

VD_FINDINFO Jug / 2010 / 17 vom 28. April 2010

VD Tribunal cantonal, 2010-04-28, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_Jug___2010___17

FR: VD_FINDINFO Jug / 2010 / 17 du 28 avril 2010

IT: VD_FINDINFO Jug / 2010 / 17 del 28 aprile 2010

Regeste

PRINCIPE DE LA CONFIANCE{RÈGLE DE LA CIRCULATION}, PISTE CYCLABLE, PERTE DE SOUTIEN, DOMMAGE, RENTE{EN GÉNÉRAL}, TORT MORAL, PRIORITÉ{CIRCULATION} | 45 al. 3 CO, 47 CO, 26 al. 1 LCR, 26 al. 2 LCR, 59 LCR

Erwägungen

E. 40

% la responsabilité à la charge du détenteur et à 60 % la responsabilité du cycliste. II. a) Le mode et l'étendue de la réparation ainsi que l'octroi d'une indemnité à titre de réparation morale sont régis par les principes du Code des obligations concernant les actes illicites (art. 62 al. 1 LCR). Le renvoi de l'art. 62 LCR vise les art. 42 à 47 CO, sous réserve des dispositions contraires de la LCR (Bussy/Rusconi, op. cit., nn. 1.2 et 1.3 ad art. 62 LCR). b) L'art. 45 al. 3 CO dispose que lorsque, par suite de la mort, d'autres personnes ont été privées de leur soutien, il y a également lieu de les indemniser de cette perte. L'art. 45 al. 3 CO est une exception au principe selon lequel le dommage réfléchi – soit le dommage subi par une tierce personne en relation avec la victime de l'atteinte – n'est pas réparé. De ce fait, il doit être interprété restrictivement (TF 4C.195/2001 du 12 mars 2002 c. 4; Brehm, Commentaire bernois, 2^{ème} éd., nn. 31 et 35 ad art. 45 CO; Werro, Commentaire romand, n. 15 ad art. 41 CO et n. 11 ad art.

E. 45

CO). Deux conditions sont posées à l'octroi d'une indemnité de soutien. En premier lieu, le défunt doit apparaître comme un soutien effectif ou probable du demandeur. Est considérée comme un soutien la personne qui, par des prestations gratuites, en espèces ou en nature, assure ou aurait selon une grande vraisemblance assuré tout ou partie de l'entretien d'une autre personne (TF 4C.195/2001 du 12 mars 2002 c. 4 et 5a; Werro, op. cit., n. 14 ad art. 45 CO). Le mari est en règle générale le soutien de sa femme et le père le soutien de ses enfants (Werro, op. cit., n. 15 ad art. 45 CO et réf. citées). Les prestations d'entretien sont celles fournies régulièrement et en principe durablement pour couvrir les besoins normaux et courants de la personne soutenue (Frésard-Fellay, Le recours subrogatoire de l'assurance-accidents sociale contre le tiers responsable ou son assureur, thèse Fribourg 2007, n. 1661). En second lieu, la personne soutenue doit avoir besoin du soutien. Tel est le cas lorsque le niveau de vie dont jouissait la personne soutenue est effectivement réduit après le décès du soutien (Brehm, op. cit., n. 54 ad art. 45 CO et réf. citées; Frésard-Fellay, op. cit., n. 1665 et réf. citées). L'indemnité pour perte de soutien de l'art. 45 al. 3 CO tend à assurer à la personne soutenue une situation financière proche de ce qu'elle aurait été sans la mort du soutien, afin que l'ayant droit n'ait pas à modifier son niveau de vie de manière essentielle (ATF 129 II 49 c. 2 et 4.3.2, SJ 2003 I 157; ATF 112 II 87 c. 2b, JT 1986 I 439).

Il s'agit de comparer la situation économique de la personne soutenue après l'accident avec la situation qui serait la sienne si le soutien n'était pas décédé (Schaetzle/Weber, Manuel de capitalisation, 5^{ème} éd., n. 3.351 p. 424). Le droit au soutien est un droit propre, qui n'est pas dérivé de la personne du défunt. La personne civilement responsable peut toutefois invoquer des circonstances afférant au défunt, en particulier la faute de celui-ci (art. 44 CO; Brehm, op. cit., n. 34 ad art. 45 CO). Si le défunt soutenait plusieurs personnes, il convient de calculer le montant de la perte pour chaque ayant droit (Werro, op. cit., n. 24 ad art. 45 CO). c) Lorsque le soutien était assuré par le revenu d'une activité lucrative, le calcul du dommage implique de déterminer le revenu hypothétique que le défunt aurait réalisé, la part de revenu qui aurait été consacrée à la personne soutenue, la durée de l'entretien et les réductions possibles (Werro, op. cit., n. 25 ad art. 45 CO). Il convient de distinguer la période de vie active du soutien de celle de la retraite, car le mode de calcul est différent (Frésard-Fellay, op. cit., n. 1673). La doctrine souligne la nécessité de trouver le juste milieu entre la grande complexité du calcul de la perte de soutien et la "praticabilité" du droit, qui appelle nécessairement des simplifications (Stark, Berechnung des Versorgersschadens, RDS 105 [1986] I 337 ss, spéc. p. 340, qui parle de "Verfeinerung des Rechts"; Frésard-Fellay, op. cit., nn. 1670-1672). Contrairement à la perte de gain découlant d'une invalidité, la perte de soutien ne doit pas être calculée de façon concrète jusqu'au jour du jugement rendu en dernière instance cantonale et de façon abstraite pour la période postérieure. Le calcul abstrait doit être fait au jour du décès, attendu que l'on ne sait pas si, sans l'accident, la victime aurait vécu jusqu'à la date du jugement (ATF 119 II 361 c. 5b, JT 1994 I 738). Le juge peut toutefois tenir compte de faits postérieurs à la mort du soutien. La jurisprudence exigeait qu'il fasse preuve de retenue dans l'appréciation de ces faits; toutefois, des arrêts plus récents ne mentionnent plus cette exigence au demeurant critiquée par certains auteurs (ATF 124 III 222 c. 4c, JT 1998 I 757 et l'arrêt non publié cité par Frésard-Fellay, op. cit., note infrapaginale 2928 p. 554; pour cet auteur, ainsi que Schaetzle/Weber, op. cit., n. 3.352 p. 424, il n'y a pas de motif de se montrer plus strict qu'en matière de perte de gain). Le revenu concret que le défunt réalisait au moment de l'accident constitue un point de repère. Le juge formule ensuite un pronostic sur son évolution probable sans l'accident. L'élément déterminant repose en effet davantage sur ce qu'aurait gagné annuellement le lésé dans le futur (ATF 131 III 360 c. 5.1, JT 2005 I 502, relatif à une perte de gain; Zen-Ruffinen, La perte de soutien, pp. 64-66; Frésard-Fellay, op. cit., n. 1675). Le juge peut tenir compte d'une fluctuation du revenu s'il est suffisamment rendu vraisemblable qu'elle aurait eu lieu. Lorsque l'augmentation du revenu serait provenue d'une élévation du chiffre d'affaires (commerce ou entreprise en plein essor, personne exerçant une profession libérale installée depuis peu), il n'est pas toujours aisé de la déterminer. Les comparaisons dans la catégorie professionnelle de la victime peuvent donner des renseignements utiles; le recours à un expert est souvent souhaitable (Zen-Ruffinen, op. cit., pp. 66-67). Le Tribunal fédéral a ainsi jugé qu'il n'était pas contraire au cours ordinaire des choses de retenir qu'un relieur de 30 ans, seul dans sa région, sérieux, travailleur et compétent, aurait vu son chiffre d'affaires augmenter en dix ans de 21'000 fr. à 30'000 fr. et son gain net de 10'772 fr. à 15'000 fr. environ (ATF 89 II 396 c. 1). Le juge doit disposer d'un minimum de données concrètes. Il incombe au demandeur, respectivement à la partie défenderesse, de rendre vraisemblables les circonstances de fait dont le juge peut inférer les éléments pertinents pour établir la probabilité des augmentations ou diminutions de revenu qu'aurait réalisées le lésé sans l'accident. Ce principe n'est autre que la concrétisation de la règle selon laquelle la preuve du dommage incombe en principe au lésé

