

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3947/2009-LAVI

ATA/885/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 14 décembre 2010

dans la cause

Madame J _____

agissant pour elle-même et pour ses enfants A. et S. J. _____

Monsieur J _____

représentés par Me Robert Assaël, avocat

contre

INSTANCE D'INDEMNISATION LAVI

EN FAIT

1. Madame J_____, ainsi que ses enfants, Ar_____, né en 1992, Al_____, né en 1997 et S_____, né en 2003, sont respectivement la veuve et les enfants de feu Monsieur J_____.

Ce dernier, né en 1956, était ressortissant suisse et irakien. Il avait suivi une formation d'ingénieur en électronique au Kurdistan, jusqu'en 1978. Il était venu à Genève en 1981, où il avait repris ses études, obtenant en 1992 un doctorat en relations internationales de l'Institut universitaire des hautes études internationales.

En 1990, M. J_____ avait épousé Mme J_____ et la famille a obtenu la nationalité helvétique.

Il avait créé la société J_____ S.A. en 1992, puis, en 2004, la société K_____ Ltd (ci-après : K_____).

Depuis 1994, il a de plus été professeur invité dans diverses universités.

2. Au mois de juin 2005, M. J_____ s'était rendu à Bagdad, en Irak. Il désirait rencontrer sa famille qui y résidait, le président irakien récemment élu et des ministres d'origine kurde qu'il connaissait, ainsi que des partenaires commerciaux pour la société K_____, qui avait signé des contrats avec des sociétés du groupe italien Fiat pour vendre des véhicules de cette marque en Irak.

Le 28 juin 2005, M. J_____ circulait à Bagdad, dans un véhicule conduit par son frère. Il a été abattu par une soldate américaine et il est décédé sur le coup.

Selon les informations communiquées par les autorités américaines, le véhicule dans lequel se trouvait M. J_____ n'avait pas freiné alors qu'il approchait d'un convoi de quatre véhicules militaires, malgré les alertes visuelles et sonores. A moins de 10 mètres du convoi, une soldate avait pointé son arme, afin de l'avertir, sans succès, puis avait visé le terre-plein situé au milieu de l'autoroute et tiré un coup d'avertissement. Suite à un ricochet, ce tir avait été mortel pour M. J_____.

Selon les déclarations faites par le frère de M. J_____, il circulait sur la voie la plus rapide d'une autoroute à quatre voies. Il n'avait pas vu le convoi avant le tir, ni entendu de signal sonore ou de sirènes. Lorsqu'il avait aperçu les véhicules de l'armée américaine, immédiatement après le coup de feu fatal, ces derniers étaient situés à l'extrême droite de l'autoroute.

3. Le 28 juin 2007, Mme J_____, agissant tant pour elle-même que pour ses trois enfants, ainsi qu'un certain nombre d'autres membres de la famille de son mari, ont saisi l'instance d'indemnisation des victimes d'infractions (ci-après : instance LAVI) d'une requête.

L'Etat de Genève devait verser CHF 100'000.- pour elle-même et CHF 100'000.- pour chacun de ses enfants, avec intérêts à 5 % dès le 28 juin 2005 au titre de la réparation des dommages matériels en relation avec la perte de soutien.

De plus, une somme de CHF 80'000.- avec intérêts à 5 % dès le 28 juin 2005 devait lui être allouée, au titre de tort moral ainsi que CHF 50'000.- à chacun de ses enfants, au même titre. Les droits des requérants devaient pour le surplus être réservés. En dernier lieu, une équitable indemnité valant participation aux honoraires d'avocat devait leur être accordée.

Les autorités américaines avaient offert la somme de USD 5'000.- à Mme J_____ à titre de dédommagement, ce qu'elle avait considéré comme manifestement insuffisant et qu'elle avait refusé. Le département fédéral des affaires étrangères (ci-après : DFAE) avait d'ailleurs indiqué que l'ambassade suisse à Washington avait signalé aux autorités concernées que cette indemnisation forfaitaire apparaissait clairement insuffisante dans le cas d'espèce.

Les requérants n'avaient pas reçu d'indemnités de la part des autorités étasuniennes et, selon un avis de droit remis par le DFAE, aucune action n'avait de chance d'aboutir hors de Suisse. Les autorités irakiennes n'étaient pas intervenues.

Pour la perte de soutien, il y avait lieu d'établir les revenus du défunt puis d'estimer son gain futur. Cette somme devait ensuite être répartie entre la veuve et les trois enfants.

La caisse genevoise de compensation (ci-après: la CCGE) versait à Mme J_____ une rente mensuelle de veuve de CHF 919.-, ainsi qu'une rente d'orphelin de CHF 460.- par mois pour chacun des enfants. Mme J_____ percevait CHF 600.- d'allocations familiales.

Pour déterminer ces sommes, la CCGE s'était fondée sur le revenu annuel moyen déterminant de M. J_____ de dix neuf années, soit CHF 42'570.-.

