d'assurance (c.10.7 ; ch. 7 ci-dessous).

Le Tribunal fédéral se penche également sur d'autres questions, plus accessoires, liées au calcul de la perte de soutien : il traite du taux d'épargne à retenir dans le calcul des quotes-parts de soutien (c. 6 ; cf. ch. 2 ci-dessous), de la détermination des coûts fixes (c. 7 ; cf. ch. 3 ci-dessous), de la répartition du dommage entre les différents bénéficiaires (c. 8 ; cf. ch. 4 ci-dessous) et, enfin, de la déduction pour les chances remariage, resp. pour les risques de divorce (c. 9 ; cf. ch. 5 ci-dessous).

1. Le jour du calcul de la perte de soutien

Le Tribunal fédéral n'entend pas revenir sur une jurisprudence remontant à 62 ans en ce qui concerne le jour du calcul de la perte de soutien. Celle-ci sera toujours calculée, de manière abstraite, au jour du décès du soutien (c. 5).

On prend ainsi en considération l'âge du soutien et l'âge de la personne soutenue au jour du décès du soutien¹. Cette règle a pour but de tenir compte du fait qu'on ignore si, sans l'accident, la victime aurait vécu jusqu'au jour du jugement ou de la transaction². Elle constitue également, pour le Tribunal fédéral, une simplification du calcul³. Le Tribunal fédéral considère qu'il est juste que la perte de soutien se calcule de manière exclusivement abstraite, en ce sens qu'il n'est opéré aucune distinction entre le dommage que le décès a effectivement causé jusqu'au jugement, d'une part, et celui à prévoir après le jugement, d'autre part. En effet, une telle distinction est pratiquée dans l'application de l'art. 46 CO, soit en cas d'incapacité de travail consécutive à des lésions corporelles, parce que les risques de décès et d'invalidité du lésé ne grèvent que l'avenir⁴.

Ce faisant, le Tribunal fédéral écarte la thèse défendue par une très grande partie de la doctrine (c. 5.3.2.2). Le Tribunal fédéral objecte qu'un renversement de jurisprudence ne se justifie pas dès lors que celle-ci n'est pas remise en cause par une majorité des auteurs : la critique n'est donc pas unanime (c. 5.4.1). Il reconnaît pourtant que les auteurs qui lui sont favorables n'ont pas forcément discuté le mérite de la solution retenue (c. 5.3.2.1).

Le Tribunal fédéral n'est pas sensible au fait que l'ASA, la CNA et l'OFAS recommandent, depuis près de vingt ans, de procéder au calcul de la perte de soutien en deux phases avec un jour de calcul actuel (c. 5.2)⁵. Il n'est pas non plus ébranlé par le fait que l'utilisation du logiciel LEONARDO permet d'éviter les difficultés de calcul du dommage mentionnées dans son ATF 82 II 292 (c. 5.3.4).

On peut certes voir un palliatif à cette différence de traitement dans le fait que la victime perçoit un intérêt compensatoire de 5 % à partir de la date du décès, sur la totalité du dommage de la perte de soutien⁶. Par ailleurs, le Tribunal fédéral n'est pas totalement hermétique à la prise en considération de certains faits postérieurs au décès⁷ ; certes, il exige qu'on le fasse avec retenue et qu'on ne tienne pas compte de circonstances dans l'intérêt

¹ ALEXANDRE GUYAZ, La perte de soutien en pratique, in : Le préjudice corporel : bilan et perspectives, Colloque du droit de la responsabilité civile 2009, Berne 2009, p. 61 ; GHISLAINE FRÉSARD-FELLAY, Le recours subrogatoire de l'assurance-accidents sociale contre le tiers responsable ou son assureur, thèse Fribourg, Zurich 2007, N 1667 ; ALEXIS OVERNEY, La perte de soutien : notion, conditions et nouvelles méthodes de calcul, in : L'évaluation du préjudice corporel, Questions pratiques et actualités en droit de la RC et des assurances sociales et privées, Anne-Sylvie Dupont et Christoph Müller, éd., Neuchâtel 2021, N 20 p. 122.