(art. 42 al. 1 CO et art. 8 CC). Certes, l'art. 42 al. 2 CO prévoit que, lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement, en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée. Cette disposition, qui tend à instaurer une preuve facilitée en faveur du lésé, ne le libère cependant pas de la charge de fournir au juge, dans la mesure où c'est possible et où on peut l'attendre de lui, tous les éléments de fait constituant des indices de l'existence du dommage et permettant ou facilitant son estimation; elle n'accorde pas au lésé la faculté de formuler sans indications plus précises des prétentions en dommages-intérêts de n'importe quelle ampleur (cf. ATF 131 III 360 c. 5.1, JT 2005 I 502, et ATF 129 III 135 c. 2.2, JT 2003 I 511, concernant aussi une perte de gain). d) Dans le cas d'espèce, les demandeurs plaident qu'on ne saurait se fonder sur le revenu ponctuel minime réalisé juste avant l'accident, alors que la victime venait de reprendre une affaire à développer. Il conviendrait bien plutôt de se référer aux revenus moyens réalisés auparavant, à son cursus et aux éloges recueillies, ainsi qu'au bon potentiel de développement de son entreprise. Il faudrait selon eux se fonder sur un revenu hypothétique net de 100'000 fr. en 2002, évoluant jusqu'à un plafond de 350'000 fr. atteint en 2020 et maintenu jusqu'à l'année de la retraite en 2024. La défenderesse objecte que la victime avait choisi de vivre autrement en reprenant une entreprise et que le seul élément concret dont on dispose est le bénéfice net réalisé entre la reprise de l'entreprise E. _____ et le décès d'E.W. _____. A défaut d'indices plus précis qu'auraient pu et dû fournir les demandeurs –notamment quant au nombre exact d'employés de l'entreprise, à leur fonction et à leur salaire –, il faudrait admettre ex aequo et bono que la victime aurait réalisé un revenu brut de 110'000 fr. par an, auquel il conviendrait d'ajouter celui de la demanderesse. Au total, un revenu global de 170'000 fr. pourrait être arrêté. Le défunt, ingénieur ETS en microtechnique, avait été pendant plusieurs années directeur de la société Z. _____ SA faisant partie d'un groupe horloger. Son contrat conclu en 1993 prévoyait pour la première année un salaire brut de 115'000 fr., bonus non compris. Au cours de ses quatre dernières années de service (1997-2000), il avait réalisé un revenu annuel moyen de 250'250 francs. Le 31 décembre 2000, E.W. _____ avait racheté l'entreprise individuelle E. _____, qui avait réalisé en 1999 un chiffre d'affaires de 320'996 fr. et un bénéfice net de 167'639 fr. 95. En 2001, sous la nouvelle direction du défunt, cette entreprise avait réalisé un chiffre d'affaires de 387'958 fr. et un bénéfice net de 33'510 francs. Pour la période du 1^{er} janvier au [...] août 2002, date du décès, son chiffre d'affaires avait été de 275'246 fr. et son bénéfice net de 29'994 francs. Selon l'expert, le bénéfice net de l'entreprise individuelle se confond en principe avec la rémunération globale du chef d'entreprise. Ainsi, à la veille de son décès, la victime réalisait un revenu annuel moyen de 38'890 fr. 75, arrondi à 39'000 fr. $([33'510 + 29'994] \div 596 \text{ jours} \times 365 \text{ jours})$. Le défunt s'était engagé dans la voie indépendante un peu plus d'une année et demie avant son accident. S'il existe un lien de causalité entre sa démission et le rachat de son employeuse par un grand groupe, il apparaît aussi que le défunt, doté d'un esprit d'entrepreneur et souvent chargé de postes à responsabilité, aurait souhaité racheter la société qui l'employait. N'ayant pu réaliser son souhait, il a racheté une autre entreprise. Compte tenu du choix opéré par le défunt et de son caractère, il n'y a pas d'indices concrets qu'il aurait par la suite renoncé à une activité d'indépendant pour reprendre une activité de salarié. Il faut dès lors pronostiquer qu'il aurait conservé une activité d'indépendant dans le futur. Le revenu moyen de 39'000 fr. n'est pas parlant. Il découle de l'exploitation d'une entreprise dont l'acquisition était relativement récente. A dire d'expert, E. _____ présentait un certain potentiel de développement, attesté par le fait que le chiffre d'affaires a par la suite plus que doublé. A cela s'ajoutent le

caractère entreprenant d'E.W. _____, le souci qu'il manifestait pour sa famille, son parcours professionnel, les certificats de travail positifs recueillis et son intérêt pour les formations complémentaires. Selon les données de l'Office fédéral de la statistique, qui sont accessibles à chacun, notamment par l'intermédiaire du site Internet, et sont ainsi notoires, le revenu brut moyen d'un cadre supérieur ou dirigeant indépendant masculin à plein temps était de 105'000 fr. sur la période des années 2002 à 2009; en 2002 il était de 98'400 fr. et en 2009 de 100'000 fr. ("Revenu professionnel brut par année des personnes actives occupées selon le statut d'activité, les groupes de professions, le taux d'occupation et le sexe" pour la période 1991 à 2009; l'étude indique que les montants nets ont été convertis en montants bruts sur la base d'un taux global de cotisations aux assurances sociales calculé en fonction du statut professionnel et de l'âge). La défenderesse elle-même a admis que le défunt aurait réalisé un revenu brut de 110'000 francs. Au vu de tous ces éléments, il faut pronostiquer que la victime aurait réalisé un revenu hypothétique brut de l'ordre de 110'000 francs. On peut donner acte aux demandeurs du fait que la jurisprudence retient parfois des augmentations hypothétiques importantes, en particulier dans l'exemple qu'ils citent où le revenu hypothétique retenu passait de 125'000 fr. à 400'000 fr.; toutefois, au contraire du cas présent, ce pronostic reposait sur un rapport d'expert qui s'était fondé sur une évolution de carrière normale pour le type de profession exercé, en regard notamment de statistiques représentatives du marché envisagé et du curriculum vitae de la victime (Ccivil. 45/2006 du 24 mars 2006, non réexaminé sur ce point par le Tribunal fédéral statuant sur un recours en réforme, TF 4C.415/2006 du 11 septembre 2007 c. 4.3). En l'espèce, il n'a pas été établi que l'entreprise de la victime ou une entreprise de ce secteur était susceptible de procurer au chef d'entreprise un revenu allant jusqu'à 350'000 fr.; interrogé sur le potentiel de développement de l'entreprise, que les demandeurs alléguaient être excellent, l'expert a tout au plus reconnu un certain potentiel, ce qui exclut de retenir un tel plafond. Quant au bénéfice net de 167'600 fr. réalisé en 1999 par l'entreprise E. _____ avant son rachat par la victime, il s'agit d'une donnée isolée d'autant moins significative qu'elle apparaît anormalement élevée dans la mesure où elle représente plus de la moitié du chiffre d'affaires. Il n'y a ainsi pas d'indices concrets permettant de retenir un revenu brut hypothétique moyen allant au-delà de 110'000 fr. par an. e) Il convient ensuite de déterminer si la capitalisation de la perte de soutien doit porter sur le revenu brut ou net. Le décès du soutien a entre autres conséquences d'interrompre le financement de la prévoyance de vieillesse qu'il opérait par son revenu (Frésard-Fellay, op. cit., n. 1698). Il se peut que le conjoint survivant touche des prestations de vieillesse réduites en raison d'un capital de couverture insuffisant et de lacunes dans les cotisations. Le tiers responsable est aussi tenu de réparer ce dommage, désigné par l'expression "dommage de rente" ou "dommage de diminution de rente" (ATF 126 II 237 c. 5a, JT 2002 IV 93; Frésard-Fellay, op. cit., nn. 1698-1699). Il s'agit d'un dommage différé, qui n'apparaît qu'après la fin présumée de l'activité professionnelle du défunt (Frésard-Fellay, op. cit., n. 1701). Initialement, le dommage de rente était calculé en capitalisant les cotisations formatrices de rente versées par l'employeur aux assurances sociales. La perte de gain ou de soutien était donc calculée sur la base du revenu brut, incluant les cotisations aux assurances sociales (ATF 116 II 295 c. 4, JT 1991 I 38, et ATF 113 II 345 c. 1b/aa, JT 1988 I 696, relatifs à une incapacité de gain; ATF 126 II 237 c. 5b, JT 2002 IV 93, relatif à une perte de soutien). Le Tribunal fédéral a ensuite changé de méthode pour déterminer le dommage de rente en cas d'invalidité. Il convient désormais de comparer les rentes d'invalidité et de vieillesse versées par les assurances sociales (AVS, LAA, LPP) avec les prestations de vieillesse que le lésé