M. J_____ avait créé la société K_____ et avait déjà conclu plusieurs contrats avec des entreprises italiennes, selon un "business plan" qui prévoyait de vendre huit cents voitures la première année, puis mille trois cents et mille huit cents, ce qui permettait de déterminer le chiffre d'affaires prévisible pour la part de feu M. J_____ à CHF 382'500.-. De plus, ce dernier devait exercer dès le mois de juillet 2005 le poste de vice-ministre de l'économie auprès du gouvernement irakien, ce qui lui aurait procuré un revenu supplémentaire de USD

4'000.- ou CHF 4'900.- par mois. Le revenu annuel futur de l'intéressé aurait ainsi été au minimum de CHF 300'000.- par année ou CHF 25'000.- par mois, qui devaient servir de base de calcul.

Quant à la réparation du tort moral, le conjoint et les enfants d'une personne décédée y avaient droit.

4. Mme J_____ a été entendue en audience de comparution personnelle par l'instance LAVI le 4 septembre 2007. Elle a produit les attestations fiscales des trois dernières années et devait indiquer si son mari était assuré auprès d'une assurance accident ou s'il existait un institut de prévoyance. Elle avait reçu le capital d'une assurance vie de CHF 100'000.- qui avait permis de compléter les rentes. Son époux s'était rendu en Irak pour voir son père, malade. Il avait aussi des projets de coopération entre l'Irak et la Suisse, s'il devenait membre du gouvernement. Elle disposait d'une résidence secondaire en France mais vivait à Genève. Elle était encore trop éprouvée pour envisager de reprendre une activité professionnelle.
5. Le 6 novembre 2008, l'instance LAVI a relancé le conseil des requérants afin d'obtenir les informations sollicitées.
6. Le 28 mai 2009, Mme J_____ a indiqué que son époux, indépendant, n'était pas affilié à une institution de prévoyance. L'atteinte subie était manifestement illicite, puisqu'elle avait touché un droit absolu, la vie. Les avis de taxation fiscale des années 2002 à 2005 étaient produits.
7. Le 29 septembre 2009, l'instance LAVI a accordé une somme totale de CHF 1'916,50 au titre du préjudice à Mme J_____ et ses enfants. Une somme de CHF 20'000.- était accordée à Mme J_____ au titre de la réparation morale, ainsi que des sommes de CHF 10'000.- par enfant, au même titre. Une indemnité valant participation aux honoraires d'avocat en CHF 3'000.- lui était allouée.

Les requêtes formées par les autres membres de la famille étaient déclarées irrecevables, ces derniers n'étant pas domiciliés en Suisse.

M. J_____ avait commis une faute grave en prenant volontairement et consciemment un risque élevé, soit en décidant de se rendre en 2005 dans un pays en guerre. En conséquence, les sommes allouées au titre du préjudice et du tort moral devaient être réduites de moitié.

Concernant la réparation du préjudice, le revenu annuel futur de CHF 300'000.- ne se fondait pas sur des éléments sérieux. Le revenu moyen de M. J_____ ressortant des déclarations fiscales entre les années 2002 et 2005 avait été de CHF 40'581.-. Après déduction de la rente de veuve et capitalisation, la perte de soutien pour Mme J_____ ascendait à CHF 82'028,57, à CHF 5'545.- pour Ar_____, à CHF 7'274.- pour Al_____ et à CHF 8'992.- pour S_____, soit

au total
CHF 103'883.-. De cette somme, il fallait déduire celle versée par l'assurance vie, soit CHF 100'000.- puis réduire le solde de moitié, ce qui laissait un montant au titre de la réparation de la perte de soutien de CHF 1'916.50.

En tenant compte de la faute concomitante grave commise par M. J_____, la réparation du tort moral était fixée à CHF 20'000.- pour Mme J_____ et à CHF 10'000.- par enfant. L'indemnité pour frais d'avocat, compte tenu du dossier et de sa complexité, était fixée à CHF 3'000.-.

8. Par acte mis à la poste le lundi 2 novembre 2009, Mme J_____ et ses enfants ont saisi le Tribunal administratif d'un recours contre la décision litigieuse reçue le 2 octobre 2009.

Le droit d'être entendu avait été violé, car les requérants n'avaient jamais été invités à se déterminer sur l'existence d'une faute concomitante propre à réduire les sommes allouées.

M. J_____ était d'origine irakienne et kurde, toute sa famille vivait dans ce pays et son père souffrait d'un cancer. Dans ces circonstances, l'instance LAVI ne pouvait retenir l'existence d'une grave imprudence.

De plus, la question du gain futur n'avait pas été instruite par l'instance. Cette dernière aurait dû entendre des témoins et le tribunal devrait y procéder pour établir ce gain futur hypothétique. Le montant alloué pour la réparation du tort moral, même en tenant compte d'une hypothétique faute concomitante, était insuffisant. Des sommes de CHF 80'000.- pour Mme J_____ et de CHF 50'000.- pour chacun des enfant seraient adéquates.

La décision ne mentionnait pas la date à partir de laquelle des intérêts moratoires étaient dus, soit le 28 juin 2005.

Quant aux honoraires d'avocat, les requérants avaient conclu à la réserve de leurs droits et la décision devait être réformée en ce sens.