² FRÉSARD-FELLAY, op. cit., N 1667 ; GUYAZ, op. cit., p. 61 ; OVERNEY, op. cit., N 20 p. 122 ; PIERMARCO ZEN-RUFFINEN, La perte de soutien, Berne 1979, p. 59.

³ ATF 113 II 323 c. 3a.

⁴ TF 4A/122/2016 du 4 juillet 2016, c. 8.1.

⁵ Recommandation n° 6/2003 du 30 octobre 2003, consultable sur le site <https://www.regress.admin.ch/fr/services/recommandations/>, consulté le 31 août 2021.

⁶ LUKAS DINGER/KURT SCHLUEP, Berücksichtigung der aufgelaufenen Teuerung beim Ersatz von Versorgungsschäden, RJB 1995, p. 503 ss ; GUYAZ, op. cit., p. 61 ; FRÉSARD-FELLAY, op. cit., N 1667.

⁷ TF 4A_433/2013 du 15 avril 2014, c. 5.2 ; TF 4A_239/2011 du 22 novembre 2011, c. 3.1.1 ; ATF 124 III 222 c. 4c ; ATF 101 II 346 c. 3b.

d'une seule partie⁸. On note toutefois que cette faculté est peu usitée⁹, ce que le cas d'espèce démontre : quatorze ans après le décès, le Tribunal fédéral n'entend pas prendre en compte les circonstances concrètes évoquées par certaines des parties.

Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral avait déjà relevé que si l'on devait appliquer la méthode des deux phases, il y aurait lieu d'admettre un abattement pour tenir compte de la probabilité de décès et d'invalidité du soutien entre la date du décès et celle de la capitalisation, lorsque le calcul de la perte de soutien est effectué de nombreuses années après le décès et/ou lorsque la personne décédée était âgée. En revanche, dans le même arrêt, le Tribunal fédéral avait rejeté l'argumentation d'une juridiction cantonale, qui avait opéré une déduction de 5 % pour tenir compte de la probabilité du décès du soutien entre le jour de l'accident et celui de la capitalisation, lorsque le calcul du dommage est effectué de nombreuses années après le décès¹⁰.

On peut néanmoins regretter que, malgré les critiques étayées et documentées apportées par de nombreux auteurs et en dépit de la pratique recommandée par les assureurs sociaux et de l'existence d'un logiciel (LEONARDO) de plus en plus utilisé, le Tribunal fédéral s'en tienne à sa jurisprudence. Une harmonisation de l'approche de la perte de gain et de la perte de soutien eût été d'autant plus intéressante que, dans la pratique, tant les lésés que les assureurs sont tentés de jeter un œil « par-dessus le mur » pour s'imprégner des circonstances postérieures au décès.

2. La part d'épargne retenue

Le Tribunal fédéral a rejeté la thèse des assureurs subrogés, qui remettaient en cause le taux d'épargne retenu dans le calcul de la perte de soutien (c. 6).

Rappelons que seule la part du revenu qui sert à l'entretien de la personne soutenue est déterminante ; la part qui ne sert pas cette fin est considérée comme de l'épargne, laquelle n'est pas indemnisable¹¹. Le Tribunal fédéral a jugé qu'une part d'épargne de 10 % devait être prise en compte pour les revenus nets compris entre CHF 100'000.- et 200'000.-, cette part s'élevant de 10 à 20% pour les revenus supérieurs, sans indiquer le taux qu'il s'agit de retenir. Il s'appuie sur les chiffres émanant de l'Office fédéral de la statistique, selon lesquels le taux d'épargne volontaire des ménages suisses mis en relation avec le revenu disponible oscille entre 5,3 % (en 2003) et 9,7 % (en 2011). Les coûts fixes que le conjoint survivant devra supporter seul ne devront cependant pas être négligés¹².

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral confirme, à raison, que le recours aux taux d'épargnes mentionnés dans l'enquête sur le budget des ménages (EBM) doit être admis. Il devait

⁸ ATF 119 II 361 c. 5b ; GUYAZ, op. cit., p. 62.