aurait touchées sans l'accident, le dommage de rente étant réalisé si le premier poste est supérieur au second. Cette méthode présuppose que la perte de gain soit calculée sur la base du revenu net (ATF 129 III 135 c. 2.2, JT 2003 I 511). Selon la doctrine, la méthode comparative doit aussi s'appliquer à la perte de soutien (Frésard-Fellay, op. cit., nn. 1704 ss). S'agissant du dommage direct de la personne soutenue, il convient d'évaluer d'une part les rentes de vieillesse hypothétiques que le soutien et la personne soutenue aurait touchées sans l'événement dommageable et d'autre part les rentes effectives que la personne soutenue percevra. Il faut se fonder sur le revenu hypothétique que la victime aurait obtenu à la veille de la retraite (Frésard-Fellay, op. cit., nn. 1706 et 1711). Par simplification, la jurisprudence admet de se référer à des valeurs d'expérience, selon lesquelles les prestations de vieillesse hypothétiques oscillent entre 50 % et 80 % de la rémunération brute au moment de la cessation de l'activité lucrative (TF 4C.194/2002 du 19 décembre 2002 c. 3.3). Le Tribunal fédéral a toutefois mis en doute l'exactitude d'une telle règle dans le cas d'un indépendant, pour le motif que le revenu soumis à cotisation est largement inférieur à son revenu global et que le taux de cotisation est fonction d'un barème dégressif (TF 4C.234/2006 du 16 février 2007 c. 3.2.3; cf. Schaetzle/Weber, op. cit., n. 3.500 p. 457, pour qui la fourchette de 50 à 80 % devrait couvrir toutes les situations, le taux étant inversement proportionnel au revenu). Une fois déterminées les rentes de vieillesse hypothétiques de la communauté de soutien, on évalue la part qui aurait été consacrée à l'entretien de la personne soutenue. Cas échéant, il peut se justifier de retenir une quote-part de soutien plus élevée que pendant la vie active du soutien pour tenir compte de la réduction des revenus de la communauté (Frésard-Fellay, op. cit., n. 1712). On obtient ainsi la perte de soutien pour la période de retraite du soutien. Il faut ensuite imputer les rentes de vieillesse et de remplacement (LAA) que percevra la personne soutenue (Frésard-Fellay, op. cit., nn. 1713-1714; cf. en outre l'exemple 21d de Schaetzle/Weber, op. cit., pp. 199 s.). En pratique, lorsque les calculs sont trop complexes, il est tenu compte de la perte sur pensions en se fondant sur un revenu brut (Frésard-Fellay, op. cit., n. 1678, qui relève que tel est le cas en pratique subrogatoire; cf. aussi TF 4C.108/2003 du 1^{er} juillet 2003 c. 5.1 et 5.2 se référant à l'impossibilité de calculer de manière concrète le dommage de rente). En l'espèce, on ne dispose pas des éléments permettant de calculer le dommage de rente selon la méthode concrète; par ailleurs, s'agissant d'un indépendant, on ne saurait appliquer sans autre les valeurs d'expérience retenues par la jurisprudence pour les salariés. Il se justifie dès lors de tenir compte du dommage de rente dans le cadre d'une capitalisation du revenu brut. f) La méthode dite des frais fixes s'applique lorsque le soutien et le conjoint survivant faisaient ménage commun. Elle intègre le fait qu'à cause des frais fixes, les frais d'entretien d'une personne seule sont plus élevés que ceux supportés en communauté domestique (Frésard-Fellay, op. cit., n. 1680; Schaetzle/Weber, op. cit., n. 3.356 p. 425; Zen-Ruffinen, op. cit., p. 76). Selon cette méthode, les frais fixes sont d'emblée déduits du revenu du défunt. Puis il convient d'estimer quel pourcentage du montant restant le défunt aurait consacré à l'entretien de la personne soutenue; selon une donnée d'expérience, ce pourcentage est de 50 %, les conjoints partageant à part égale les dépenses variables. Une fois ce pourcentage converti en francs, sont ajoutés les frais fixes qui avaient été déduits; on obtient ainsi la perte de soutien déterminante (ATF 119 II 361 c. 3 non publié, SJ 1994, 86; Schaetzle/Weber, op. cit., n. 3.356-3.359 pp. 425-427). Le montant des frais fixes et la proportion entre ceux-ci et les frais variables dépendent des circonstances concrètes et de l'organisation de la communauté domestique; les statistiques peuvent fournir des renseignements utiles (Schaetzle/Weber, op. cit., nn. 3.359 et 3.361 p. 427). Dans le cas

d'espèce, il convient de s'en tenir à la méthode "directe", faute d'indications sur ces frais fixes. A cela s'ajoute que cette méthode complique les calculs lorsque le soutien subvenait aux besoins d'un conjoint et d'enfants (Frésard-Fellay, op. cit., n. 1682). Par mesure de simplification, il est possible de renoncer à déterminer les frais fixes concrets et de se référer aux valeurs tirées de l'expérience (méthode des quotes-parts). A cet égard, on admet généralement que le conjoint survivant doit pouvoir jouir de 50 à 60 %, voire 65 ou 70 % du revenu antérieur. La quote-part est d'autant plus importante que le revenu est bas (Frésard-Fellay, op. cit., n. 1681). g) La demanderesse contribuait aussi aux besoins de la famille. Elle exerçait une activité de salariée dans l'entreprise de son mari, activité qu'elle a poursuivie après le décès de celui-ci. Entre 2001 et 2005, elle a touché un revenu annuel brut moyen de 48'197 fr. 20 $([51'080 + 58'730 + 53'500 + 62'995 + 14'681] \div 5)$, arrondi à 48'200 fr., et un revenu annuel net moyen de 42'908 fr. $([45'178 + 52'827 + 47'650 + 56'137 + 12'748] \div 5)$, arrondi à 43'000 francs. Il découle en outre des annexes 27 ss de l'expertise que la demanderesse est propriétaire d'un immeuble grevé d'une hypothèque qui servait de logement familial du vivant du soutien, ce qui est toujours le cas. La demanderesse contribuait ainsi aux besoins de la famille partiellement par un revenu et partiellement en nature. La participation de l'épouse aux dépenses familiales peut être prise en compte de deux façons. Soit on réduit le taux de sa quote-part de soutien; on considère ainsi que la part de revenu que le soutien aurait consacrée à son épouse est moindre dans la mesure où celle-ci subvenait également aux besoins familiaux (Brehm, op. cit., n. 133 ad art. 45 CO; Stark, op. cit., p. 349). Soit on additionne les revenus des deux époux; après déduction des frais fixes, on fixe la quote-part de soutien de la veuve. A ce pourcentage converti en francs sont ajoutés les frais fixes. La différence entre le montant obtenu et le revenu que la personne soutenue perçoit constitue la différence de soutien. La doctrine est favorable à cette dernière solution (Frésard-Fellay, op. cit., n. 1688; Brehm, op. cit., n. 134 ad art. 45 CO; Stark, op. cit., p. 349; Schaetzle/Weber, op. cit., n. 3.363 p. 427, exemples 25 et 28). Dans la mesure où l'on ne dispose pas de données sur les frais fixes, il faut se fonder sur la première méthode et tenir compte du seul revenu de l'époux avec réduction de la quote-part de soutien pour tenir compte du fait que l'épouse participait aux besoins de la famille. III. a) Il convient de déterminer la quote-part de soutien de la demanderesse et des demandeurs, respectivement épouse et enfants du défunt. Les enfants n'ont besoin de soutien que tant qu'ils ne sont pas en mesure de pourvoir eux-mêmes à leur entretien. La limite se trouve comprise entre 18 et 25 ans; elle est souvent fixée à 20 ans (Schaetzle/Weber, op. cit., n. 2.519 p. 219 et n. 3.383 p. 430). Normalement, la quote-part de l'épouse va en augmentant au fur et à mesure que les enfants entrent dans la vie active et cessent d'avoir besoin du soutien. Pour éviter des calculs compliqués fondés sur des quotes-parts évoluant avec le temps, la pratique admet de se fonder sur les valeurs moyennes retenues dans les tables de Stauffer/Schaetzle (Brehm, op. cit., n. 142 ad art. 45 CO; Frésard-Fellay, op. cit., nn. 1683 ss). L'application de ces valeurs moyennes suppose que soit établie la durée moyenne des rentes d'orphelin. En l'espèce, l'aîné des demandeurs a été en formation jusqu'en juin 2005, le puîné jusqu'en juin 2006 et le cadet jusqu'en juin 2008. Dans leur mémoire de droit, les demandeurs font valoir que dans un contexte économique difficile, nul n'est certain de trouver un emploi et de devenir financièrement indépendant aussitôt sa formation achevée. Ils requièrent de retenir " ex aequo et bono " une perte de soutien d'une durée moyenne jusqu'à l'âge de 23 ans, soit jusqu'à la fin de l'année 2006 pour l'aîné, respectivement fin 2008 pour le puîné et fin 2011 pour le cadet. Les demandeurs n'ont pas allégué leurs dates de naissance; ils n'ont pas davantage allégué ni établi qu'ils n'étaient pas en mesure de

pourvoir à leur entretien nonobstant la fin de leur formation, alors qu'il eût été possible de le faire dans le cadre de la procédure d'échange d'écritures ou à tout le moins par le biais d'une réforme. Il faut dès lors s'en tenir aux dates de fin de formation. Le décès du soutien étant survenu le [...] août 2002, la durée moyenne des rentes d'orphelin est de 4,33 ans. Le chiffre le plus proche selon les tables de Stauffer/Schaetzle est de 5 ans (Schaetzle/Weber, op. cit., tableau n° 7, n. 4.134 p. 524). Les tables proposent 5 variantes s'agissant de la quote-part de soutien du conjoint veuf dans l'hypothèse où il serait sans enfants, la quote-part variant de