9. Le 4 décembre 2009, l'instance LAVI a persisté dans ses conclusions et transmis son dossier.
10. Le 4 janvier 2010, Mme J_____ a adressé au tribunal de céans un courrier reçu de la CCGE le 5 août 2005. M. J_____ restait devoir la somme CHF 9'721,40, qui serait compensée avec la rente due si elle n'était pas versée d'ici au 5 septembre 2005.
11. Le 8 mars 2010, le juge délégué a entendu Mme J_____ lors d'une audience de comparution personnelle, à sa demande.

Son époux s'était rendu à Bagdad pour voir son père, malade. Il désirait aussi se renseigner s'il était possible de retourner y vivre, car on lui avait proposé un poste de vice-ministre dans le gouvernement à constituer. Il désirait faire le point sur la situation commerciale des contrats conclus avec des sociétés italiennes. Lorsqu'il avait été tué, il circulait sur une autoroute, pas dans un champ de bataille.

Mme J_____ n'avait reçu aucune indemnité, que cela soit de la part des autorités irakiennes, américaines ou helvétiques. Elle était à la recherche d'un emploi.

12. En date du 12 mai 2010, le juge délégué a invité Mme J_____ à lui remettre une copie intégrale des pièces qui avaient été produites de manière incomplète dans le cadre de sa requête en indemnisation du 28 juin 2007.

Il a aussi prié Mme J_____ de se déterminer quant à l'information qui était diffusée sur le site www._____.com, lequel indiquait que M. J_____ avait décliné l'offre de participer au gouvernement irakien afin de rester avec sa famille à Genève.

13. Les 28 mai et 11 juin 2010, Mme J_____ a sollicité l'audition de deux associés de M. J_____ dans le projet K_____, soit Monsieur H_____ et Monsieur C. J_____, frère de M. J_____, présent au moment du décès de ce dernier. Celui-ci se trouvait en Suisse et à disposition du tribunal de céans durant un délai de cinq jours.

14. Les 27 août et 6 septembre 2010, Mme J_____ a remis un bordereau de pièces complémentaires au tribunal de céans. Etaient produits les contrats entre K_____ et F_____ SPA des 16 septembre et 5 novembre 2004 et celui entre K_____ et I_____ SPA du 18 juin 2004. Le contrat complet entre K_____ et R_____ SPA n'avait pu être retrouvé.

15. En date du 1^{er} novembre 2010, le juge délégué a entendu M. H_____ lors d'une audience d'enquêtes.

Il avait connu M. J_____ en 2000 et ils avaient créé K_____. Au sein de l'entreprise, M. J_____ était le "chief executive officer". Après huit mois de négociations, la société précitée avait signé trois contrats d'exclusivité de représentation en Irak, notamment pour les voitures Fiat. D'autres sociétés industrielles s'étaient alors montrées intéressées. M. J_____ devait gérer les offres et les contrats en Irak et était parti dans ce pays durant le mois de juin 2005 afin de s'organiser. Les relations de M. J_____ avec le gouvernement irakien étaient un avantage indéniable pour les projets en cours.

Suite au décès de M. J_____, tous les projets, qui étaient potentiellement extrêmement rémunérateurs, avaient été arrêtés.

Au terme de l'audience, la cause a été gardée à juger avec l'accord des parties.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 4 du règlement relatif à l'instance d'indemnisation prévu par la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infraction du 11 août 1993 - RILAVI - J 4 10.02 ; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. Les recourants invoquent la violation de leur droit d'être entendu par l'instance LAVI, qui ne les a jamais invités à se déterminer sur l'existence d'une faute concomitante de M. J_____ propre à réduire les sommes allouées. Ils ont sollicité l'audition du frère du défunt, M. C. J_____, dans un délai de cinq jours.

Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.256/2001 du 24 janvier 2002 consid. 2a et les arrêts cités ; ATA/784/2010 du 10 novembre 2010). Sa portée est déterminée en premier lieu par le droit cantonal (art. 41ss LPA) et le droit administratif spécial (Arrêt du Tribunal fédéral 1P.742/1999 du 15 février 2000 consid. 3a ; ATF 124 I 49 consid. 3a p. 51 et les arrêts cités ; Arrêt du Tribunal fédéral du 12 novembre 1998 publié in RDAF 1999 II 97 consid. 5a p. 103). Si la protection prévue par ces lois est insuffisante, ce sont les règles minimales déduites de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) qui s'appliquent (Arrêts du Tribunal fédéral 2P.256/2001 du 24 janvier 2002 consid. 2b ; 1P.545/2000 du 14 décembre 2000 consid. 2a et les arrêts cités ; B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 198).

Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre. Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne pourraient l'amener à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (Arrêts du Tribunal fédéral 2P.200/2003 du 7 octobre 2003, consid. 3.1 ; 2P.77/2003 du 9 juillet 2003 consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/172/2004 du 2 mars 2004 ; ATA/39/2004 du 13 janvier 2004 consid. 2).