⁹ ATF 124 III 222 c. 4c ; TF 4C.195/2001 du 12 mars 2002 ; TF 4C.234/1998 du 18 janvier 1999, c. 2a ; GUYAZ, op. cit., p. 62 ; OVERNEY, op. cit., N 22 p. 123.

¹⁰ TF 4A_370/2009 et 4A_90/2010 du 5 juillet 2010, c.7.2.

¹¹ GUYAZ, op. cit., p. 50 ; LANDOLT, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, vol. V 1c, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen (Art. 49–49 OR), art. 45 N 246 ; OVERNEY, op. cit., N 72 ss, p. 146 ss ; STEPHAN WEBER, Wer versorgt wen womit – Vorschläge für neue Berechnungsmethoden und Hilfsmittel beim Schaden infolge Tötung, in : Weber (édit.), Personen-Schaden-Forum 2019, Zurich/Bâle/Genève 2019, p. 192.

¹² TF 4A_433/2013 du 15 avril 2014, c. 7.3.

d'autant plus l'être que le Tribunal de commerce de Zurich avait procédé à un examen concret de l'évolution de la fortune du veuf (c. 6).

3. La détermination des coûts fixes

La conception classique distingue deux méthodes de calcul de la perte de soutien : la méthode fondée sur les quotes-parts de soutien et la méthode basée sur les frais fixes. Si les frais fixes concrets supportés par le couple avant l'accident n'ont pas été constatés, le juge recourt à la méthode des quotes-parts¹³.

La méthode des quotes-parts est fondée sur la part du revenu que le défunt consacrait à la ou aux personnes soutenues : une fois le revenu moyen futur hypothétique du défunt déterminé, il faut définir, dans une seconde étape, quelle part de ce revenu ses survivants auraient obtenue pour maintenir leur niveau de vie. En pratique, cette part est fixée en pour cent de la perte de gain¹⁴. La différence entre cette part de revenu et le revenu futur moyen net du conjoint survivant, après déduction des prestations des assurances sociales que celui-ci perçoit depuis le décès du soutien, donne la perte de soutien annuelle indemnisable pendant la vie active¹⁵.

La question se pose de savoir comment déterminer le pourcentage du revenu que le défunt aurait consacré à ses proches. On constate d'abord que le décès d'un des époux n'entraîne pas de diminution de certaines dépenses : il en va ainsi, notamment, des frais de logement, d'énergie, d'ameublement, d'équipement, d'entretien du ménage, de transport, de télécommunication, de loisirs, de culture, d'assurances ainsi que des taxes (immobilière, sur les véhicules à moteur)¹⁶. Il s'agit là de frais fixes, auxquels le conjoint survivant doit continuer à faire face.

La détermination des frais fixes étant délicate, une répartition schématique est usuellement utilisée. Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral s'est rangé à la solution retenue par les premiers juges, qui s'étaient fondés sur l'enquête sur le budget des ménages (c. 7). La thèse, selon laquelle un mixage entre le recours à des données statistiques et la prise en considération de facteurs concrets ne saurait être admise, est convaincante pour deux motifs. D'une part, si l'on entend s'en tenir à la méthode de calcul abstraite du dommage, il n'y a aucune raison pour tenir compte de données postérieures au décès. D'autre part, si les parties entendent invoquer des coûts fixes concrets, elles ont tout loisir d'adopter la méthode des frais fixes.

¹³ TF 4A_433/2013 du 15 avril 2014, c. 5.2 ; ROLAND BREHM, *Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen*, Art. 41–61 OR, Berner Kommentar, Berne 2013, art. 45 CO N 133a s. ; FRÉSARD-FELLAY, *op. cit.*, N 1681 s. ; GUYAZ, *op. cit.*, p. 52 s. ; OVERNEY, *op. cit.*, N 88 ss, p. 152 ss ; BERNHARD STEHLE, *Der Versorgungschaden – Dogmatik und Berechnung*, thèse Zurich, Zurich 2010, N 494 s.

¹⁴ BREHM, *op. cit.*, art. 45 CO N 143 ; FRÉSARD-FELLAY, *op. cit.*, N 1681 ; GUYAZ, *op. cit.*, p. 74 ss ; KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band : Allgemeiner Teil*, Zurich 1995, § 6 N 284 ; MARC SCHAEZTLE/STEPHAN WEBER, *Manuel de capitalisation*, ZURICH 2001, N 3.352 ss.