E. 50

% à 70 %, intégrant ainsi les chiffres retenus par la jurisprudence (Schaetzle/Weber, op. cit., n. 4.125 p. 521). Plus le revenu est bas, plus la quote-part de soutien doit être élevée (Schaetzle/Weber, ibidem; Brehm, op. cit., n. 104 ad art. 45 CO). Selon une opinion largement répandue, la quote-part de la veuve vivant seule se situe entre 50 et 60 % du revenu conjugal (Brehm, op. cit., n. 106 ad art. 45 CO et réf. citées). En l'espèce, il se justifie d'opter pour la quote-part la plus basse dès lors que l'épouse subvenait aussi aux besoins du ménage par son revenu et son immeuble, et que les revenus du couple étaient relativement élevés; est donc retenu le chiffre de 50 %, soit la variante A. Sur la base de cette variante A et d'une durée moyenne des rentes d'orphelins de 5 ans, on obtient une quote-part moyenne de 46 % pour la veuve et de 12,5 % pour chacun des trois enfants selon le tableau n° 7 de Schaetzle/Weber (op. cit., n. 4.134 p. 524). Les quotes-parts étant arrêtées, il convient de déterminer la perte de soutien pour chaque personne soutenue. b) La demanderesse, veuve de la victime, a en principe le droit à une quote-part de 46 % sur un revenu de 110'000 fr., soit 50'600 francs. b1) Se pose tout d'abord la question d'une réduction pour tenir compte d'un éventuel remariage. Les chances de remariage sont en principe examinées en tenant compte de l'âge de la veuve au moment du décès. Ce point est critiqué par une partie de la doctrine, qui relève que cette solution conduit à ne pas tenir compte du non-remariage au moment du jugement, alors qu'un remariage peut être pris en considération (Brehm, op. cit., n. 126 ad art. 45 CO et réf. citées; Frésard-Fellay, op. cit., n. 1694). Les données statistiques doivent être prises avec retenue, dans la mesure où l'évolution des mœurs conduit à une diminution du nombre des mariages; à cela s'ajoute que le remariage ne supprime pas nécessairement la perte de soutien. Il convient de rechercher une éventuelle intention de remariage (Frésard-Fellay, op. cit., nn. 1691-1692 et réf. citées; ATF 108 II 434 c. 5c). En l'occurrence, la demanderesse, née le [...] août 1956, était âgée de 46 ans au moment du décès de son époux. Elle avait alors 8 % de chances de se remarier selon les statistiques de l'OFIAMT fondées sur la population suisse, respectivement 1 % selon les statistiques CNA (Schaetzle/Weber, op. cit., tableau 8, n. 4.141 p. 526). Au jour du jugement, la demanderesse est âgée de 53 ans et 8 mois, soit 54 ans. Selon l'OFIAMT, les chances de remariage à cet âge sont de 4 %. La CNA ne fournit pas de chiffre. Compte tenu des faibles chances de remariage, de l'absence d'indice d'une intention ou d'une possibilité de se remarier et des circonstances tragiques dans lesquelles la demanderesse a perdu son mari alors qu'ils formaient une famille unie, il convient de renoncer à opérer une réduction de ce chef. b2) Les revenus de la fortune héritée du soutien sont imputés de la perte de soutien; en revanche, le capital n'est pas déduit (ATF 95 II 411 c. 1, rés. in JT 1970 I 248; Brehm, op. cit., nn. 55 ss ad art. 45 CO et réf. citées; Frésard-Fellay, op. cit., n. 1686). Il en est de même des revenus de la part qui va au conjoint survivant à la suite de la liquidation du régime matrimonial (Frésard-Fellay, ibidem; Zen-Ruffinen, op. cit., p. 106). La déduction des revenus successoraux doit se faire selon une appréciation équitable, en tenant compte de la possibilité d'une diminution des revenus (ATF 95 II 411 c. 1b, rés. in JT 1970

I 248; ATF 99 II 207 c. 7, qui tient compte de frais médicaux de la veuve; Zen-Ruffinen, op. cit., pp. 106-107). Selon l'expert, le revenu annuel moyen de la fortune héritée est de l'ordre de 2 %, soit 16'178 fr., arrondi à 16'000 fr., à porter en déduction de la quote-part de la veuve. Toutefois, l'expert a pris en compte à tort les revenus de l'immeuble propriété de la demanderesse : le revenu successoral annuel moyen est ainsi de 10'162 fr., arrondi à 10'000 fr. : 2003 2004 2005 2006 Titres et placements 14'003 15'218 5'808 5'619)

b3) Les capitaux d'assurances de sommes (appelées aussi assurances de personnes), ne doivent pas être imputés (Frésard-Fellay, op. cit., n. 1686; Brehm, op. cit., n. 61 ad art. 45 CO; Zen-Ruffinen, op. cit., pp. 151-152). En effet, l'art. 96 de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA – RS 221.229.1) prévoit que dans l'assurance de personnes, les droits que l'ayant droit aurait contre des tiers en raison du sinistre ne passent pas à l'assureur. En d'autres termes, la loi autorise la personne soutenue à cumuler les prestations contre l'assurance avec celles contre le tiers responsable (Frésard-Fellay, op. cit., n. 390; Brehm, op. cit., n. 62 ad art. 45 CO; TF 5C.243/2006 du 19 avril 2007 c. 3.3.1). L'idée est que le responsable n'a pas à profiter de la prévoyance du défunt qui avait contracté une assurance et payé des primes (ATF 64 II 420 c. 4a, JT 1939 I 262; ATF 62 II 55; Brehm, op. cit., n. 60 ad art. 45 CO). Pour les assurances de dommages, la règle inverse s'applique : l'art. 72 al. 1 LCA prévoit que les prétentions que l'ayant droit peut avoir contre des tiers en raison d'actes illicites passent à l'assureur jusqu'à concurrence de l'indemnité payée. L'assurance de personnes est celle qui a pour objet une personne physique et où la prestation de l'assureur dépend généralement d'un événement qui atteint la personne de l'assuré, tel que maladie, accident, lésion corporelle, invalidité, décès. L'assurance de personnes se caractérise, par rapport à l'assurance contre les dommages, 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 (TF 5C.3/2003 du 31 mars 2003 c. 3.1). Les prestations versées en cas de décès d'une personne n'ont généralement pas pour fonction de couvrir un dommage déterminé et découlent dès lors d'une assurance de sommes. Peu importe, à cet égard, qu'elles permettent de couvrir, le cas échéant, une perte de soutien réelle et que cela corresponde à la volonté du preneur d'assurance. En effet, le propre de toute assurance, qu'il s'agisse d'une assurance contre les dommages ou d'une assurance de sommes, est de parer à d'éventuels revers de fortune. Le critère de distinction décisif ne réside donc pas dans le but, mais dans les conditions de la prestation (ATF 119 II 361 c. 4, JT 1994 I 738). La doctrine est divisée sur la question de savoir si les revenus des capitaux d'assurances de sommes doivent être imputés (contre l'imputation : Frésard-Fellay, op. cit., n° 1686 et réf. citées; favorable : Brehm, op. cit., n. 65 ad art. 45 CO et réf. citées). Selon l'expert, [...] AG a versé un capital de 178'971 fr. 70 sur le compte épargne de la demanderesse le 5 décembre 2002; ces fonds ont été affectés à raison de 170'000 fr. au remboursement d'une partie de l'emprunt hypothécaire, dont le taux d'intérêt était alors de 3 ¾ %, taux qui est tombé à 3 ¼ % le 1^{er} juillet 2003. L'expert conclut que le capital reçu de l'assurance-vie a permis d'obtenir indirectement un rendement qui ne dépassait en tout cas pas 3 ¾ %. Dans la mesure où le capital a été versé en vertu d'une assurance-vie, soit une assurance de personnes, il n'y a pas lieu d'imputer cette prestation. La défenderesse elle-même ne le prétend d'ailleurs pas. Il n'y a pas matière non plus à déduire d'éventuels intérêts. D'une part, l'expert lui-même admet qu'il ne s'agit que d'un rendement "indirect". D'autre part, le législateur a prévu un régime particulier pour les prestations d'assurance de sommes (ATF 95 II 411 c.1b, rés. in JT 1970 I 248; ATF 64 II 420 c. 4a, JT 1939 I 262); ce qui vaut pour le capital d'assurance doit aussi valoir pour les revenus de ce capital. Les motifs pour