La réparation d'un vice de procédure en instance de recours et, notamment, du droit d'être entendu, n'est possible que lorsque l'autorité dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure (ATA/452/2008 du 2 septembre 2008 consid. 2b ; ATA/430/2008 du 27 août 2008 consid. 2 ; P. MOOR, Droit administratif, Les actes administratifs et leur contrôle, vol. 2, 2e éd., Berne 2002, ch. 2.2.7.4 p. 283). Elle dépend toutefois de la gravité et de l'étendue de l'atteinte portée au droit d'être entendu et doit rester l'exception (ATF 126 I 68 consid. 2 p. 72 et les arrêts cités ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C.63/2008 du 25 août 2008 consid. 2.1) ; elle peut cependant se justifier en présence d'un vice grave lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure (ATF 133 I 201 consid. 2.2 p. 204). En outre, la possibilité de recourir doit être propre à effacer les conséquences de cette violation. Autrement dit, la partie lésée doit avoir le loisir de faire valoir ses arguments en cours de procédure contentieuse aussi efficacement qu'elle aurait dû pouvoir le faire avant le prononcé de la décision litigieuse (ATA/534/2010 du 4 octobre 2010 et les réf. citées).

En l'espèce, l'éventuelle violation du droit d'être entendu commise par l'instance LAVI a été en tout état réparée par le Tribunal administratif, qui dispose du même pouvoir d'appréciation que la première nommée.

D'autre part, l'audition du frère du défunt n'est, par une appréciation anticipée des preuves, pas déterminante pour l'issue du litige ; elle était de plus impossible à organiser dans un délai aussi bref que celui laissé au tribunal de céans. Il y sera en conséquence renoncé.

3. La loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions du 4 octobre 1991 (aLAVI) a été abrogée suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'aide aux victimes d'infractions du 23 mars 2007 (LAVI - RS 312.5 ; art. 46 LAVI). L'ancien droit reste toutefois applicable aux requêtes déposées pour des faits qui se sont déroulés avant l'entrée en vigueur de la nouvelle (art. 48 let. a LAVI). L'aLAVI dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2008 est donc applicable au cas d'espèce (ATA/33/2009 du 20 janvier 2009).
4. Entrée en vigueur le 1er janvier 1993, l'aLAVI a été adoptée pour assurer aux victimes une réparation effective et suffisante dans un délai raisonnable (Message du Conseil fédéral concernant l'aLAVI du 25 avril 1990, FF 1990, vol. II pp. 909 ss, not. 923 ss).

L'art. 1er al. 2 aLAVI précise l'objet de l'aide fournie, soit notamment la protection de la victime et la défense de ses droits dans la procédure pénale (let. b), l'indemnisation et la réparation morale (let. c).

Bénéficie de ces mesures d'aide toute personne qui a subi, du fait d'une infraction, une atteinte directe à son intégrité corporelle, sexuelle ou psychique

(victime), que l'auteur ait été ou non découvert ou que le comportement de celui-ci soit ou non fautif (art. 2 al. 1 aLAVI).

Le conjoint, les enfants, les père et mère ainsi que d'autres personnes unies à la victime par des liens analogues sont assimilés à celle-ci en ce qui concerne notamment l'indemnité et la réparation morale, dans la mesure où ces personnes peuvent faire valoir des prétentions civiles contre l'auteur de l'infraction (art. 2 al. 2 let. c aLAVI).

5. a. Selon l'art. 12 al. 1 aLAVI, la victime a droit à une indemnité pour le dommage qu'elle a subi. En mettant en place le système d'indemnisation prévu par l'aLAVI, le législateur n'a cependant pas voulu assurer à la victime une réparation pleine, entière et inconditionnelle de ce dommage. L'indemnisation fondée sur l'aLAVI a au contraire pour but de combler les lacunes du droit positif, afin d'éviter que la victime supporte seule son dommage lorsque l'auteur de l'infraction est inconnu ou en fuite, lorsqu'il est insolvable, voire incapable de discernement (ATF 125 II 169, consid. 2b, p. 173-174 et les références citées). Le législateur délégué a ainsi fixé une limite de revenu au-delà de laquelle aucune indemnité n'est versée (art. 3 al. 2 de l'ancienne ordonnance sur l'aide aux victimes d'infractions du 18 novembre 1992 ; aOAVI - RS 312.51) ; tel est le cas si les revenus de la victime, calculés selon les critères posés à l'art. 11 de la loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI du 6 octobre 2006 (LPC - RS 831.30), dépassent le quadruple du montant destiné à la couverture des besoins vitaux fixés par l'art. 10 LPC. Lorsque les revenus de la victime couvrent ses besoins vitaux sans dépasser le montant-plafond, l'indemnité sera partielle, ne couvrant qu'une proportion du dommage (art. 3 al. 3 aOAVI). Ce n'est que si les revenus déterminants ne couvrent pas les besoins vitaux que l'indemnité couvre intégralement le dommage (art. 3 al. 1 aOAVI). L'art. 13 al. 3 aLAVI et l'art. 4 al. 1 aOAVI fixent le montant maximum de l'indemnité à CHF 100'000.-. Cette limite supérieure vaut pour chaque personne qui a déposé une demande et non par cas (Recommandations de la conférence suisse des offices de liaison de la LAVI pour l'application de la LAVI du 21 janvier 2010, CSOL-LAVI, p. 39 ss, n° 4.5.6, disponibles sur le site internet <http://www.aide-aux-victimes.ch>).
- b. Si la personne concernée a subi une atteinte grave et que des circonstances particulières le justifient, une somme peut lui être versée à titre de réparation morale, indépendamment de son revenu (art. 12 al. 2 aLAVI).
- c. Lorsque la victime, par un comportement fautif, a contribué dans une mesure importante à créer ou à aggraver le dommage, le montant de l'indemnité peut être réduit (art. 13 al. 2 aLAVI). Selon la jurisprudence, il faut partir de l'idée que le législateur ne s'est pas trompé en s'abstenant de mentionner la réparation morale à l'art. 13 al. 2 aLAVI et de ne prévoir que l'indemnité pour perte de soutien. Cela n'empêche pas de prendre en considération, de cas en cas, lorsqu'elle est "importante", la faute de la victime. Toutefois, contrairement à ce qu'il prévoit