¹⁵ TF 4A_433/2013 du 15 avril 2014, c. 5.2 ; BREHM, *op. cit.*, art. 45 CO N 133a s. ; FRÉSARD-FELLAY, *op. cit.*, N 1681 s. ; GUYAZ, *op. cit.*, p. 52 s. ; STEHLE, *op. cit.*, N 494 s.

¹⁶ TF 4A_433/2013 du 15 avril 2014, c. 5.2 ; BREHM, *op. cit.*, art. 45 CO N 133a s. ; FRÉSARD-FELLAY, *op. cit.*, N 1681 s. ; GUYAZ, *op. cit.*, p. 52 ; STEHLE, *op. cit.*, N 494 s.

4. La répartition du dommage entre les différents bénéficiaires

Le Tribunal fédéral a donné raison aux premiers juges, qui ont abandonné la pratique selon laquelle les coûts fixes étaient systématiquement attribués au conjoint survivant (c. 8).

En effet, une part de ces coûts doit être répartie proportionnellement entre les enfants. Ceux-ci disposent en effet d'un droit indépendant à des dommages-intérêts au titre de la perte de soutien ; or, certains coûts fixes affectent également les enfants¹⁷. Les coûts fixes doivent désormais être répartis entre le conjoint survivant et les enfants. C'est à raison que les propositions de répartition de WEBER¹⁸ ont été confirmées (c. 8.1).

5. La déduction pour chance de remariage et pour risque de divorce

Le Tribunal fédéral a confirmé le jugement précédent, qui n'avait pas tenu compte des chances de remariage et des risques de divorce (c. 9). Il le fait cependant pour des motifs qui, de notre point de vue, ne sont pas convaincants. En effet, de deux choses, l'une : ou le calcul est fait de manière abstraite et l'on recourt, sur ce thème également, aux données statistiques ; ou l'on entend prendre en compte des données concrètes, et alors on comprend mal la réticence du Tribunal fédéral à admettre un calcul en deux phases de la perte de soutien. Certes, les données qu'il prend en considération étaient connues lors du décès, alors que, en proposant un calcul en deux phases, la doctrine demande que soient examinées les circonstances postérieures au décès. On observe toutefois que, s'agissant des frais de scolarité (qui étaient connus au moment du décès du soutien), le Tribunal fédéral n'a pas été tenté de mâtinier les données statistiques de facteurs concrets (c. 7). L'argument selon lequel le modèle d'acquisition de revenus présenté par les conjoints dans le cas d'espèce (l'épouse avait un revenu largement supérieur à celui de son mari) rend inutilisables les données statistiques (c. 9.2) peine à convaincre. Rares sont en effet les situations qui concordent avec un modèle quelconque : c'est précisément le but d'une statistique d'éliminer les extrêmes et de fixer une tendance.

Certes, le Tribunal fédéral fait preuve de retenue dans l'application de ces données statistiques¹⁹. L'évolution des mœurs montre en effet que l'attrait du mariage diminue année après année : on est ainsi passé de 7,8 à 4,5 mariages pour 1 000 habitants entre 1960 et 2019²⁰. Or, les données statistiques se fondent sur le passé²¹. De plus, le remariage n'implique pas forcément la suppression ou la diminution du besoin de soutien, l'entretien fourni par le nouveau conjoint pouvant être inférieur à celui que prodiguait le conjoint décédé²².

Le Tribunal fédéral aurait pu rejoindre de manière plus franche et sans difficulté les critiques d'une partie de la doctrine au sujet de la prise en compte des chances de remariage. Plusieurs arguments sont en effet avancés pour en contester le principe. D'abord, les statistiques de remariage ne prennent pas en compte le concubinage, celui-ci n'étant pas assimilé au mariage

¹⁷ OVERNEY, op. cit., N 97. p. 158 ; WEBER, op. cit., p. 202.

¹⁸ WEBER, op. cit., p. 202.

¹⁹ BREHM, op. cit., art. 45 CO N 111 ; FRÉSARD-FELLAY, op. cit., N 1691.