lesquels la jurisprudence refuse l'imputation du capital successoral ne sont pas les mêmes que ceux sous-jacents à l'art. 96 LCA; il s'agit plutôt de considérations économiques, qui tendent à éviter que la personne soutenue soit contrainte de réaliser à un moment défavorable des éléments de fortune successorale sans rendement (Brehm, op. cit., n. 57 ad art. 45 CO). b4) On obtient ainsi une perte de soutien annuelle de 40'600 fr. ([46 % de 110'000 fr.] – 10'000 fr. de revenus successoraux). Ce montant doit être capitalisé en fonction de la durée du soutien, soit jusqu'au moment où la victime aurait cessé d'exercer son activité lucrative (Brehm, op. cit., n. 27 des remarques précédant les art. 45-46 CO). Les demandeurs n'ont pas allégué ni fourni des indices qu'E.W. _____ aurait poursuivi son activité d'indépendant au-delà de 65 ans. Au contraire, dans leur "mémoire de calcul du dommage" du 13 août 2004, auquel renvoie leur mémoire de droit, ils ont indiqué que la victime aurait atteint l'âge hypothétique de la retraite en 2025, soit lorsqu'il aurait eu 65 ans. Ils confirment encore cet élément dans leur mémoire de droit (cf. ch. 8 de leurs "explications" du tableau Excel). Il faut dès lors retenir que la victime, née le [...] février 1960, aurait cessé son activité professionnelle en février 2025. Comme la personne soutenue aurait pu disparaître avant le soutien, il convient de capitaliser sur la base d'une rente temporaire sur deux têtes jusqu'à l'âge de 65 ans du soutien actif ou au décès de l'épouse, soit la table 16 des Tables de capitalisation de Stauffer/Schaetzle (ATF 126 II 237 c. 4c et d, JT 2002 IV 93; Schaetzle/Weber, op. cit., n. 2.504 p. 212; Cciv. 183/2008 du 12 décembre 2008). Les tables de capitalisation ne donnent que des âges entiers; il faut se fonder sur la date d'anniversaire la plus proche et arrondir vers le haut ou le bas. Dans le cas présent, il faut retenir qu'en date du [...] août 2002, le soutien avait 43 ans et l'épouse soutenue (née le [...] août 1956) 46 ans; selon la table 16, le facteur de capitalisation est de 14,22. Pour une pleine responsabilité, la perte de soutien capitalisée s'élève ainsi à 577'332 francs (40'600 x 14,22). b5) Doit encore être examinée la question d'une éventuelle déduction des prestations des assurances sociales et des caisses de pension. Dans le domaine du droit de la responsabilité civile, l'interdiction de l'enrichissement est un principe général reconnu qui exclut d'allouer au lésé des dommages et intérêts supérieurs au préjudice subi en raison d'un événement dommageable. Il y a surindemnisation lorsque plusieurs indemnités sont versées à la même personne pendant le même laps de temps et pour le même événement dommageable et que la somme des indemnités est supérieure au dommage subi. Doivent par conséquent être imputées les prestations faites par des tiers qui coïncident matériellement, temporellement et personnellement avec l'événement en cause (principe de la concordance des droits) et pour lesquelles se pose la question de la subrogation ou du recours, ainsi que celle du droit préférentiel du lésé. L'interdiction de la surindemnisation vaut notamment dans les rapports entre les assurances sociales et le droit de la responsabilité civile (ATF 132 III 321 c. 2.2.1, JT 2006 I 447). En vertu d'une subrogation légale, l'assurance sociale qui indemnise la personne lésée se voit transférer, jusqu'à concurrence du montant payé, la créance de cette dernière contre l'auteur du dommage (Frésard-Fellay, op. cit., n. 383). Le lésé ne peut donc réclamer au tiers responsable (ou à son assureur responsabilité civile) que la réparation du dommage non couvert par l'assurance sociale. En d'autres termes, les prestations concordantes couvertes par les assurances sociales sont déduites du dommage que le lésé peut réclamer au responsable ou à son assureur. Ce mécanisme permet notamment d'éviter une surindemnisation du lésé (ATF 131 III 360 c. 6.1, JT 2005 I 502; ATF 131 III 12 c. 7.1, JT 2005 I 488). L'art. 72 al. 1 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA – RS 830.1) prévoit que dès la survenance de l'événement dommageable,

l'assureur est subrogé, jusqu'à concurrence des prestations légales, aux droits de l'assuré et de ses survivants contre tout tiers responsable. Cette loi ne s'applique pas aux événements assurés antérieurs à son entrée en vigueur survenue le 1^{er} janvier 2003 (ATF 131 III 360 c. 7.1, JT 2005 I 502; Frésard-Fellay, op. cit., n. 66). Toutefois, les règles de subrogation prévues autrefois dans les différentes lois et règlements d'assurances sociales conduisaient à un résultat identique. L'ancien art. 48 ter de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (aLAVS – RO 1978, 401 et RO 1996, 2481) et l'ancien art. 41 de la loi fédérale sur l'assurance-accident (aLAA – RO 1982, 1688) avaient une teneur semblable à l'art. 72 al. 1 LPGA. Le législateur adoucit toutefois le mécanisme de la subrogation par l'institution du droit préférentiel du lésé (Quotenvorrecht). Cette règle tend à permettre au lésé de cumuler les prestations concordantes de l'assurance sociale et du tiers responsable (ou de son assureur RC) jusqu'à concurrence de son dommage effectif, y compris dans l'hypothèse où le lésé ne peut obtenir du tiers responsable (ou de son assureur RC) qu'une indemnisation réduite, par exemple en raison d'une faute concomitante du lésé (Frésard-Fellay, op. cit., nn. 978, 983 et 985; Bussy-Rusconi, op. cit., n. 1.3 ad art. 88 LCR; TF 4C.402/2006 du 27 février 2007, JT 2007 I 543; ATF 131 III 12 c. 7.1, JT 2005 I 488). Pratiquement, lorsque la prestation de l'assurance sociale est inférieure au dommage effectif, le lésé dispose d'un droit de priorité par rapport à l'assurance pour agir contre le tiers responsable jusqu'à réparation totale de son dommage (ATF 134 III 636 c. 1.3.1, JT 2009 I 209; Frésard-Fellay, op. cit., nn. 975 ss et 983). Du fait du droit préférentiel du lésé, l'assurance ne dispose que d'un recours subrogatoire subsidiaire contre le tiers responsable (ou son assureur RC) : elle ne peut l'exercer que si et dans la mesure où les prestations qu'elle alloue, jointes à la réparation due par le tiers, excèdent le montant du dommage total (Frésard-Fellay, op. cit., n. 988; ATF 93 II 423 c. 6, JT 1968 I 290). Le droit préférentiel du lésé fait ainsi supporter à l'assurance sociale les motifs de réduction de la réparation due par le tiers responsable (Frésard-Fellay, ibidem). Sous des formulations différentes, le droit préférentiel du lésé est consacré à l'art. 88 LCR et à l'art. 73 LPGA, lequel remplace notamment les art. 48 quater aLAVS et 42 al. 1 aLAA sans les modifier matériellement (Frésard-Fellay, op. cit., nn. 971-973). Contrairement à l'art. 73 al. 1 LPGA, l'art. 88 LCR s'applique également à l'assurance de dommage privée (Frésard-Fellay, op. cit., n. 973). b6) Dans le cas d'espèce, le plein préjudice de la demanderesse pour perte de soutien s'élève à 577'332 francs . La défenderesse ne doit que 40 % de ce montant, soit 230'933 fr. , compte tenu de la faute concurrente de la victime fixée à 60 %. Selon le calcul de l'Office fédéral des assurances sociales en prévision du recours, la valeur capitalisée des prestations AVS est de 256'644 fr. pour la demanderesse. Il se fonde sur une rente mensuelle de veuve de 1'648 fr. à compter du 1^{er} septembre 2002, puis de 1'688 fr. dès le 1^{er} mars 2003. La subrogation suppose que l'assureur social couvre, par ses prestations, un dommage similaire aux prétentions en responsabilité que peut faire valoir le lésé. Il doit exister une concordance au niveau de l'événement dommageable, ainsi qu'une concordance temporelle, personnelle et fonctionnelle (matérielle) entre les prestations sociales et le dommage dont la réparation est demandée sur le plan civil (ATF 131 III 360 c. 7.2, JT 2005 I 502; Frésard-Fellay, op. cit., nn. 1229 ss). En l'occurrence se pose la question de la concordance temporelle, les autres éléments de concordance étant manifestement réalisés (sur la concordance fonctionnelle, cf. art. 74 al. 2 let. f LPGA). Avant la 10^{ème} révision de l'AVS, la rente de veuve s'éteignait ex lege lorsque naissait le droit à une rente vieillesse (ATF 126 V 506 c. 3 in fine). Selon l'art. 24b LAVS, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1997, si une personne remplit simultanément les conditions d'octroi d'une rente de veuve et d'une rente de vieillesse, seule la rente la plus