pour l'indemnité, le législateur n'impose pas cette prise en compte dans le cas de la réparation morale (ATF 123 II 210 = 1998 IV p. 182). Ultérieurement, la jurisprudence (ATF 132 II 117) a précisé que la détermination de l'indemnité et de la réparation morale devait se faire par une application analogique des art. 47 à 49 de loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220).

6. L'instance LAVI a retenu que M. J_____ avait commis une grave imprudence en se rendant en Irak, un pays en guerre.

Cette appréciation ne tient nullement compte du fait que le défunt, ressortissant suisse et irakien, avait notamment son père, dont il est dit qu'il était malade, dans ce pays. Il ne s'y est pas rendu pour faire du tourisme. En outre, si les informations aux voyageurs diffusées par le DFAE recommandaient de ne pas se rendre en Irak, l'office fédéral des migrations (ci-après : ODM) a, le 30 janvier 2004, levé le moratoire sur les décisions et l'exécution des renvois instauré en mars 2003 vers l'Irak, ce qui impliquait que ce pays ne présentait pas, à l'époque, un « danger imminent » notamment pour la vie (art. 4 de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 - LAsi - RS 142.31; communiqué de presse de l'ODM du 30 janvier 2004 [consulté le 8 décembre 2010] à l'adresse <http://www.bfm.admi.ch/fr/home/dokumentation/medienmitteilungen/2004/2004-01-30.html>).

Dans ces conditions, le tribunal admettra qu'en se rendant en 2005 dans son pays d'origine, M. J_____ n'a pas adopté de comportement fautif de nature à entraîner une réduction des indemnités pour préjudice et tort moral.

7. a. L'art. 45 CO régit les conséquences patrimoniales qui découlent des cas de mort d'homme. L'al. 3 de cette disposition précise que lorsque d'autres personnes ont été privées de leur soutien à la suite du décès, il y a lieu de les indemniser pour cette perte.

L'art. 45 al. 3 CO déroge au système général du code des obligations en permettant exceptionnellement la réparation du préjudice réfléchi, c'est-à-dire subi par contrecoup par des tiers indirectement lésés, et doit, de ce fait, être interprété restrictivement (cf. Arrêt du Tribunal fédéral A_845/2007 du 17 février 2010, et les références citées).

b. Pour déterminer le montant du préjudice, il faut estimer le gain que le lésé aurait retiré de son activité professionnelle (ATF 129 III 135 consid. 2.2 p. 141; 116 II 295 consid. 3a/aa). Dans cette appréciation, la situation concrète de la personne concernée avant l'événement dommageable doit servir de point de référence. Cela ne signifie toutefois pas que le juge doit se limiter à la constatation du revenu réalisé jusqu'alors; l'élément déterminant repose davantage sur ce qu'aurait gagné annuellement le lésé dans le futur (ATF 116 II 295 consid. 3a/aa).

p. 297). Encore faut-il que le juge dispose pour cela d'un minimum de données concrètes (ATF 129 III 139 consid. 2.2). Il incombe au demandeur de rendre vraisemblables les circonstances susceptibles d'influer sur l'appréciation de son revenu. Le juge se montrera très prudent s'agissant d'admettre de telles variations salariales, car il y a en général trop d'inconnues et d'impondérables pour permettre une estimation satisfaisante (ATF 129 III 139 consid. 2.2 p. 141 et les références)

Ces principes s'imposent également à l'instance LAVI qui doit essayer de déterminer le revenu le plus vraisemblable, sur la base de tous les éléments dont elle dispose (Arrêt du Tribunal fédéral 1A.169/2001 du 7 février 2002). Le tribunal de céans est également tenu, en vertu du plein pouvoir d'examen dont il dispose en la matière (art. 17 aLAVI), d'analyser l'ensemble des preuves disponibles.