²⁰ Mariages selon l'âge et indicateur conjoncturel de nuptialité, 1960-2019, Tableau de l'Office fédéral de la statistique publié sur le site <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/mariages-partenaires-divorces/nuptialite.assetdetail.14387034.html>, consulté le 28 août 2021.

²¹ FRÉSARD-FELLAY, op. cit., N 1691 ; OVERNEY, op. cit., N 30 ss, p. 127 ss.

²² TF 4C.479/1995 du 19 décembre 1995, c. 3 ; ATF 113 II 336 ; FRÉSARD-FELLAY, op. cit., N 1691 ; ZEN-RUFFINEN, op. cit., p. 110.

en ce qui concerne la perte de soutien²³ ; or, les statistiques montrent que l'union libre représente près de la moitié des couples âgés de 25 à 34 ans²⁴. Ensuite, la jurisprudence fait abstraction des risques de divorce, dont la prise en considération serait choquante²⁵. Enfin, le remariage de la personne soutenue constitue trop souvent un événement hypothétique pour que le juge puisse le prendre en considération²⁶ ; les chances de remariage ne devraient ainsi entrer en ligne de compte que lorsque les chances sont supérieures à 50 %, soit lorsque la veuve a moins de 30 ans et le veuf moins de 40 ans²⁷. C'est GUYAZ qui a exprimé la critique la plus élaborée de la prise en compte des chances de remariage²⁸. Ce n'est pas, pour lui, tant le caractère hypothétique du remariage qui fait problème, mais « bien le fait même d'admettre que l'indemnité pour perte de soutien doit être supprimée si le soutien disparu en raison de l'acte illicite du responsable est volontairement compensé par l'intervention d'un tiers, qui décide librement de soutenir le lésé, en l'épousant ou en faisant ménage commun avec lui »²⁹. Cette conception n'est pas, poursuit-il, compatible avec la jurisprudence du Tribunal fédéral relative au préjudice ménager, aux termes de laquelle l'intervention d'un tiers qui réduit le préjudice de la victime est censée profiter à cette dernière et non au responsable. Il est vrai que le Tribunal fédéral considère qu'une personne atteinte dans son intégrité physique a droit à une indemnisation pour le travail domestique qu'elle ne peut plus accomplir, quand bien même ses proches se chargent gratuitement de ces tâches³⁰. De même, le dommage résultant de l'atteinte portée à la capacité de collaborer dans l'entreprise de l'époux doit être réparé, même si l'aide apportée par le conjoint ne constitue pas une contribution extraordinaire donnant droit à une indemnité équitable au sens de l'art. 165 al. 1 CC³¹. GUYAZ préconise dès lors de renoncer à tenir compte d'un éventuel remariage dans le calcul de l'indemnité pour la perte de soutien, quand bien même ce remariage aurait-il déjà été célébré lors du jugement³². Les juges cantonaux fribourgeois ont entendu cette critique : dans un arrêt rendu le 2 mars 2012, ils ont alloué à la fiancée d'une victime d'accident de la route une indemnité pour perte de soutien non réduite en raison des chances, non de remariage, mais de mariage³³.

6. L'imputation des revenus de la fortune

L'approche du Tribunal fédéral est correcte.

L'imputabilité des revenus de la fortune constituée en vertu du droit matrimonial et du droit successoral, dans la mesure où ils permettent aux personnes soutenues de maintenir leur niveau de vie, résulte de la jurisprudence constante du Tribunal fédéral (ATF 99 II 207 ; 95 II 414 ; arrêt C 509/86 du 28 avril 1987, in : ZWR/RVJ 1989, p. 295 s.). Si le lésé a reçu un avantage

²³ FRÉSARD-FELLAY, op. cit., N 1696 ; ATF 113 II 323.

²⁴ 46 % en union libre contre 54 % mariés, statistiques de l'Office fédéral de la statistique, consultables sur le site <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/familles/couple.html>, consulté le 28 août 2021.