élevée sera versée. En principe, la rente de vieillesse est la plus élevée et se substitue donc à la rente de veuve (ATF 126 V 506 c. 3 in fine). La rente de veuve doit être calculée en capitalisant une rente sur deux têtes temporaire jusqu'à l'âge terme du soutien et jusqu'à l'âge AVS de la veuve (ATF 124 III 222 c. 3c, rés. JT 1998 I 757, qui se réfère à la table 26a de la 4^{ème} éd. des Tables de Stauffer/Schaetzle), soit selon la table 16a de Stauffer/Schaetzle. Pour un homme soutien de 43 ans et une femme soutenue de 46 ans, le facteur de capitalisation est de 12,67. En se fondant par simplification sur une rente mensuelle AVS de 1'688 fr., soit 20'256 fr. par an, le recours AVS pour la rente de veuve porte sur le montant de 256'644 francs. (20'256 x 12,67). Ce montant, qui correspond au calcul de l'AVS, doit être déduit de la perte de soutien. Selon le calcul de la SUVA en prévision du recours, la valeur capitalisée des prestations LAA est de 448'623 fr. pour la demanderesse. Il se fonde sur une rente LAA initiale de 709 fr., qui a ensuite augmenté à 2'294 fr. depuis le 1^{er} octobre 2005 et à 2'500 fr. depuis le 1^{er} mars 2009. La rente LAA allouée au conjoint survivant est en principe viagère (art. 29 al. 6 LAA). Dans l'hypothèse où l'on examine séparément la perte de soutien pour la période de l'activité lucrative et pour la période de la retraite, la concordance temporelle implique la scission de la rente de survivants LAA en deux parts, soit celle pour la période jusqu'à l'âge AVS et celle pour la période postérieure, jusqu'au décès de l'ayant droit (Frésard-Fellay, op. cit., n. 1264). Compte tenu de la complexité du calcul des rentes différées et temporaires sur deux têtes, la pratique admet, en cas de rente croissante, qu'il soit procédé à une capitalisation sur une seule tête (Frésard-Fellay, op. cit., n. 1767; Schaetzle/Weber, op. cit., n. 2.571 p. 242). On obtient les montants suivants : - rente LAA mensuelle de base de 709 fr. dès le 1^{er} septembre 2002 : $709 \times 12 = 8'508$ fr., capitalisable comme rente temporaire jusqu'au 65 ans du soutien (table 11), âge 43 ans = facteur 14,44; $8'508 \times 14,44 = 122'856$ fr. ; - 1^{ère} augmentation : rente de 2'294 fr. dès le 1^{er} octobre 2005 : $2'294 - 709 = 1'585 \times 12 = 19'020$ fr.; facteur d'une rente différée de 3 ans [par rapport à 43 ans], temporaire jusqu'à 65 ans = soustraction facteur "rente temporaire jusqu'au 65 ans du soutien" (table 11) – facteur "rente temporaire d'une durée de 3 ans" (table 12x), soit $14,44 - 2,84 = 11,6$ $19'020 \times 11,6 = 220'632$ fr. ; - 2^{ème} augmentation : rente de 2'500 fr. dès le 1^{er} mars 2009 : $2'500 - 2'294 = 206 \times 12 = 2'472$ fr.; facteur d'une rente différée de 6 ans [par rapport à 43 ans], temporaire jusqu'à 65 ans = soustraction facteur "rente temporaire jusqu'au 65 ans du soutien" (table 11) – facteur "rente temporaire d'une durée de 6 ans" (table 12x), soit $14,44 - 5,37 = 9,07$ $2'472 \times 9,07 = 22'421$ fr. Le total de 365'909 fr., inférieur au calcul SUVA (448'623 fr.), qui ne couvre probablement pas la même période. Même en se fondant sur le plus bas montant, il apparaît que les prestations LAVS et LAA ($256'644 + 365'909 = 622'553$ fr.) excèdent le préjudice total (577'332 francs). En ce qui concerne la prévoyance professionnelle, il n'y avait pas de droit de subrogation ancré dans la loi avant que soit adopté l'art. 34b LPP, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005 (Duc, Coordination et droit de recours in Journées du droit de la circulation routière 14-15 mars 2006, p. 188). Cet article n'a pas d'effet rétroactif sur les événements dommageables intervenus avant le 1^{er} janvier 2005, selon le principe général du droit transitoire (ATF 132 III 321 c. 2.3.1, JT 2006 I 447). Selon l'art. 26 aOPP2 applicable jusqu'au 31 décembre 2004, l'institution de prévoyance pouvait, si son règlement le prévoyait, exiger de celui qui demandait des prestations de survivants ou d'invalidité qu'il lui cédât ses droits envers le tiers responsable du dommage jusqu'à concurrence du montant des prestations qu'elle devait. Cette disposition conditionnait l'exercice du recours contre le tiers responsable à l'existence d'une cession des ayants droit à l'institution de prévoyance. Les termes de l'art. 26 alinéa 2 OPP2

"jusqu'à concurrence du montant des prestations qu'elle doit" signifiaient que la cession s'étendait à toutes les prestations réglementaires, tant à celles de la prévoyance professionnelle obligatoire qu'à celles de nature surobligatoire, et ce, aussi longtemps qu'elles étaient en concordance matérielle et temporelle avec le dommage. Cette disposition ne faisait que prévoir un droit de cession, sans instituer un véritable droit de subrogation ou de recours en faveur de l'institution de prévoyance. Faute de dispositions légales, il fallait appliquer par analogie les règles du Code des obligations, en particulier celles de l'art. 51 al. 2 CO relatif au concours de diverses causes du dommage (Duc, op. cit., pp. 188 et 189; Cciv., 45/2006 du 24 mars 2006). En bref, le fondement juridique du droit de recours des caisses de pension s'inscrit d'une part dans l'art. 51 al. 2 CO appliqué par analogie, d'autre part dans l'art. 26 OPP2. L'institution de prévoyance a dans tous les cas un droit de recours pour les prestations courues conformément à l'art. 51 al. 2 CO, et ce, même sans droit de cession prévu dans le règlement. Le recours de l'art. 51 al. 2 CO ne concerne que les prestations passées. Pour les prestations futures, un recours n'est possible que moyennant une déclaration de cession valable (Duc, op. cit., p. 192; Cciv., 45/2006 du 24 mars 2006). Dans le cas d'espèce, le règlement de l'institution de prévoyance n'a pas été produit et n'a pas fait l'objet d'une réquisition de production. En l'absence d'un droit de cession établi, le recours de l'institution de prévoyance doit être établi sur la base des seules prestations passées. Par simplification, le calcul se fonde sur des prestations allouées jusqu'au 30 avril 2010, le jugement étant rendu le 28 avril 2010. Le décompte est le suivant : 1) rente annuelle LPP de 1'338 fr. 60 (= rente mensuelle de 111 fr. 55) pour la période du 1^{er} septembre 2002 au 31 décembre 2005 (4 mois + 3 ans) = 446 fr. 20 + 4'015 fr. 80 = 4'462 fr. 2) rente annuelle LPP de 1'650 fr. 60 pour la période du 1^{er} janvier au 30 juin 2006 (6 mois) = 825 fr. 30 (1'650 fr. 60 ÷ 2) 3) rente annuelle LPP de 3'762 fr. (= 313 fr. 50) pour la période du 1^{er} juillet 2006 au 30 avril 2010 (3 ans + 10 mois) = 11'286 fr. + 3'135 fr. = 14'421 fr. Au total, le recours pour les prestations LPP déjà servies s'élève à 19'708 fr. 30 . La demanderesse ne dispose dès lors d'aucune prétention en perte de soutien contre la défenderesse. c) Dans son mémoire de droit, la demanderesse prétend à une quote-part de 50 % sur le revenu hypothétique de 175'000 fr. que le défunt toucherait après sa retraite à l'âge de 65 ans en 2025; ce revenu équivaldrait au 50 % de son dernier revenu hypothétique de 350'000 francs. Le revenu hypothétique de 110'000 fr. tient compte des cotisations aux assurances sociales (supra, c. 2d). Celles-ci ayant été incluses dans la capitalisation, le dommage consécutif à la diminution de rente a déjà été pris en compte (ATF 126 II 237 c. 5, JT 2002 IV 93). d) Il convient ensuite de déterminer la perte de soutien subie par les trois enfants de la victime. En se fondant sur une quote-part de 12,5 % chacun sur un revenu annuel hypothétique de 110'000 fr., on obtient une perte de soutien annuelle de 13'750 francs . Il n'a pas été allégué ni établi que les enfants de la victime tiraient des revenus de la fortune héritée, de sorte qu'il n'y a pas de déduction à opérer de ce chef. Il convient de capitaliser les montants dus selon la table 12x de Stauffer/Schätzle, relative à une rente d'activité temporaire pour un homme, au taux d'intérêt de 3,5 %. L'âge du père était de 43 ans au moment du décès. Pour l'aîné, la durée de soutien est de 3 ans, soit jusqu'en 2005. Le facteur de capitalisation est de 2,84 . La perte de soutien totale s'élève à 39'050 francs ; en tenant compte de la faute de la victime, le montant dû par la défenderesse est de 15'620 fr. (40 % de 39'050 fr.). Pour le puîné, la durée de soutien est de 4 ans, soit jusqu'en 2006; le facteur de capitalisation est de 3,72 ; la perte de soutien totale est de 51'150 fr. ; le montant dû est de 20'460 fr. (40 % de 51'150 fr.). Pour le cadet, la durée de soutien est de 6 ans, soit jusqu'en 2008; le facteur de capitalisation est de 5,37 ; la perte de soutien totale est de