8. a. En l'espèce, les recourants se sont fondés sur un revenu annuel futur de M. J_____ de CHF 300'000.-. L'instance LAVI a estimé que ce montant ne reposait pas sur des éléments sérieux et a retenu que le revenu moyen de M. J_____ avait été de CHF 40'581,25 par an, sur la base de ses taxations fiscales.

b. En ce qui concerne le poste de vice-ministre de l'économie auprès du gouvernement irakien qui avait été proposé à M. J_____ dès le mois de juillet 2005, il ressortait du site www._____.com [consulté le 10 mai 2010] que ce dernier avait décliné l'offre afin de rester avec sa famille à Genève. Les recourants n'ayant pas donné suite au courrier du juge délégué du 12 mai 2010 les invitant à se déterminer à ce sujet, le tribunal retiendra que feu M. J_____ avait effectivement décliné l'offre de participer au gouvernement irakien et par conséquent n'aurait pas perçu le salaire de USD 4'000.- par mois.

c. M. J_____ avait créé la société K_____ en 2004. Il ressort des pièces que plusieurs contrats, soit ceux entre K_____ et F_____ SPA des 16 septembre et 5 novembre 2004 et celui entre K_____ et I_____ SPA du 18 juin 2004 avaient été conclus. Selon le "business plan", le chiffre d'affaire prévisible pour la part de M. J_____ se montait à CHF 382'500.-.

M. H_____, associé de M. J_____, a aussi confirmé que la société K_____ avait notamment signé trois contrats d'exclusivité de représentation en Irak pour des voitures Fiat et indiqué que les projets auraient été extrêmement rémunérateurs.

Ces éléments sont des indices tendant à prouver que M. J_____ s'était sérieusement engagé au sein de la société et qu'il était vraisemblable qu'il en aurait retiré un certain bénéfice. Cependant, vu le risque inhérent à la création d'une entreprise et à la conclusion d'un quelconque contrat, le tribunal ne pourra retenir comme certain que K_____ aurait eu autant de succès que prévu.

Le tribunal de céans ne prendra pas en compte le contrat entre K_____ et R_____ SPA lequel n'a pas été produit dans son intégralité.

Au vu de ce qui précède, le tribunal retiendra un revenu annuel de M. J_____ de CHF 100'000.- en relation avec son activité au sein de K_____.

En retenant les critères correspondant à l'âge et à la formation de feu M. J_____, à son activité associative et à son travail consistant à définir la stratégie d'une entreprise dans le calculateur de salaire 2008 de l'observatoire genevois du marché du travail (ci-après : l'OGMT), il y'a lieu d'admettre que son revenu annuel se serait situé entre CHF 180'000.- et CHF 300'000.-.

Le montant de CHF 100'000.- qui sera pris en considération pour le calcul de la perte de soutien de la famille J_____ par le tribunal de céans se situe en dessous du revenu annuel approximatif estimé par l'OGMT.

d. La méthode de capitalisation proposée par les recourants et adoptée par l'instance LAVI sera retenue.

La quote-part de soutien est de 45% pour une veuve et 15% pour chaque enfant (T. SCHAETZLE/S. WEBER, Manuel de capitalisation, 5^e éd., 2001, p. 222 n° 2.529).

En ce qui concerne Mme J_____, la perte de gain moyenne calculée est de CHF 45'000.- par an, somme dont il convient de soustraire le montant de sa rente de veuve, soit CHF 11'028.-. La perte de soutien effective est donc de CHF 33'972.-.

Compte tenu de l'âge de Mme J_____ et de son époux au moment du décès de celui-ci, soit respectivement 37 et 49 ans, le facteur à prendre en considération pour la capitalisation est de 11.34 (W. STAUFFER/T. SCHAETZLE, Tables de capitalisation, 5^e éd., 2001, table 16, p. 210). Le total de la perte de soutien est de CHF 385'242,50.

Pour chaque enfant du couple, la perte de gain moyenne calculée est de CHF 15'000.- par année, dont il convient de soustraire le montant de la rente d'orphelin, soit CHF 5'520.-. La perte de soutien annuelle effective est donc de CHF 9'480.- pour Ar_____, pour Al_____ et pour S_____.

Compte tenu de l'âge d'A. J_____ et de son père au moment du décès de celui-ci, soit respectivement 13 et 49 ans, le facteur à prendre en considération pour la capitalisation est de 9,78 (op. cit., table 12X, p. 132ss), en tenant compte d'une perte de soutien jusqu'à l'âge de 25 ans. Le total de la perte de soutien est de CHF 92'714,40.

Les mêmes critères seront appliqués pour Al_____ et S_____, en tenant compte de leur âge au moment du décès de leur père.

Pour B., qui avait 8 ans au moment du décès de son père, le total de la perte de soutien s'élève à CHF 121'628,40.

Le total de la perte de soutien de S., qui avait 2 ans au moment de l'accident, se monte à CHF 150'352,80.

La somme de CHF 100'000.- versée par l'assurance-vie à Mme J_____ doit être imputée sur le montant de l'indemnité, selon l'art. 14 aLAVI (ATF 126 II 237 consid. 6). Il en découle que du montant total de CHF 749'938.- des indemnités relatives à la perte de soutien de la famille J_____, seuls CHF 649'938 seront retenus.