²⁵ BREHM, op. cit., art. 45 CO N 127 ss ; FRÉSARD-FELLAY, op. cit., N 1696 ; OFTINGER/STARK, op. cit., I § 6 N 331 ss ; SCHAEZLE/WEBER, op. cit., N 4.153 ; ZEN-RUFFINEN, op. cit., 31.

²⁶ ZEN-RUFFINEN, op. cit., 112 s.

²⁷ LANDOLT, op. cit., art. 45 CO N 136 ; ces chiffres devraient toutefois être revus à la lumière des statistiques les plus récentes.

²⁸ GUYAZ, op. cit., p. 57 ss.

²⁹ GUYAZ, op. cit., p. 58.

³⁰ TF 4A_19/2008 du 1^{er} avril 2008.

³¹ ATF 127 III 403 c. 4c.

³² GUYAZ, op. cit., p. 59.

³³ TC FR, 101 2011-94 du 2 mars 2012, c. 5.

concret du fait de l'événement qui a provoqué le dommage, celui-ci doit être imputé s'il représente une conséquence causale adéquate ; il doit cependant exister un rapport interne, resp. une congruence entre le dommage et l'avantage en question (en référence à l'ATF 136 III 113). Néanmoins, la jurisprudence (en référence à l'ATF 99 II 207) a également pris en compte les revenus provenant de la dévolution successorale même s'ils n'avaient pas servi à assurer le soutien, car, dans le cas d'espèce, il n'y avait pas de besoin de soutien (en référence à l'ATF 95 II 441). Le critère de la congruence avait alors été écarté (c. 10.2.1).

Le Tribunal fédéral rappelle que la perte de soutien est un dommage réfléchi régi par le droit positif. Même la jurisprudence exige que le maintien du niveau de vie antérieur doit être garanti, le fait est que le soutien avait financé ce niveau de vie avec ses prestations antérieures et que cette perte doit être compensée (ATF 129 II 49 ; 108 II 434). L'accent doit dès lors être mis non sur la personne soutenue et ses besoins (au sens de besoin de soutien), mais les prestations (défaillantes) du soutien (c. 10.5.1)³⁴.

Le Tribunal fédéral en déduit deux conséquences : d'une part, la circonstance que la personne soutenue ne soit pas dépendante des prestations défaillantes du soutien pour maintenir son niveau de vie antérieur ne joue pas de rôle, même si elle peut maintenir ce niveau de vie grâce aux revenus de ses propres biens. D'autre part, même si les revenus du patrimoine du soutien ne constituaient pas une prestation de celui-ci en faveur de la personne soutenue, il y a lieu de les imputer du dommage ; on procède en effet de la même manière pour la part du salaire du soutien qui constituait une épargne³⁵.

7. Le traitement du capital d'une assurance de somme et l'imputation du rendement de ce capital

Le Tribunal fédéral règle la question de savoir si les revenus du capital versé par une assurance de somme doivent être déduits du dommage de perte de soutien ou s'ils bénéficient du privilège de l'art. 96 LCA. Il fait sien l'avis de BREHM, selon lequel le législateur ne s'est pas préoccupé du sort des intérêts des capitaux d'assurance lorsqu'il a adopté l'art. 96 LCA. L'art. 96 LCA doit ainsi être interprétée de manière restrictive : le privilège ne concerne que le capital et non les revenus qui en découlent. Si la personne assurée peut rémunérer ce capital, on ne voit pas pour quelle raison elle ne devrait pas l'utiliser pour son entretien, de sorte que le besoin de prévoyance, que l'art. 45 al. 3 CO se limite à compenser, s'en trouve réduit. Cet avis est convaincant : la différence de traitement entre les revenus de la fortune successorale et matrimoniale et ceux qui seraient versés à la personne soutenue par une assurance de somme ne se justifierait pas.

³⁴ STEPHANIE ONEYSER, 4A_389/2020: Berechnung des Regressanspruches beim Versorgungsschaden (amtl. publ.), in : https://swissblawg.ch/2021/08/4a_389-2020-berechnung-des-regressanspruches-beim-versorgungsschaden-amtl-publ.html, consulté le 3 septembre 2021.

³⁵ ARNAUD NUSSBAUMER, La méthode de calcul du dommage pour perte de soutien, in : www.lawinside.ch/1080/.