73'837 fr. 50 ; le montant dû est de 29'535 fr. (40 % de 73'975 fr.). Le plein préjudice de perte de soutien pour les trois enfants est de 164'037 fr. (39'050 + 51'150 + 73'837). De ce montant doivent être déduites les prestations concordantes des assurances. Selon les calculs de l'OFAS et de la SUVA, les prestations capitalisées AVS et LAA pour eux trois s'élèvent à 231'962 fr. (178'657 + 53'305). Il faut s'assurer que ces montants couvrent la même période de soutien que celle retenue ici, soit respectivement jusqu'au mois de juin 2005, juin 2006 et juin 2008. En recalculant les droits de subrogation AVS et LAA sur la base des rentes initiales, par simplification, on obtient les montants suivants : Aîné : Rente AVS : 824 fr. x 12 = 9'888 fr., rente temporaire de 3 ans, table 12x = facteur 2,84 = 28'081 francs . Rente LAA : 798 fr. x 12 = 9'576 fr. x 2,84 = 27'196 francs . Puîné : Rente AVS : 9'888 fr., rente temporaire de 4 ans x facteur 3,72 = 36'783 francs . Rente LAA : 9'576 fr. x 3,72 = 35'623 francs . Cadet : Rente AVS : 9'888 fr., rente temporaire de 6 ans x facteur 5,37 = 53'098 francs . Rente LAA : 9'576 fr. x 5,37 = 51'423 francs . Selon ce calcul, la capitalisation des prestations AVS est de 117'962 francs. Quant aux prestations LAA, elles atteignent 114'242 fr., soit un montant inférieur à celui versé par la SUVA, lequel fait foi (53'305 fr.). Au total, les prestations AVS et LAA s'élèvent ainsi à 171'267 fr. (117'962 + 53'305). Ce montant est déjà supérieur au plein préjudice subi par les trois demandeurs. Il faut encore y ajouter la subrogation pour les prestations LPP versées. Ceux-ci ne peuvent dès lors former aucune prétention en perte de soutien.

IV. Les demandeurs prétendent au paiement d'une indemnité pour tort moral.

a) La responsabilité du détenteur au sens de l'art. 58 al. 1 LCR couvre le dommage corporel, y compris le tort moral. L'octroi de l'indemnité pour tort moral est régi par l'art. 47 CO (art. 62 al. 1 LCR; Brehm, Haftpflicht, nn. 43, 291 et 293). Selon l'art. 47 CO, le juge peut, en tenant compte de circonstances particulières, allouer à la victime de lésions corporelles ou, en cas de mort d'homme, à la famille une indemnité équitable à titre de réparation morale. Cette indemnité a pour but exclusif de compenser le préjudice que représente une atteinte au bien-être moral. Le principe d'une indemnisation du tort moral et l'ampleur de la réparation dépendent d'une manière décisive de la nature et de la gravité de l'atteinte, de l'intensité et de la durée des effets sur la personnalité de la victime concernée, du degré de la faute de l'auteur de l'atteinte et de la possibilité d'adoucir de façon sensible, par le versement d'une somme d'argent, la douleur physique ou morale. Les "circonstances particulières" dont le juge doit tenir compte consistent dans l'importance de l'atteinte à la personnalité du lésé (TF 4A_489/2007 du 22 février 2008 c. 8.2; ATF 132 II 117 c. 2.2.2; ATF 125 III 412 c. 2a, JT 2006 IV 118). En cas de décès, il faut tenir compte de l'intensité des relations qui existaient entre le défunt et ses proches; la proximité des liens de parenté et l'existence d'un ménage commun constituent des présomptions de fait en faveur d'une indemnité plus élevée. La perte d'un conjoint est considérée comme la souffrance la plus grave; vient ensuite celle causée par la mort d'un enfant, puis celle due au décès du père ou de la mère (Werro, op. cit., n. 23 ad art. 47 CO; Brehm, op. cit., nn. 136, 141 et 148 ad art. 47 CO). La douleur morale des proches d'une personne devenue gravement invalide à vie est considérée comme supérieure à celle résultant d'un décès (ATF 113 II 323 c. 6, JT 1988 I 699). L'art. 59 al. 1 et 2 LCR s'applique aussi à la réparation du tort moral. L'auteur de l'atteinte ne peut dès lors se libérer de sa responsabilité pour tort moral qu'en cas de faute grave exclusive du lésé. En cas de faute non exclusive, l'indemnité peut tout au plus être réduite en application de l'art. 59 al. 2 LCR (ATF 124 III 182 c. 4d). L'ampleur de la réduction est en principe du même ordre que celle effectuée pour les dommages-intérêts (ATF 129 IV 149 c. 4.1, JT 2005 IV 193). La détermination de l'indemnité pour tort moral relève du pouvoir d'appréciation du juge.

Destinée à réparer un dommage difficilement réductible à une simple somme d'argent, cette indemnité échappe à toute fixation selon des critères mathématiques; son évaluation en chiffres ne saurait excéder certaines limites. L'indemnité allouée doit être équitable. Le juge en proportionnera le montant à la gravité de l'atteinte subie et évitera que la somme accordée n'apparaisse dérisoire à la victime (ATF 129 IV 22 c. 7.2, rés. in JT 2006 IV 182). La comparaison avec d'autres affaires doit se faire avec prudence, dès lors que le tort moral touche aux sentiments d'une personne déterminée dans une situation donnée et que chacun réagit différemment au malheur qui le frappe. Cela étant, une comparaison n'est pas dépourvue d'intérêt et peut être, suivant les circonstances, un élément utile d'orientation (TF 6B_199/2007 du 13 mai 2008 c. 6.2). S'il s'inspire de certains précédents, le juge veillera à les adapter aux circonstances actuelles pour tenir compte de la dépréciation de la monnaie (ATF 129 IV 22 c. 7.2, rés. in JT 2006 IV 182). b) La doctrine propose l'alternative suivante : soit le juge détermine le montant de l'indemnité en se fondant sur les critères d'évaluation ("Ansätzen") en vigueur à la date de l'accident et alloue un intérêt de 5 % dès cette date; soit il se place au jour du jugement et alloue une indemnité pour tort moral sans intérêt pour la période antérieure au jugement, considérant que l'ayant droit bénéficie d'une indemnité plus élevée que si elle avait été fixée au jour de l'accident (Brehm, op. cit., nn. 94-96 ad art. 47 CO, cité à l'ATF 116 II 295 c. 5b, JT 1991 I 38, dans lequel le Tribunal fédéral ne se prononce pas sur cette alternative). Dans un arrêt rendu en 2002, le Tribunal fédéral a souligné que l'intérêt fait partie de la réparation du tort moral et qu'on ne saurait prétendre satisfaire à ce principe simplement en fixant le montant de l'indemnité d'après les critères en vigueur au moment du jugement. La Haute Cour a mis en doute l'exactitude de l'alternative évoquée dans l'arrêt précité, d'une part parce qu'il paraît problématique de parler de "critères d'évaluation" au regard du large pouvoir d'appréciation dont dispose le juge, d'autre part parce qu'en cas de modification générale dans l'ordre de grandeur des sommes allouées, les principes généraux commandent de juger toute décision pendante à l'aune de la nouvelle pratique (ATF 129 IV 149 c. 4.2, JT 2005 IV 193). Dans une affaire de 2005, le Tribunal fédéral a constaté que l'indemnité allouée excédait très nettement les montants octroyés dans les années précédant l'accident survenu en 1972; en revanche, elle était conforme à la pratique judiciaire en vigueur. L'autorité intimée avait néanmoins fait courir l'intérêt dès la date de l'accident. A défaut de recours de la part de l'assurance RC, la Haute Cour a renoncé à examiner s'il eût été préférable, en vue de l'application correcte de l'art. 47 CO, de ne pas allouer d'intérêt antérieurement au jugement; tout au plus a-t-elle constaté que la décision entreprise ne comportait, au détriment de la victime et recourante, aucun excès du pouvoir d'appréciation ni aucune iniquité choquante (TF 4C.433/2004 du 2 mars 2005 c. 4.3). c) La veuve de la victime demande 50'000 fr. d'indemnité pour tort moral et chacun des trois enfants 30'000 francs, ces sommes portant intérêt dès l'accident. Quant à la défenderesse, elle admet au maximum une indemnité de 40'000 fr. pour le conjoint survivant et 25'000 fr. par enfant; ces montants s'entendraient sans intérêt et avant déduction pour faute concomitante du lésé. d) La victime est décédée subitement dans un accident de la circulation à l'âge de 43 ans. De l'avis des personnes qui connaissaient bien le couple et leurs enfants, c'était une famille unie et les survivants ont été très affectés par le brutal décès de leur mari et père. Pour la perte d'un conjoint, la pratique entre 1998 et 2000 tendait à allouer une indemnité moyenne de 30'000 francs. Entre 2001 et 2005, l'indemnité moyenne était comprise entre 30'000 et 40'000 francs (Hütte/Ducksch/Guerrero, Die Genugtuung, Eine tabellarische Übersicht über Gerichtsentscheide, 3 ème éd., état août 2005, II/1). Par ailleurs, pour la perte d'un père ou d'une mère, la pratique entre 1998 et 2000 tendait à

allouer une indemnité moyenne comprise entre 13'000 et 15'000 francs. En 2001 et 2002, l'indemnité moyenne se situait entre 25'000 et 30'000 francs. Entre 2003 et 2005, l'indemnité moyenne était de 25'000 francs (Hütte/Ducksch/Guerrero, op. cit., IV/1). En 2006, la cour de céans a alloué une indemnité de 30'000 fr. pour un enfant âgé d'un peu plus de 3 ans et demi au moment de la mort de son père dans un accident de la circulation survenu en 1997. L'enfant n'avait eu que des contacts irréguliers avec son père. L'auteur du dommage avait commis une faute grave; le lésé répondait d'une faute concomitante justifiant un facteur de réduction de 20 %. Une indemnité de 24'000 fr. a été allouée, portant intérêt à 5 % dès l'accident (Cciv. 60/2006 du 27 avril 2006). En 2008, la cour de céans a alloué une indemnité de 30'000 fr. par veuve et de 15'000 fr. par enfant majeur, ceux-ci étant très liés à leur père et traumatisés par sa disparition. Les sommes portaient intérêt dès l'accident d'avion survenu en 1996 (Cciv. 183/2008 du 12 décembre 2008) Au vu des éléments qui précèdent, il se justifierait d'allouer, dans l'hypothèse d'une pleine responsabilité du détenteur, une indemnité pour tort moral de 45'000 francs pour la veuve et de 30'000 fr. pour chacun des trois enfants du défunt. En tenant compte d'une réduction de 60 % pour faute concomitante de la victime, la demanderesse a droit à un montant de 18'000 fr. (40 % de 45'000 fr.) et chacun des trois demandeurs à un montant de 12'000 fr. (40 % de 30'000 fr.). L'intérêt à 5 % l'an court dès le jour du jugement. La demanderesse se prévaut vainement d'une jurisprudence du Tribunal fédéral. Dans l'affaire en cause, la veuve s'était certes vu allouer une indemnité pour tort moral de 70'000 francs. Toutefois, la faute du conducteur était particulièrement grave, celui-ci ayant volontairement empêché un autre véhicule de le dépasser et provoqué ainsi une collision frontale mortelle; la mort de la victime aurait aisément pu être évitée. La veuve, qui avait assisté à l'accident, était depuis lors affectée d'une incapacité de travail à 100 % et sous soins médicaux constants (TF 4A_423/2008 du 12 novembre 2008 c. 2.4 et 2.6). Les situations ne sont dès lors pas comparables. V. Les demandeurs prétendent enfin à l'indemnisation de leurs frais d'avocat avant l'ouverture de l'action, à concurrence de 20'000 francs. a) Bien que les frais de défense ne constituent ni un dommage corporel ni un dommage matériel au sens des art. 58 al. 1 et 61 LCR, le Tribunal fédéral refuse de les ranger dans les dommages purement économiques ou autres dommages dont l'indemnisation est exclue par la loi. Les frais de défense avant procès doivent être traités comme les dommages qui résultent directement d'une atteinte à l'intégrité corporelle ou aux choses (TF 4C.51/2000 du 7 août 2000 c. 2, SJ 2001 I 153). Ainsi, les frais liés à l'intervention d'un avocat avant l'ouverture d'un procès civil constituent un dommage réparable selon le droit de la responsabilité civile pour autant qu'ils ne soient pas compris dans les dépens accordés selon le droit de procédure cantonal et que l'assistance qui a donné lieu à ces frais soit justifiée, nécessaire et appropriée (TF 4C.303/2004 du 19 août 2008 c. 6.1). Sont inclus dans les frais antérieurs au procès les dépenses découlant de pourparlers transactionnels ou celles engagées dans une procédure pénale, dans la mesure où le lésé a participé à celle-ci pour défendre ses intérêts de nature civile et où l'assistance juridique qui a donné lieu à ces frais est justifiée, nécessaire et appropriée. Toutefois, si cette procédure antérieure permet d'obtenir des dépens, même tarifés, il n'est alors plus possible de faire valoir une prétention en remboursement des frais de défense par une action ultérieure en responsabilité civile (TF 4C.51/2000 du 7 août 2000 c. 2, SJ 2001 I 153). Il s'agit d'un poste de dommage soumis aux facteurs généraux pouvant entraîner une réduction de l'indemnité, tels que la faute concomitante du lésé. Il n'y a faute concomitante que si le comportement reproché au lésé est en rapport de causalité naturelle et adéquate avec la survenance du préjudice. Il s'ensuit qu'une réduction de l'indemnisation des frais d'avocat en

fonction de la quote-part de responsabilité de la victime de l'accident ne doit intervenir que si son comportement fautif a contribué à provoquer ou à aggraver ce poste de dommage. La quotité de la réduction peut ne pas être identique à celle qui est appliquée pour les autres postes de dommage (TF 4C.303/2004 du 19 août 2008 c. 6.1 et 6.2). b) En l'occurrence, la note d'honoraires du conseil des demandeurs, d'un montant de 19'900 fr., couvre la période comprise entre le mois de juillet 2003 et le 28 juin 2005. L'arrêt du Tribunal d'accusation confirmant l'ordonnance de non-lieu date du 30 janvier 2003, et le dépôt de la demande civile du 1^{er} juillet 2005. Les frais d'avocat ne concernent donc pas la procédure pénale. Il ressort de l'état de fait qu'au cours de la période considérée, le conseil des demandeurs a adressé plusieurs correspondances à la défenderesse. Il existait des divergences au sujet des responsabilités du cycliste et de la conductrice. Les parties ont consulté un expert juridique indépendant, ce qui a nécessité une séance de mise en œuvre puis le dépôt de déterminations. La défenderesse a invité les demandeurs à chiffrer ce qu'ils estimaient être leur dommage. En août 2004, le conseil des demandeurs a déposé un mémoire de calcul de dommage. Il existe sans conteste un rapport de causalité adéquate entre le comportement du cycliste, respectivement le problème de répartition des responsabilités, et les frais d'avocat. Le même facteur de réduction peut être retenu que pour les autres postes du dommage, soit 60 % , de sorte que la part des honoraires que doit couvrir la défenderesse doit être arrêtée à 7'960 fr. et arrondie à 8'000 francs. Les demandeurs concluent à un intérêt de 5 % l'an à compter du 28 août 2004, date de réception de leur courrier de mise en demeure formelle. Le dommage comprend l'intérêt à partir du moment où l'événement dommageable a manifesté ses effets financiers (" sich finanziell ausgewirkt hat ") jusqu'au paiement. L'intérêt compensatoire se distingue de l'intérêt moratoire avant tout par le fait qu'il ne requiert pas de sommation du débiteur (ATF 131 III 12 c. 9.1, JT 2005 I 488; ATF 130 III 591 c. 4, JT 2006 I 131). Selon le Commentaire bernois, les frais d'avocat constituent un dommage patrimonial (par opposition à un dommage corporel ou matériel) qui naît avec l'exigibilité de la facture (Brehm, op. cit., n. 101f ad art. 41 CO). L'intérêt compensatoire de 5 % commence dès lors à courir dès la date de la facture, soit le 28 juin 2005. VI. Obtenant gain de cause sur une partie seulement de leurs conclusions, les demandeurs ont droit à des dépens réduits de trois quarts, à la charge de la défenderesse, qu'il convient d'arrêter à 35'434 fr. 85, savoir : a) 10'000 fr. à titre de participation aux honoraires de leur conseil; b) 500 fr. pour les débours de celui-ci; c) 24'934 fr. 85 en remboursement du quart de leur coupon de justice.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.