Vu le montant maximal de l'indemnité de CHF 100'000.- par personne, mentionné à l'art. 4 al. 1 aOAVI, la perte de soutien sera fixé à CHF 100'000.- pour Mme J_____, ainsi que pour Al_____ et S_____. Ar_____ bénéficiera d'une perte de soutien du montant de CHF 92'714,40.

9. a. Selon l'art. 12 al. 2 aLAVI, une somme peut être versée à la victime à titre de réparation morale, indépendamment de son revenu, lorsqu'elle a subi une atteinte grave et que des circonstances particulières le justifient. La formule prévue par l'art. 12 al. 2 aLAVI pour la réparation morale laisse une marge d'appréciation à l'autorité. La réparation morale n'est pas un droit, à la différence de l'indemnité. Elle peut donc s'ajouter à l'indemnité ou être accordée dans des cas où aucune indemnité n'est versée. Elle ne fait pas partie de l'indemnisation. La limitation en matière de revenu à laquelle cette dernière est soumise ne lui est donc pas applicable. La situation financière de la victime ne sera toutefois pas sans importance. La réparation morale doit permettre d'atténuer certaines rigueurs découlant de l'application des dispositions concernant l'indemnité, en particulier du plafond des ressources. On pourra ainsi tenir compte des cas dans lesquels le dommage matériel n'est pas important, mais dans lesquels le versement d'une somme d'argent, à titre de réparation morale, se justifie, par exemple en cas d'infraction d'ordre sexuel. Le montant alloué à titre de réparation morale n'est pas limité. Toutefois, le maximum fixé par le Conseil fédéral (art. 4 al. 1 aOAVI) pour les indemnités devra aussi servir de ligne directrice pour la somme allouée à titre de réparation morale (Message du Conseil fédéral, FF 1990, Vol. II p. 939 ; RDAF 1999 p. 79).
- b. En sus de la jurisprudence publiée sur ce point et vu l'art. 12 al. 2 aLAVI, pour l'essentiel analogue à celui de l'art. 49 CO et poursuivant le même but, le Tribunal administratif se fondera également sur la jurisprudence rendue en matière d'indemnisation du tort moral sur la base de l'art. 49 CO (SJ 2003 II p.

27). Cette référence au droit civil se justifie d'autant plus qu'elle est expressément prévue par le Conseil fédéral (Message, page 939/940).

c. L'ampleur de la réparation dépend avant tout de la gravité de l'atteinte - ou plus exactement de la gravité de la souffrance ayant résulté de cette atteinte, car celle-ci, quoique grave, peut n'avoir que des répercussions psychiques modestes, suivant les circonstances - et de la possibilité d'adoucir la douleur morale de manière sensible, par le versement d'une somme d'argent (SJ 2003 II précitée p. 3 ; ATF 115 II 158 consid. 2 et les références ; DESCHENAUX/STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 2ème éd. p. 161 N° 624). Sa détermination relève du pouvoir d'appréciation du juge (ATF 117 II 60 ; 116 II 299, consid. 5a).

d. En raison de sa nature, elle échappe à toute fixation selon des critères mathématiques (ATF 118 II 410-413 ; 117 II 60 consid. 4a et les références ; 116 II 736 consid. 4g). L'indemnité pour tort moral est destinée à réparer un dommage qui, par sa nature même, ne peut que difficilement être réduit à une somme d'argent. C'est pourquoi, son évaluation en chiffres ne saurait excéder certaines limites. Néanmoins, l'indemnité allouée doit être équitable. Le juge en proportionnera donc le montant à la gravité de l'atteinte et évitera que la somme accordée n'apparaisse dérisoire à la victime. S'il s'inspire de certains précédents, il veillera à les adapter aux circonstances actuelles (ATF 118 II 410 ss ; 89 II 25-26).

e. Si l'autorité de recours cantonale jouit comme en l'espèce d'un plein pouvoir d'examen, conformément à l'art. 17 aLAVI, cela ne l'empêche pas de respecter, pour les questions d'appréciation, la marge de manœuvre reconnue à l'administration. L'autorité de recours peut se contenter de contrôler le caractère approprié de la somme allouée par l'administration et, si cette dernière est conforme à l'équité, s'abstenir de modifier la décision attaquée, même lorsque, si elle avait eu à trancher en première instance, elle ne serait peut-être pas arrivée à la même somme (ATF 123 II 212 ; RDAF 1999 précitée).

f. L'instance LAVI a considéré qu'il convenait de tenir compte d'une faute grave commise par M. J_____ en se rendant en Irak et a fixé le tort moral à CHF 20'000.- pour Mme J_____ et à CHF 10'000.- pour chaque enfant. Les recourants revendiquent un montant de CHF 80'000.- pour Mme J_____ et un montant de CHF 50'000.- pour chaque fils.

Les chiffres fixés pour le tort moral par l'instance LAVI seront retenus. Ils ne seront cependant pas réduits, en l'absence de faute concomitante de M. J_____.

Le montant du tort moral sera donc fixé à CHF 40'000.- pour Mme J_____ et CHF 20'000.- pour chaque enfant.

g. Selon les recourants, les intérêts à 5 % sont dus à compter du 28 juin 2005, date du décès de M. J_____. L'instance LAVI n'a pas fixé d'intérêts.

Dans l'ATA/46/2003 du 21 janvier 2003, le tribunal a considéré que la souffrance du lésé intervenant dès la survenance de l'événement dommageable, l'indemnité pour tort moral était exigible dès ce jour. Un intérêt compensatoire est dû par celui qui est tenu de réparer le dommage causé à autrui, à partir du moment où ce préjudice est intervenu (P. TERCIER, *Le droit des obligations*, 1999, p. 234). L'octroi d'intérêts compensatoires permet de replacer le lésé dans une situation équivalente à celle qui aurait été la sienne s'il avait été immédiatement indemnisé (A. GUYAT, *L'indemnisation du tort moral en cas d'accident*, in *SJ 2003 II 1*; *CSOL-LAVI*, p. 40 et 44, n° 4.5.7 et n° 4.7.7).

Le montant de CHF 492'714,40 correspondant aux indemnités pour réparation du préjudice et pour tort moral d'un intérêt compensatoire fixé à 5% dès le 28 juin 2005.

10. Les recourants réservent leurs droits relatifs à leurs frais d'avocats. L'instance LAVI a octroyé une indemnité valant participation aux honoraires d'avocat du montant de CHF 3'000.-.

Les frais d'avocat nécessaires pour la défense des victimes doivent être remboursés par l'instance LAVI (P. GOMM/ D. ZEHNTNER, *Opferhilfegesetz, Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über die Hilfe an Opfer von Straftaten*, 2005, p.83, n° 32 ss). Le Tribunal fédéral (ATF 131 II 121 consid. 2.5) a confirmé le principe de l'octroi d'une indemnisation pour les frais d'avocat de la victime par l'instance LAVI sur la base de l'art. 3 al. 4 aLAVI et subsidiairement de l'art. 11 et ss aLAVI en fonction des honoraires d'avocat au tarif de l'assistance juridique, dans le cadre d'une procédure pénale (ATA/13/2007 du 16 janvier 2007 et ATA/186/2005 du 5 avril 2005). Le Tribunal fédéral a également jugé que les victimes LAVI devaient obtenir dans le cadre de la procédure pénale la condamnation de l'auteur au paiement de l'intégralité des honoraires d'avocat, sous réserve de leur proportionnalité (ATF 133 II 361 consid. 5.4). En l'espèce, aucune procédure pénale n'ayant été ouverte, les principes relatifs à l'indemnité pour les frais d'avocat admis par le Tribunal fédéral ne seront pas pris en compte.

L'art. 2 RILAVI renvoie aux art. 89A à 89H LPA, appliqués par analogie. Une indemnité est allouée aux recourants qui obtiennent gain de cause (art. 89 H al. 3 LPA).

En l'espèce, compte tenu du dossier et de sa complexité, l'allocation par l'instance LAVI d'une indemnité valant participation aux honoraires d'avocat du montant de CHF 3'000.- est justifiée, et sera confirmée.

11. Au vu de ce qui précède, le recours sera partiellement admis.

Aucun émolument ne sera mis à charge des parties, la procédure étant gratuite (art. 16 al. 1 aLAVI). Une indemnité de procédure de CHF 3'000.- sera allouée aux recourants, à la charge de l'Etat de Genève (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 2 novembre 2009 par Madame J____ et ses enfants Ar____, Al____ et S____, contre la décision de l'Instance d'indemnisation LAVI du 29 septembre 2009 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule l'ordonnance de l'Instance d'indemnisation LAVI du 29 septembre 2009 ;

octroie à Mme J____, une somme de CHF 100'000.- au titre de la réparation du dommage matériel en relation avec la perte de soutien, et un montant de CHF 40'000.- au titre de tort moral, avec intérêts à 5 % à compter du 28 juin 2005 ;

octroie à M. Ar____, une somme de CHF 92'714,49 au titre de la réparation du dommage matériel en relation avec la perte de soutien, et un montant de CHF 20'000.- au titre de tort moral, avec intérêts à 5 % à compter du 28 juin 2005 ;

octroie à Al____, une somme de CHF 100'000.- au titre de la réparation du dommage matériel en relation avec la perte de soutien, et un montant de CHF 20'000.- au titre de tort moral, avec intérêts à 5 % à compter du 28 juin 2005 ;

octroie à S____, une somme de CHF 100'000.- au titre de la réparation du dommage matériel en relation avec la perte de soutien, et un montant de CHF 20'000.- au titre de tort moral, avec intérêts à 5 % à compter du 28 juin 2005 ;

confirme l'allocation aux recourants d'une indemnité de CHF 3'000.- au titre de frais d'avocat ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 3'000.- aux recourants, à la charge de l'Etat de Genève ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communiqué le présent arrêt à Me Robert Assaël, avocat de Madame J_____ et Monsieur Ar_____, à l'Instance d'indemnisation LAVI et à l'office fédéral de la justice.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Thélin, Mmes Hurni et Junod, M. Dumartheray, juge.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

M. Tonossi

la présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :