



HAL
open science

Incertitudes et réparation des dommages

Vincent Heuzé

► **To cite this version:**

Vincent Heuzé. Incertitudes et réparation des dommages. Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude, 2006. hal-02075260

HAL Id: hal-02075260

<https://hal.science/hal-02075260>

Submitted on 21 Mar 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Incertitudes et réparation des dommages¹

Vincent Heuzé
Professeur à l'Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne)
Directeur de l'Institut des Assurances de Paris

Publié *in* Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude (Cycle de conférences organisées par la Cour de cassation intitulé Risques, Assurances, Responsabilités) Dalloz, 2006

On chercherait en vain de meilleure illustration au thème de l'incertitude en droit que celle de la réparation des dommages, dès lors que son « traitement juridique et judiciaire », pour reprendre le titre général du cycle de séminaires organisé par la Cour de cassation, semble en l'occurrence consister à alimenter, sinon à cultiver l'incertain bien davantage qu'à le combattre.

Ce constat s'applique naturellement au sujet dans son acception la plus large puisque, faute d'avoir jamais donné lieu à une reconsidération globale depuis 1804, l'adaptation du droit français aux transformations de notre société s'est exclusivement réalisée par une multiplication des régimes de responsabilité ou d'indemnisation collective dont chacune des conditions d'application suscite autant de discussions que leur domaine respectif. Et c'est sans doute parce qu'un terme, jamais, ne peut être mis à ces discussions que, comme s'en étonnent souvent les juristes étrangers, la matière est de plus en plus largement désertée par la doctrine française, désormais résignée devant l'inutilité de tout effort de systématisation et en conséquence réduite à seulement prendre acte des interrogations que l'évolution des solutions engendre ou renouvelle.

Ce n'est cependant pas dans cette acception large que la question sera examinée ici puisqu'elle conduirait sinon à souvent empiéter sur les réflexions des autres groupes de travail constitués dans le cadre de ce cycle de séminaires.

Par conséquent, on ne traitera que des incertitudes relatives à l'étendue de l'obligation de réparation. Plus précisément, seront exclusivement envisagées les incertitudes qui affectent l'identité et l'évaluation des préjudices indemnisables, dès lors que celles qui concernent la preuve des dommages et de leur étendue, notamment par le biais de l'expertise, est l'objet d'un autre rapport.

Après un bref rappel de la situation qui prévaut actuellement, on tentera de dégager les remèdes qui pourraient lui être appliqués.

¹ Ce rapport établi par Vincent Heuzé, est une tentative de synthèse des réflexions d'un groupe de travail constitué de :
Capucine BERNIER, avocat,
Sonia BOULHIR, Institut des assurances de Paris
Bernard CERVEAU, directeur juridique, assurances, dommages, santé, AXA France,
Vincent DELAPORTE, avocat aux Conseils,
Michel EHRENFELD, Chargé d'enseignement à l'Institut des assurances de Paris, Juriste d'entreprise
Fatou FALL, Institut des assurances de Paris
Stéphanie FRANCO, docteur en Droit, professeur à l'Université catholique de Louvain
Vincent HEUZÉ, professeur à l'Université Paris I, directeur de l'Institut des assurances de Paris
Stéphanie LESUFFLEUR, Juriste d'entreprise
Victoria LIEBIG, Institut des assurances de Paris
Jean MAZARS, conseiller à la Cour de cassation.
Virginie THIERRY, Institut des assurances de Paris.
Les contributions personnelles de ses membres sont consultables sur le site de la Cour de cassation

I L'ETAT DU DROIT POSITIF

L'incertitude qui affecte l'état du droit positif se déduit de la simple impossibilité de décrire celui-ci : parce qu'il n'est le produit d'aucune règle législative, on ne peut proposer qu'un constat de ce qui, ici ou là, s'est décidé hier encore voire aujourd'hui même ; mais il est radicalement interdit d'assurer que tel est ce qui sera décidé tout à l'heure, et *a fortiori* demain. Dans ces conditions, il est uniquement permis de dégager des tendances et d'en montrer les principaux inconvénients.

A. *Les tendances de la pratique des tribunaux.*

Il est difficile de rendre compte de la pratique des tribunaux parce que notre droit positif impose de considérer que tout, en la matière, n'est que question d'espèces : dès lors qu'un fait générateur de responsabilité est à l'origine d'un dommage, quelle qu'en soit la nature, celui-ci doit être réparé et, en principe, intégralement. Parce que la tâche du juge consisterait donc seulement à constater la réalité du dommage et de son étendue, c'est-à-dire de simples faits, aucune comparaison ne pourrait être utilement effectuée entre des décisions censées correspondre chaque fois à des situations singulières et, par conséquent, nécessairement différentes les unes des autres.

Et il en va d'autant plus ainsi que les juges du fond n'ont pas l'obligation de s'expliquer sur ce qu'ils considèrent comme des dommages ou leur ampleur. En effet, la Cour de cassation, qui décide que « les juges du fond ne sont pas tenus de suivre les parties dans le détail de leur argumentation »², estime qu'ils « justifient l'existence du dommage par la seule évaluation qu'ils en font » et qu'ils n'ont donc pas « à en préciser les divers éléments » non plus que ceux qui ont servi à en déterminer le montant³. Il s'ensuit que, si précise et développée que soit la discussion des parties relative à la réalité et l'étendue des dommages de la victime, les juges du fond peuvent toujours se contenter d'énoncer que la somme qu'ils allouent à celle-ci lui est attribuée « en réparation de l'ensemble de ses préjudices »⁴. On ne peut donc avoir connaissance, à la fois de ce qu'ils choisissent d'indemniser et des montants correspondants d'indemnités, que lorsqu'ils veulent bien aller au-delà de ce que la Cour de cassation leur impose au titre de l'article 5 NCPC. Et ce que l'on remarque alors est une inflation constante, aussi bien des chefs de préjudices réparables que des montants d'indemnités.

1) L'inflation des chefs de préjudices indemnisés.

L'inflation des chefs de préjudices indemnisés est une réalité qui fait à maints égards figure de paradoxe, parce qu'elle n'est pas réellement compatible avec deux objectifs que, depuis longtemps, prétendent poursuivre les tribunaux. Le premier est d'accorder à la victime la réparation de tous ses dommages, au sens le plus large que donne à cette expression le langage commun, puisqu'il n'existe pas de définition proprement juridique de la notion de dommage, laquelle recouvre donc en droit jusqu'au moindre désagrément, résultât-il d'un simple espoir déçu⁵. Le second est de réparer ces dommages intégralement, et donc de n'en rien laisser subsister. Dans ces conditions, l'apparition régulière de nouveaux chefs de préjudices indemnisés suscite chaque fois une certaine perplexité.

² Voy. par exemple, Cass. com., 26 février 1973 : Bull. civ. IV, n° 94.

³ Voy. par exemple, Cass. civ. 2., 15 février 1962 : Bull. civ. II, p. 130 ; 18 avril 1969 : *ibid.*, p. 82 ; Cass. crim., 9 février 1982 : Bull. crim., n° 46 ; Ass. Plén., 26 mars 1999 : Bull., n° 3 ;

⁴ Tout au plus peuvent-ils avoir l'obligation de distinguer les préjudices « de caractère personnel » de ceux sur la réparation desquels s'exercent les recours des organismes sociaux. Mais rien ne leur interdit de procéder à l'indemnisation globale de chacune de ces deux catégories de dommages.

⁵ Rapproch. L. CADIET, « les métamorphoses du préjudice », in *Les métamorphoses de la responsabilité*. 6^{ème} journée R. SAVATIER, PUF, 1997, p.51.

Parfois, les décisions étonnent parce qu'elles traitent comme des dommages ce que le langage courant ne permettrait pas de qualifier tels. La jurisprudence Perruche⁶ en fournit une éclatante illustration, qui considère qu'un enfant, que la mère n'aurait pas voulu laisser venir au monde si elle avait connu le risque de ses malformations, subi un préjudice du fait de sa naissance, et qui provoque évidemment les plus vives interrogations à propos de la définition ou du degré de gravité des handicaps justifiant de déclarer la vie préjudiciable.

Dans d'autres hypothèses, un dommage est bien subi selon le sens commun, mais l'indemnisation allouée ne peut remplir sa fonction de réparation, faute de reconstituer l'actif du patrimoine de la victime ou de lui profiter d'une quelconque façon. Tel est le cas des indemnités accordées au titre d'un dommage moral éprouvé par la victime directe dans la période ayant immédiatement précédé son décès et qui sont versées à ses ayants droit indépendamment de ce à quoi ils peuvent éventuellement prétendre pour leur préjudice d'affection. La tendance actuelle des tribunaux à prendre en considération ces dommages conduit naturellement à se demander combien de temps encore ils refuseront l'idée d'un *pretium mortis*.

Mais le plus souvent, c'est un sentiment de redondance que fait naître la consécration de chefs de préjudice nouveaux. Le processus suivi est en l'occurrence généralement le même. Dans un premier temps, ce sont des circonstances exceptionnelles qui conduisent les magistrats à estimer qu'un type particulier de dommages n'est pas réellement ou convenablement pris en compte par celle des catégories en usage qui aurait vocation à l'englober. Puis, parce qu'ils l'ont ainsi disjoint de cette catégorie, ils considèrent, dans un deuxième temps, qu'il n'en relève jamais, mais est lui-même constitutif d'une catégorie spécifique, appelant une indemnisation supplémentaire et systématique ... quitte à créer sur sa base, en présence de circonstances à nouveau exceptionnelles, une nouvelle variété de dommages indemnifiables, et à vider en conséquence de tout contenu identifiable la catégorie d'origine. C'est très clairement ainsi que peut être décrite l'évolution des solutions appliquées en cas d'accidents corporels.

Traditionnellement, les tribunaux indemnisent aussi bien le dommage économique résultant de la perte de gains futurs que l'atteinte à l'intégrité physique par référence à la notion d'incapacité. Mais, tandis que le *pretium doloris* était envisagé distinctement dès les années 1920-1930, et que le préjudice esthétique a été exceptionnellement, puis systématiquement indemnifié à partir des années cinquante, est apparue, à peu près à la même époque, la notion de préjudice d'agrément, qui a tout d'abord été réparé de manière étroite, les juges du fond et la Cour de cassation l'ayant initialement conçue comme « l'impossibilité stricte et spécifique pour la victime de se livrer à une activité culturelle, sportive ou de loisir, dont il était avéré qu'elle en faisait un usage certain, revêtant une importance dans sa vie ». L'analyse était cependant difficilement défendable : par exemple, le supplément de l'indemnité allouée à la victime qui a perdu l'usage de ses deux jambes, pour le motif qu'elle est en mesure de démontrer que son handicap l'empêche de pratiquer l'activité sportive à laquelle elle s'adonnait antérieurement, vient à établir une hiérarchie très arbitraire parmi les agréments de la vie, puisqu'elle n'obtiendrait rien si, de façon plus banale, elle trouvait son plaisir dans de simples promenades en forêt. Aussi bien peut-on comprendre qu'assez vite, le préjudice d'agrément ait été entendu beaucoup plus largement, comme résultant « de la perte de qualité de vie » ou « de la privation des agréments normaux de l'existence », pour être à son tour systématiquement indemnifié. Mais c'est alors la distinction avec ce que répare l'incapacité, dans sa dimension strictement physiologique, qui est devenue souvent délicate. C'est ainsi qu'on ne s'explique pas autrement que par la prise en compte du préjudice d'agrément la circonstance, par exemple, que le montant de l'indemnité allouée à un droitier, à ce dernier titre, pour la perte de l'usage de sa main droite ait toujours été, et demeure, supérieure à celle de la réparation accordée en cas de paralysie de la main gauche, dès lors que l'on veut bien se souvenir que le handicap se définit par référence à une fonction et que les conséquences patrimoniales de ce handicap font l'objet d'une indemnisation séparée du dommage corporel.

⁶ Ass. Plèn., 17 novembre 2000 :JVP, 2000, II, 10438, rap. Sargos, concl. Sainte-Rose, note Chabas ; D. 2001, 316, concl. Sainte-Rose, note Mazeaud et note Jourdain.

Si bien que l'on ne peut s'étonner que, depuis une vingtaine d'année, les critères de la qualification, dont dépend l'inclusion ou non des indemnités dans l'assiette du recours des tiers payeurs, soit l'objet d'âpres discussions, et que l'arrêt rendu le 19 décembre 2003 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation⁷ ne soit pas parvenu à y mettre un terme.

Car la possibilité même d'un critère distinctif est rendu infiniment douteuse par bien d'autres chefs de préjudice qui ajoutent encore au trouble relatif aux frontières de ces deux seules catégories. Ainsi en va-t-il bien sûr des préjudices sexuel ou juvénile, qui sont le plus souvent indemnisés dans des circonstances où ils pourraient sembler déjà pris en compte au titre du dommage corporel ou d'agrément. Ainsi en va-t-il également du préjudice esthétique, lorsque la disgrâce de la victime est la conséquence inéluctable de l'infirmité physique dont elle est atteinte, ou de la souffrance morale résultant de la conscience qu'elle a de son état, et dont les tribunaux sont de plus en plus enclins à considérer qu'elle n'est compensée, ni par les sommes allouées au titre du *pretium doloris*, ni par celles qui correspondent à la perte des agréments d'une vie normale⁸. Mais tel est tout aussi bien le cas de certaines indemnités accordées pour des dommages que l'on pourrait croire de nature purement économique, comme les frais d'aménagement ou d'acquisition d'un logement ou d'un véhicule adapté au handicap de la victime, ou encore d'aide ménagère ou d'assistance d'un tiers, voire de réalisation de certaines prothèses : dans leur principe même, ces indemnités contredisent l'idée que le préjudice physiologique se trouve déjà réparé par celles qui sont versées au titre de l'IPP et conduisent donc à s'interroger sur ce à quoi ces dernières correspondent exactement ; et dans l'application, la tendance actuelle des tribunaux à ne pas exiger, pour l'octroi de ces indemnités, la justification que les dépenses qu'elles ont vocation à financer sont, seront ou ont été réellement exposées, revient à admettre que la victime est libre de les employer pour compenser autrement les agréments de vie dont elle se trouve privée.

En définitive, parce que notre droit n'était pas, hier, moins censé respecter le principe de la réparation intégrale qu'il ne l'est aujourd'hui, alors pourtant qu'il ne distinguait pas certains dommages qui donnent désormais lieu à une indemnisation spéciale, on ne parvient pas à s'expliquer son évolution constante autrement que par le sentiment qu'éprouvent les magistrats, en présence de situations particulièrement douloureuses, d'une insuffisance du montant des indemnités qu'ils pourraient raisonnablement accorder par application des seuls critères antérieurs⁹. Mais si leurs préoccupations sont assurément louables, le procédé utilisé est contestable parce qu'il incite à une multiplication des chefs de demandes et aboutit, par la généralisation de certains postes d'indemnisation, à un alourdissement des condamnations prononcées même dans les hypothèses où le besoin ne s'en fait pas sérieusement sentir. Ouvrir seulement l'éventail des montants d'indemnités pour les cas les plus graves serait certainement préférable pour la maîtrise du coût global supporté à la fois par le responsable et par l'ensemble de la collectivité.

2) L'inflation des montants d'indemnité.

Le second constat qu'il est, en effet, devenu très banal de faire dans le domaine considéré est précisément celui de la constante augmentation du montant des dommages-intérêts alloués aux victimes.

⁷ Cass, Ass plénière 19 décembre 2003 D 2004 p 161 note Y LAMBERT FAIVRE, RCA 2004, chr GROUDEL

⁸ Sur la question, comp. Cass. civ. 2, 9 décembre 2004, RCA, 2005, comm. 50 obs. Groutel et 19 avril 2005, ibid. comm 211, obs. Groutel

⁹ Le Rapport de la Commission BELLET sur « la réforme du droit de la responsabilité civile en matière d'accident de la circulation routière » expliquait déjà cette évolution par le « souci de laisser à la victime un complément non récupérable par les organismes de Sécurité sociale ». Mais le procédé, contestable dans son principe, l'est davantage encore dans sa portée puisque les chefs de préjudice artificiellement créés dans le but indiqué ont également vocation à être indemnisés lorsque la victime n'est pas en concours avec un quelconque tiers payeur.

C'est particulièrement net dans le cas des accidents corporels dont le coût croît depuis une vingtaine d'années selon un rythme annuel de 4,5 fois supérieur à celui de l'inflation¹⁰. Les frais médicaux et hospitaliers, correspondant à des soins de plus en plus sophistiqués et, par conséquent, coûteux, en sont pour partie la cause. Mais parce qu'ils ne représentent guère plus de 25 % du montant total des indemnités allouées, et que leur renchérissement ne concerne que les cas les plus graves, qui sont heureusement, et de très loin, les moins nombreux, ils ne sont pas la principale explication de l'évolution.

Ce dont les chiffres témoignent est que les raisons de celles-ci sont bien davantage subjectives qu'objectives.

Ainsi, le fichier AGIRA montre qu'entre 1998 et 2002, le taux moyen d'IPP et la valeur moyenne de celui-ci sont passés, respectivement, de 5,6 à 6,1 % et de 919 à 1209 euros, ce qui témoigne de ce que, pour un même type de lésion, l'indemnisation a augmenté sous le double effet d'une appréciation moins sévère de sa gravité et d'un renchérissement du taux de sa réparation.

De même, les statistiques révèlent que, depuis dix ans, les montants d'indemnités attribués pour les préjudices extrapatrimoniaux ont doublé et parfois même, comme pour le *pretium doloris*, pratiquement décuplé, tandis qu'en ce qui concerne le préjudice d'agrément et le préjudice esthétique, ils croissent à un rythme annuel de, respectivement, 15 et 8 %¹¹.

On ne s'étonnera donc pas que le niveau des indemnités accordées pour les sinistres les plus graves puisse dépasser aujourd'hui la somme de 5 millions d'euros et ait même pu atteindre celle de 13 millions d'euros¹².

Car, tout autant que les montants en valeur absolue et leur évolution dans le temps, leur variabilité dans des situations pourtant comparables ne manque pas d'inquiéter. La consultation du fichier AGIRA est à cet égard édifiant. Il révèle en effet que l'écart de la valeur du point d'IP retenue dans 50 % des cas oscille fréquemment entre 20 et 30 %, ce qui est déjà important, mais qu'il peut atteindre jusqu'à 250 % et que, pour les 50 % des cas restants, il est donc encore, et parfois largement, supérieur.

Les affaires qu'il recense montrent également des différences tout à fait considérables dans le sort réservé par les tribunaux à des victimes du même âge et atteintes d'infirmités semblables. C'est que, en la matière, les études réalisées par les assureurs confirment ce que, par expérience, les avocats spécialisés ont compris depuis longtemps : bien davantage que par les données propres à chaque espèce, c'est par l'identité des juridictions saisies que ces différences s'expliquent le plus souvent¹³. Or cet état de fait n'est évidemment pas sans graves inconvénients.

B) Les inconvénients de l'incertitude.

¹⁰ G. DEFRANCE, « la facture affolante des dommages graves » : L'Argus de l'assurance, n° 6914, 28 janvier 2005.

¹¹ C. ESCHENAZI, « Dommages corporels, sinistralité en baisse, coûts explosifs » : La Tribune de l'assurance, mars 2005, page 37 et s. Les barèmes entre assureurs reflètent parfaitement cette évolution. Ainsi, le comparatif des barèmes de la convention IRCA entre 2003 et 2005 révèle que l'indemnisation au titre de l'incapacité permanente partielle a augmenté de 8 à 10 % en moyenne mais que celle des préjudices extrapatrimoniaux a connu une croissance encore bien plus forte : par exemple, 37 % pour le plafond autorisé pour le préjudice de souffrances endurées d'un niveau de gravité de 1,5 sur 7 et jusqu'à 60 % pour celui du préjudice sexuel pour le niveau de gravité 3 sur 7.

¹² C. ESCHENAZI, précitée.

¹³ La médiatisation de certaines affaires n'est pas non plus sans influence puisqu'il apparaît qu'elle conduit le plus souvent les magistrats qui en sont saisis à des condamnations plus lourdes que d'ordinaire.

Aux inconvénients de l'incertitude des réparations ordonnées, s'ajoutent désormais ceux des incertitudes créées par les niveaux que ces réparations atteignent. S'ils sont d'ordres très différents, chacun d'eux, pris séparément, suffirait à justifier une réforme profonde de nos solutions.

1) Au plan des principes.

En premier lieu, la situation n'est évidemment pas compatible avec le principe de l'égalité devant, aussi bien la loi que le service public de la justice. Car les justiciables ne peuvent certainement pas comprendre que, par application des mêmes règles de droit, une juridiction d'appel puisse, après avoir approuvé chacune des étapes du raisonnement des premiers juges, multiplier ou au contraire diviser par deux ou trois le montant des indemnités devant être versées à la victime au titre de l'un ou de l'autre de ses préjudices, sinon de l'ensemble de ceux-ci. Et il n'est assurément pas sain que le choix des règles de la compétence territoriale, voire, notamment lorsque le fait générateur de responsabilité est passible d'une qualification pénale, de celles de la compétence d'attribution, puisse être dicté par la réputation de plus ou moins grande générosité des magistrats composant chacune des juridictions du fond¹⁴.

Autrement dit, il ne semble pas permis de se résigner à l'image de « loterie judiciaire » qui est trop souvent employée pour décrire l'état de notre droit de la réparation. Et on le peut d'autant moins que cette image n'est pas elle-même sans conséquences pratiques fâcheuses.

D'abord elle incite les parties intéressées à « courir leur chance », et donc, non seulement à exercer systématiquement les recours qui leur sont offerts contre les décisions rendues, mais encore à renoncer aux avantages des règlements transactionnels que le législateur a cependant voulu souvent privilégier, à la fois pour accélérer le règlement des indemnités dans l'intérêt des victimes et pour soulager les tribunaux d'un contentieux très largement, sinon parfois exclusivement, technique¹⁵.

Ensuite, elle entretient chez les avocats des victimes la crainte constante de n'avoir jamais « assez demandé » pour le compte de celles-ci, et nourrit en conséquence de façon permanente la contestation de tous les paliers successivement atteints par le niveau d'indemnisation de chacun des chefs de dommages.

2) Du point de vue de l'assurabilité des risques.

Le deuxième inconvénient majeur de l'incertitude qui caractérise notre droit de la réparation est que celle-ci est de moins en moins compatible avec les conditions d'exercice de l'activité des assureurs, de qui pourtant dépend largement l'effectivité, et donc l'utilité même des solutions retenues.

¹⁴ Lorsque, comme il en va parfois dans les tribunaux ou Cours d'appel disposant de plusieurs chambres ayant vocation à connaître des litiges, des arrangements ne sont pas recherchés avec le greffe au moment de l'enrôlement de l'affaire.

¹⁵ Ainsi, pour l'application de la loi BADINTER du 5 juillet 1985, qui a imposé aux assureurs l'obligation de faire aux victimes une offre de transaction, l'expérience montre que, plus les conséquences des accidents sont graves et les montants d'indemnité en conséquence élevés, moins sont nombreux les règlements qui s'opèrent sur la base des transactions ainsi proposées. Les offres définitives présentées par les assureurs tendent en effet à perdre leur vocation transactionnelle, pour devenir, dans l'esprit des victimes, des « offres planchers », dont l'acceptation fonderait seulement des paiements « à valoir » sur l'indemnisation, « nécessairement supérieure », attendue des tribunaux. Au risque d'anticiper sur les développements qui vont suivre, on observera que tel ne pourrait pas être le cas si des barèmes étaient institués que les assureurs auraient autant que les magistrats le devoir de respecter.

Pour être assurable, en effet, un risque doit être, non seulement mutualisable, mais également quantifiable. Et il n'est quantifiable que si l'appareil statistique qui sert à sa mesure est fiable, ce qui suppose que les données du passé, sur lesquelles il est construit, méritent réellement d'être regardées comme des enseignements, valant comme tels pour le présent aussi bien que pour l'avenir. Car ce n'est qu'à cette condition que l'industrie de l'assurance, dont le fonctionnement est basé sur un principe d'inversion du cycle de production, peut connaître le risque qu'elle prend en charge. C'est d'elle également que dépend la sincérité des comptes des entreprises d'assurance, puisqu'elle fonde le calcul de la provision pour sinistres à payer qu'elles doivent constituer. Et c'est donc sur elle que repose finalement la pertinence des ajustements tarifaires auxquels les assureurs doivent procéder pour se donner les moyens de faire face à leurs engagements.

Or cette condition ne peut plus guère être considérée comme satisfaite aujourd'hui, parce que la rapidité et l'ampleur des évolutions ont rendu trop approximative la valeur des informations délivrées par l'analyse statistique des réalités passées. Et les conséquences en sont évidemment très préoccupantes¹⁶.

En effet, parce que les assureurs ne peuvent se fier à ces informations, ils doivent se hasarder à des anticipations qui, par leur caractère purement subjectif, sont très difficilement contestables par les autorités de contrôle. Et cependant, la concurrence très vive qui les oppose aussi bien que les exigences des marchés financiers pèsent évidemment sur les corrections tarifaires et comptables qu'ils doivent décider sur cette base, et les dissuade donc de se donner toujours des marges de manœuvre suffisantes. Or ce qui est très inquiétant aujourd'hui est que cette retenue, très naturelle, est de moins en moins contrariée par le marché de la réassurance, parce que la tendance chez les réassureurs est désormais clairement de refuser les garanties illimitées. Si réellement cette tendance doit se confirmer, et si l'accès à la réassurance est, pour ces garanties, radicalement fermé, notre système est inéluctablement condamné. Et ce sont les victimes des accidents les plus graves qui, évidemment, en pâtiront le plus.

3) Du point de vue des parties en cause.

Enfin, le troisième inconvénient majeur de l'incertitude affectant les solutions de notre droit positif concerne les personnes dont la responsabilité peut être recherchée, et qui peuvent être aussi bien des professionnels que des particuliers.

La situation des premiers se présente de manière très différente selon que, pour l'exercice de leur profession, ils sont ou non tenus par la loi à souscrire une assurance.

Lorsque celle-ci n'est pas pour eux une obligation, la difficulté à laquelle ils se heurtent est très comparable à celles auxquels les assureurs ont à faire face. Parce que la décision qu'ils ont à prendre de conserver les risques à leur charge ou, au contraire, de les transférer, en tout ou en partie, au marché de l'assurance, dépend de leurs anticipations, l'instabilité des solutions leur interdit de se fier entièrement aux méthodes rationnelles en usage. Sous la contrainte, à nouveau, de la concurrence à laquelle ils sont eux-mêmes soumis, de la nécessité dans laquelle ils se trouvent en conséquence de lutter contre les dérives de leurs coûts, ils ne peuvent ignorer que les conseils qui leur sont donnés par leurs gestionnaires de risque comporte une part toujours plus grande de pari sur l'avenir, et que toute erreur dans leur choix peut cependant être funeste pour leur entreprise comme pour les emplois qui en dépendent.

En revanche, lorsqu'ils sont soumis à une obligation légale d'assurance, la difficulté du choix leur est épargnée. Mais ce sont alors les coûts d'assurance qui peuvent les conduire à des décisions bien plus douloureuses.

¹⁶ Rapproch. *Rapport Télémaque du Commissariat général au plan* sur « L'Etat et l'assurance des risques nouveaux » du 3 mai 2005.

Les cas des gynécologues obstétriciens, pour être extrême, n'en est pas moins à cet égard édifiant. Comme on le sait, la jurisprudence Perruche, et la décision prise par la cour de cassation de ne pas la remettre en cause à la suite de la condamnation, par la Cour européenne des droits de l'homme, des dispositions de la loi du 4 mars 2002 rendant celle-ci rétroactivement applicable aux instances en cours, aura contraint les assureurs qui consentent encore à leur accorder leur garantie à augmenter leurs tarifs dans une proportion telle que ces médecins sont aujourd'hui nombreux à avoir renoncé au plein exercice de leur profession. Et s'ils vivent cette situation comme une punition collective, ils ne sont pas seuls à en souffrir, parce que leur décision engendre elle-même des conséquences fâcheuses : l'offre de soins diminuant, il est difficile d'imaginer que la qualité de ceux-ci puisse aller en s'améliorant, et que le nombre des sinistres consécutifs à des examens trop rapidement effectués se réduise.

Mais c'est pour les simples particuliers que l'expression « d'enfer de sévérité » qui a été employée pour décrire les conséquences, pour les responsables, de notre droit de la réparation¹⁷ apparaît la plus juste.

En effet, les particuliers n'ont, et ne peuvent avoir du risque qu'une approche purement intuitive, dictée par leur tempérament plus ou moins optimiste. En revanche, ils sont uniformément très sensibles à l'évolution du prix des services qui leur sont offerts. Et il est naturel qu'ils le soient d'autant plus qu'ils ont de la peine à faire face à leur dépenses courantes, et contraints d'opérer entre elles des arbitrages constants. Plus le coût de l'assurance est élevé, plus ils sont donc tentés de s'abstenir de le supporter.

Et cependant, en cas de sinistre, ce sont tous leurs efforts passés qui peuvent être ruinés, et tous leurs projets ou simples espoirs radicalement anéantis. Or si cette conséquence est tolérable lorsqu'elle sanctionne un comportement blâmable, elle ne l'est certainement pas dans le cas contraire, où leur responsabilité est encourue sans aucune faute de leur part, parce qu'elle revient seulement alors à substituer une victime à une autre victime de l'évènement malheureux, et peut même s'avérer plus injuste encore que celle qu'avait choisi le sort. Il est donc insupportable de voir afficher à leur endroit la plus totale indifférence, parce que le droit ne peut, sans se renier, contredire délibérément le sens commun de la justice.

En définitive, et en toute hypothèse, il ne paraît pas douteux que, fût-ce seulement sous le poids des contraintes économiques, nos solutions devront un jour, plus ou moins prochain, être changées. Ce sont donc les remèdes aux incertitudes qu'elles engendrent qu'il faut tenter d'imaginer.

II – LES REMEDES A L'INCERTITUDE

Les incertitudes qui caractérisent notre droit de la réparation sont en grande partie attribuables au pouvoir souverain reconnu aux juges du fond dans la définition et l'évaluation des dommages. Dès lors que les magistrats de qui dépendent ainsi les solutions sont répartis au sein de 476 tribunaux d'instance et de police, 181 tribunaux de grande instance, 191 tribunaux de commerce et 35 cours d'appel, on ne peut évidemment s'attendre qu'à de profondes distorsions dans leurs appréciations. Mais au-delà de cette seule évidence, il paraît fatalement vain de requérir de ces juges qu'ils parviennent à toujours considérer, au moment de rendre leur décision, les enjeux collectifs indirectement affectés par leur arbitrage des intérêts privés qui s'affrontent devant eux.

Mais parce que le pouvoir souverain des juges du fond en la matière est aujourd'hui perçu comme la conséquence inéluctable du principe de la réparation intégrale, lequel exprimerait lui-même l'objectif nécessaire de tout droit de la réparation, il n'apparaît pas qu'un renforcement d'un contrôle de la Cour de cassation pourrait suffire à sensiblement améliorer

¹⁷ G. Viney et Markesinis : *La réparation du dommage corporel : Essai de comparaison des droits anglais et français*. Economica, 1985, n° 31, p. 51.

la situation (A). Pour lui porter réellement remède, c'est ce principe de la réparation intégrale qu'il faut donc reconsidérer (B).

A) Un renforcement des contrôles de la Cour de cassation.

En l'état des principes actuellement jugés directeurs de notre droit de la réparation, on ne voit pas comment le rôle de la Cour de cassation pourrait influencer l'évolution des montants d'indemnité accordés. En effet, à partir du moment où l'on tient pour acquis que la réparation doit nécessairement être à la mesure exacte du préjudice subi par la victime, et que, pour reprendre des exemples proposés par le Rapport Lambert-Faivre¹⁸, il n'y aurait rien « de commun entre l'impuissance accidentelle d'un jeune mari et celle d'un moine » - ce qui suppose pourtant que l'on tienne pour juridiquement irrévocables les vœux religieux et que l'on néglige la valeur qu'un moine peut attacher à un vœu dépourvu de sens s'il ne correspond plus à aucun renoncement - ou « entre la stérilité accidentelle d'une jeune fille et celle d'une mère de famille » - ce qui implique cependant que l'on présume irréfragablement la réalité ou la sincérité du désir d'enfant de la jeune fille en cause et que l'on s'autorise à juger de la légitimité de celui d'une mère de famille nombreuse¹⁹ - cette question ne peut que demeurer abandonnée à l'entière liberté des juges du fond.

La Cour de cassation ne peut donc exercer aucun contrôle sur le montant même des dommages intérêts alloués. Mais parce qu'elle est dépourvue de pouvoir réglementaire, elle ne peut pas même imposer aux juges du fond une quelconque méthode d'évaluation des préjudices. Ainsi, elle ne peut les contraindre à user, pour fixer l'étendue d'un dommage corporel, d'un quelconque barème médical, non plus, par voie de conséquences, que faire le choix de celui qui devrait être retenu pour uniformiser les évaluations et garantir la pertinence des comparaisons.

A fortiori ne pourrait-elle les obliger, pour la fixation du montant même des indemnités, à se référer à un barème d'indemnisation. Tout au contraire, elle devrait censurer leurs décisions s'il apparaissait qu'ils se sont estimés tenus par un tel barème et se sont en conséquence abstenus d'exercer leur pouvoir d'appréciation, en ne s'assurant pas de l'exacte concordance entre les sommes qu'ils ont attribuées à la victime et l'étendue précise du préjudice personnellement et spécialement subi par elle.

Et si, pour les dommages futurs, les juges du fond décident une indemnisation sous forme de capital, la Cour de cassation ne peut exercer qu'un contrôle très limité sur le barème de capitalisation retenu : le taux d'intérêt ne peut être discuté devant elle, et la table de mortalité choisie ne peut être contestée que si elle ne correspond manifestement pas aux caractéristiques de la victime, telle que décrite par la juridiction du fond.

Pour autant, la Cour de cassation n'est pas totalement désarmée, et dispose de plusieurs moyens pour, sinon véritablement réduire, du moins cantonner les incertitudes.

Les uns concernent la définition de ce qui peut être indemnisé. Les autres relèvent de son contrôle disciplinaire sur la motivation des décisions.

1) Le contrôle des catégories.

Ainsi qu'il a déjà été indiqué, il n'existe pas de définition proprement juridique de la notion de dommage. En revanche, et afin, d'une part de garantir que le même préjudice ne donne pas lieu, sous des dénominations différentes, à une double indemnisation, d'autre part de faire respecter le clivage légalement institué entre les indemnités sujettes aux recours des tiers

¹⁸ *L'indemnisation du dommage corporel*, CNAV, juin 2003.

¹⁹ Bien entendu, ces exemples, destinés à convaincre de la nécessité d'une « évaluation aussi personnalisée que possible » ne peuvent expliquer les divergences d'appréciation qui s'en suivent de la valeur du préjudice sexuel de deux moines ou de la stérilité de deux jeunes filles.

payeurs et celles qui leur échappe, la Cour de cassation est souvent amenée à prendre parti sur les éléments constitutifs d'un certain nombre de préjudices particuliers.

C'est ainsi, par exemple, qu'elle a précisé à propos du *pretium doloris* que, par son indemnisation, « sont réparées non seulement les souffrances physiques mais aussi les souffrances morales »²⁰.

De même, elle a défini le préjudice d'agrément comme « le préjudice suggestif de caractère personnel résultant des troubles ressentis dans les conditions d'existence »²¹.

De même encore, elle a indiqué que le préjudice spécifique de contamination tient « aux souffrances endurées à la suite des traitements mis en œuvre ainsi qu'aux perturbations et craintes endurées »²².

L'effort ainsi entrepris mériterait certainement d'être poursuivi de manière systématique. Cela permettrait d'abord de fixer à la fois le contenu et les limites des catégories existantes et de mieux faire comprendre aux juges du fond ce que recouvre exactement chacune des indemnités qu'ils décident, en leur donnant par là même les moyens de s'assurer qu'elles sont toujours justifiées par les données propres des espèces dont ils sont saisis. Mais cela permettrait également de garantir que les catégories nouvelles qu'ils pourraient avoir la tentation de créer correspondent à de réels besoins, et de contenir le risque qu'elles soient ensuite utilisées en dehors des cas où ceux-ci peuvent être vérifiés.

Mais cette action sur les critères distinctifs des préjudices particuliers n'est pas la seule qui mériterait d'être développée par la Cour de cassation. Celle-ci pourrait également renforcer ses contrôles sur les caractères qu'ils doivent présenter pour autoriser une indemnisation.

On sait qu'il est traditionnellement admis en effet que, pour être réparable, le dommage doit être certain, personnel et actuel²³. Et la Cour de cassation exerçant son contrôle sur ces caractères²⁴, celui-ci pourrait servir à mieux contrarier l'inflation ci-dessus relevée des chefs de dommages indemnisés.

Pourtant il ne semble guère permis de fonder de trop grandes espérances en ce sens. En effet, l'expérience montre que les exigences manifestées par la Cour régulatrice connaissent de constants « assouplissements »²⁵, au point que l'on a pu parler d'une complète « dissolution » aujourd'hui des caractères du dommage réparable²⁶. Or, le fait que ces observations doctrinales soient motivées par le constat du caractère toujours plus accueillant de la jurisprudence de la Haute juridiction, et donc par une rigueur toujours moins grande de ses appréciations, rend très improbable une évolution contraire. Il serait, en effet, illusoire d'attendre qu'elle revienne sur les plus controversées de ses décisions - celles qui concernent l'indemnisation du préjudice d'agrément des victimes en état végétatif, ou du préjudice moral résidant dans la crainte ayant précédé la réalisation du dommage matériel ou corporel effectivement survenu, ou encore, et dans une époque beaucoup plus lointaine, du préjudice d'affection ou de la perte d'une chance, voire celle qui, par l'affirmation de droit subjectif inhérent à la personnalité,

²⁰ Cass. Civ. 2, 5 janvier 1994 : Bull. civ. II, n° 15, p. 8.

²¹ Ass. Plén., 19 décembre 2003 : Bull. civ., n° 8.

²² Cass. Civ. 1, 1^{er} avril 2003 : Bull. civ. I, n° 95.

²³ Le caractère « direct » souvent mentionné semble cependant traduire une exigence davantage relative au lien de causalité qu'au dommage lui-même. En ce sens notamment TERRE, SIMLER et LEQUETTE : droit civil. Les obligations, 9^{ème} édition, n° 703, page 692 ; VINEY et JOURDAIN, Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, 2^{ème} édition, n° 248, pages 10 et suivantes ; LE TOURNEAU et CADIET, Droit de la responsabilité et des contrats, n° 1410.

²⁴ Voyez par exemple Cass. Civ. 2, 25 juin 1980 : Bull. civ. 2, n° 162 ; 20 juillet 1993 : Bull. civ. 2, n° 36.

²⁵ P. JOURDAIN, « le préjudice et la jurisprudence » *RCA*, 2001, n° 23, p. 48.

²⁶ L. CADIET, « les métamorphoses du préjudice », précité, p. 39.

telle que le droit à l'image, à l'intimité de la vie privée, au nom, etc..., conduisent à irréfragablement présumer toujours satisfaite la condition de la certitude du dommage - dès lors que celles-ci ne sont évidemment jamais dépourvues de justifications très sérieuses et que la Cour de cassation, par la constance de ses positions, a toujours manifesté qu'elle les jugeait d'une pertinence supérieure à celle des objections.

Un renforcement du contrôle des caractères du dommage ne devrait donc pas pouvoir déboucher sur une limitation du nombre des préjudices indemnifiables. Mais il pourrait peut-être s'ensuivre une plus grande rigueur dans les conditions de leurs indemnisations effectives s'ils devaient porter sur la motivation des juges du fond.

2) Le contrôle des motifs.

Comme on l'a déjà rappelé, la Cour de cassation estime que, par la seule évaluation des dommages dont elles ordonnent la réparation, les juridictions inférieures justifient suffisamment l'existence aussi bien que l'étendue de ceux-ci. Cette solution n'est cependant pas à l'abri de la critique au regard, non seulement de l'opportunité, mais également, et plus fondamentalement, de la logique.

En effet, la simple fixation d'un montant d'indemnités, lorsqu'elle n'est assortie d'aucune explication, ne garantit en rien que les dommages dont les juges du fond décident de la réparation présentent réellement les caractères qui les rendent réparables, ou qu'ils correspondent à la définition qu'en donne la Cour de cassation. Celle-ci n'étant donc pas mise à même d'exercer ses contrôles sur l'un et l'autre de ces points, il devrait pouvoir être reproché aux décisions ainsi motivées d'être dépourvues de base légale.

De même, toute discussion des parties à propos de la consistance ou des caractères d'un préjudice suscitant une question de droit, et étant donc justiciable de la qualification de moyen véritable plutôt que de simple argument, il ne devrait pouvoir être considéré qu'il y est effectivement répondu par la seule évaluation du préjudice en question.

Un surcroît de rigueur des exigences de la Cour de cassation sur la motivation des décisions déferées à sa censure, qui correspondrait d'ailleurs à une tendance déjà amorcée²⁷, permettrait par conséquent de réduire le risque d'indemnisations forfaitaires ou trop systématiques, en obligeant les juges du fond à davantage s'interroger sur les réalités auxquels les dommages-intérêts qu'ils accordent sont censés correspondre.

Il n'est toutefois pas certain que ces progrès se manifesteraient de manière toujours très sensible et n'auraient pas en contrepartie des inconvénients très sérieux.

Sans doute, le danger d'un accroissement du nombre des pourvois, qui ne peut être méconnu, ne suffirait pas à dissuader de l'exploration d'une telle voie, dès lors que le législateur a instauré une procédure de non admission qui permet à la Cour de cassation de largement y remédier. Mais c'est la situation des juges du fond qui constitue une première incitation à la plus grande prudence : déjà submergés par une tâche dont le poids nuit fatalement à la qualité de leur travail, on ne peut songer à leur imposer de consacrer plus de temps encore à la simple rédaction matérielle de leurs décisions sans prendre inéluctablement le risque, aussi bien d'une nouvelle dégradation de celui-ci, que d'un allongement des procédures dont pâtiraient les victimes. Plutôt que d'ajouter à leur accablement, c'est à les soulager qu'il serait grand temps de s'employer.

Mais surtout, l'insuffisance des motivations est souvent la conséquence d'une impossibilité de motivation, parce que les préjudices en cause sont par nature insusceptibles de vérifications concrètes ou parce que ceux qui s'opposent dans l'instance en responsabilité ne sont pas les mieux placés pour éclairer le juge sur leurs réalités. S'il s'ensuit que l'on éprouve parfois certaines hésitations à propos « de la pureté de l'émotion » de ceux à qui une indemnisation

²⁷ G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, n° 62 et s.

est consentie²⁸, ces doutes sont vraisemblablement inéluctables et certainement préférables à l'illusion de certitudes que prétendraient procurer des vérifications confinant souvent à l'indécence. Car comment, pour se limiter à ce seul exemple, être certain d'un préjudice d'affection ?

En définitive, il apparaît ainsi qu'il n'existe pas d'autre moyen de remédier aux incertitudes affectant notre droit de l'indemnisation qu'en s'en prenant à sa cause première : le principe « douteux »²⁹, ou le « dogme »³⁰ de la réparation intégrale.

B) Une reconsidération du principe de la réparation intégrale.

Parce que c'est le principe de la réparation intégrale qui commande d'abandonner au juge du fond l'essentiel des questions relatives à l'indemnisation des dommages, on ne peut concevoir aucun remède efficace aux incertitudes qui en sont la conséquence sans remettre en cause ce principe même. À cet effet, il faut, d'une part s'assurer de son influence exacte sur les solutions du droit positif, d'autre part s'interroger sur sa légitimité. Autrement dit, il convient de le reconsidérer du point de vue, à la fois de la nature des préjudices auxquels on le prétend applicable, et des fondements de la responsabilité retenue, parce qu'en dépendent la forme aussi bien que l'étendue de la remise en cause qu'il est permis d'en proposer .

1) Les préjudices³¹.

Le principe de la réparation intégrale est évidemment un non sens pour les dommages qui ne peuvent être réellement réparés et pour les victimes auxquelles, par conséquent, il n'est jamais question d'offrir qu'une simple compensation. Tel est par excellence le cas des préjudices corporels et moraux. Mais tel est également celui de la plupart des préjudices économiques

a) Les préjudices corporels et moraux

On sait que l'indemnisation des préjudices corporels et moraux a longtemps été l'objet de vives discussions en tant qu'elle revient à attribuer une valeur monétaire, sinon marchande, au corps humain ou à des sentiments. Quoique le débat soit le plus généralement considéré aujourd'hui comme dépassé, il n'en suffit pas moins à établir que le principe de la réparation intégrale est totalement étranger au mode d'indemnisation de ces dommages.

En effet, nul n'ignore que la fonction des indemnités allouées est, en l'occurrence, non une réparation du dommage, c'est-à-dire un rétablissement de l'état antérieur à celui-ci, mais une compensation pécuniaire à l'atteinte qui a été irrémédiablement portée à cet état. Par conséquent, la seule difficulté est celle du niveau auquel il faut fixer cette compensation pour qu'elle soit reconnue satisfaisante.

Or notre droit positif, parce qu'il persiste à prendre prétexte du principe de réparation intégrale, ne tire pas les conséquences de cette réalité.

C'est particulièrement net en matière de dommages corporels : si l'indemnisation de ceux-ci est, comme le veut la jurisprudence aujourd'hui, poursuivie distinctement de celle, d'une part, de la perte de revenus qu'engendre éventuellement le handicap et, d'autre part, de la réduction des agréments de la vie qui en est également la conséquence, la libre fixation de son montant

²⁸ L'expression est empruntée au Rapport de la Commission BELLET sur « la réforme du droit de la responsabilité civile en matière d'accident de la circulation routière ».

²⁹ L. CADIET, *op. cit.*, p. 51

³⁰ P. JOURDAIN, Rapport introductif, in « Faut-il moraliser le droit français de la réparation des dommages ? », *Petites Affiches* 20 novembre 2002, n° 232, p. 3.

³¹ Sur la critique du principe de la réparation intégrale de ce point de vue, voy. tout particulièrement G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, n° 57 et s.

par le juge devient injustifiable. Par hypothèse, c'est à un déficit fonctionnel qu'il s'agit exclusivement ici d'offrir une compensation, sans considération pour les emplois concrets qui étaient faits par la victime de l'attribut physiologique auquel il a été porté atteinte. Or le principe constitutionnel de l'égalité devant la loi devrait postuler l'uniformité de la valeur de cette compensation. Parce qu'en droit, une vie en vaut une autre, un œil, un foie devraient en valoir un autre et la paralysie des membres inférieurs devrait, en tant de déficit fonctionnel distingué de l'usage que la victime faisait de ses jambes, toujours être indemnisé de manière strictement identique, sous réserve, bien entendu, de tenir éventuellement compte, par l'établissement de catégories distinctes, de l'âge, voir du sexe des victimes. Autrement dit, c'est d'une règle générale, et donc de la loi, que devrait dépendre le montant de cette indemnisation.

Cette conclusion vaut tout aussi bien à propos des dommages moraux. Sans doute notre droit positif en la matière a-t-il cette fois la prétention de tenir compte de la situation particulière de chacune des victimes, en lui apportant une compensation adaptée aux multiples souffrances, physiques autant que psychologiques, qu'elle a réellement éprouvées, principalement par le moyen d'une découverte régulière de nouveaux chefs de préjudices d'agrément.

Mais, indépendamment des doutes, déjà exprimés, que cette inflation continue des chefs de préjudice suscite à propos de la cohérence de notre système, celui-ci n'est pas défendable en tant qu'il abandonne la fixation du montant des indemnités correspondantes aux tribunaux. Car ce dont il s'agit n'est pas autre chose ici que de leur demander de traduire en termes monétaires le sentiment de compassion que la victime leur inspire. Or, spontanément, ils ne peuvent évidemment qu'en être incapables, parce que, comme en matière de dommages corporels, cette traduction est une simple affaire de convention. Par exemple, un magistrat qui n'a aucune expérience dans ce domaine, peut certainement considérer que, pour une mère qui vient de perdre son enfant de cinq ans, une compensation de 100 euros serait dérisoire, et qu'une indemnité de 10 millions serait excessive. Mais, abandonné à lui-même, il ne peut certainement pas dire de manière assurée qu'aucune de ces deux sommes, ou de toute autre intermédiaire, ne correspond à une indemnisation juste de la souffrance éprouvée. Si bien que, pour rendre sa décision, il ressentira immanquablement le besoin de s'informer du montant des indemnités habituellement accordées dans des cas semblables. Cela montre bien que si, du fait du principe de la réparation intégrale, l'appréciation de la réalité et de la mesure du préjudice moral relève incontestablement de l'activité juridictionnelle, il n'en va aucunement de même pour ce qui concerne le quantum de l'indemnité qui y correspond. Comme celui qui est destiné à compenser les dommages corporels, ce quantum dépend nécessairement d'un barème, fatalement arbitraire, qu'il ne peut incomber qu'au législateur d'élaborer pour garantir, à nouveau, cette composante de la justice que constitue l'égalité de traitement des victimes. Et l'on observera que cette même exigence constitutionnelle d'égalité, et donc de justice, implique que la loi fixe pareillement l'identité ou la qualité des personnes pouvant être autorisées à poursuivre l'indemnisation d'un dommage moral par ricochet³², puisqu'il n'est évidemment pas légitime d'abandonner aux conceptions personnelles des magistrats composant chacune des juridictions saisies la réponse à la question de savoir, par exemple, si la réparation du préjudice de l'épouse exclut celle du dommage de la maîtresse et si, dans le cas contraire, l'indemnité allouée à chacune se fixe indépendamment de celle de l'autre ou doit plutôt représenter une fraction de celle qui sert à compenser leur douleur commune.

Il est en tout cas certain que le principe de la réparation intégrale n'est d'aucune pertinence pour la fixation du montant des indemnités destinées à compenser les préjudices de nature non patrimoniale. Il ne peut pas non plus toujours servir à l'évaluation des dommages économiques.

b) Les dommages économiques

³² Le frère ou la sœur (jusqu'à quel âge ?) ; l'oncle ou le cousin, (jusqu'à quel degrés ?) ; l'ami ou le « partenaire », etc...

Bien sûr c'est dans ce domaine des dommages économiques que le principe de la réparation intégrale a naturellement vocation à commander l'étendue des obligations du responsable. Pourtant, en droit positif, il ne s'impose jamais de manière absolue.

D'abord, dans le domaine de la responsabilité contractuelle, on sait que l'article 1150 du Code civil limite expressément son application au dommage prévisible, sauf faute intentionnelle du débiteur. Et il n'est nullement interdit de penser que ce texte, qui est l'objet d'une interprétation *a contrario* par la jurisprudence, aurait bien plutôt mérité d'être appliqué par analogie à la responsabilité délictuelle.

Ensuite, les tribunaux sont parfaitement libres d'ordonner une « réparation par équivalent » plutôt qu'en nature lorsque celle-ci, pourtant matériellement concevable et seule propre à garantir réellement le respect du principe de la réparation intégrale, leur paraît déraisonnable ou injustement rigoureuse. Or ces deux limites ne sont nullement indifférentes puisque, comme on le montrera, elles reviennent à faire dépendre la mesure de l'obligation du responsable de sa raison d'être.

Mais en toute hypothèse, et quel que soit le fondement de la responsabilité mise en œuvre, on sait bien que, pour des raisons matérielles évidentes, on ne peut que très exceptionnellement appliquer le principe de la réparation intégrale dans toute sa pureté : il n'est possible de le respecter que lorsque le dommage consiste en une destruction totale d'un bien fongible neuf, puisqu'il conduit alors à obliger le responsable à remplacer celui-ci (ou à supporter les coûts de ce remplacement) par un autre bien, parfaitement identique, ce qui aboutit indiscutablement à un rétablissement de l'état antérieur³³. Mais dans tous les autres cas, le principe n'est que plus au moins approché et ne peut donc être satisfait qu'au prix de sa reformulation : il ne signifie plus que les choses doivent être remises dans leur état antérieur, mais que la victime doit être replacée « aussi exactement que possible » dans la situation où elle se serait trouvée si le dommage n'était pas survenu³⁴.

Or ce qui sépare ces deux expressions n'est pas une simple nuance : si l'on veut bien ne pas se laisser abuser par la fiction à laquelle les contraintes du réel obligent, on doit reconnaître que c'est très souvent une différence radicale. Deux exemples suffisent à le montrer.

Le premier est celui d'une destruction totale d'un corps certain, tel notamment qu'une œuvre d'art. En l'occurrence, il n'est matériellement pas possible de réparer le dommage, puisque l'on ne peut donner à la victime un objet strictement identique à celui qui a péri. Force est donc de lui offrir une simple indemnité compensatrice³⁵. Et toute la difficulté étant alors de fixer le montant de celle-ci, le souci affirmé de respecter le principe de la réparation intégrale conduit en pratique les tribunaux à se fier à une estimation de la chose par des experts. Pourtant cette estimation est une simple approximation, et l'expérience montre, combien peut parfois être grande la distance qui sépare les estimations faites par les experts avant les ventes publiques des résultats de celles-ci.

Mais à l'approximation de l'estimation s'ajoute l'arbitraire du moment où on l'effectue. Sans doute notre droit, pour combattre les effets injustes du principe du nominalisme monétaire en période de forte inflation, a-t-il eu recours à la notion de dette de valeur, qui conduit à évaluer les indemnités compensatrices à la date à laquelle le juge statue. Mais, les remèdes que l'on apporte à l'érosion monétaire étant sans pertinence pour les biens dont la valeur dépend de la spéculation, et notamment pour les œuvres d'art dont la cote peut très considérablement varier à la hausse comme à la baisse en l'espace de quelques années, on pourrait tout aussi bien les évaluer au jour du dommage, en considérant que c'est à ce moment que prend naissance la dette de réparation. Il n'y a en tout cas aucune raison véritablement déterminante de retenir

³³ Encore qu'il faille réserver le préjudice né de la perte de jouissance dans l'intervalle : sur ce point, voir *infra*.

³⁴ Voy. par exemple, Cass. civ. II, 28 octobre 1954, JCP, 1955.II.8765, note Savatier ; 4 février 1982, JCP, 1982.II.19894, note Barbiéri ; 8 juillet 2004, Bull. civ. II, n°391.

³⁵ Comp. Flour, Aubert et Savaux, Les obligations. Le fait juridique, p. 134, n.b.p. 1 .

l'une plutôt que l'autre de ces deux dates. Et pourtant, il faut nécessairement faire un choix, qui aura pour conséquence, selon que la cote de l'œuvre se sera dans l'intervalle envolée ou au contraire effondrée, que le montant de l'indemnité sera fixé à un niveau deux, trois, voire dix fois supérieur ou au contraire inférieur à ce qu'il aurait été si on avait fait un choix différent.

Dans ces conditions, il est, non pas seulement artificiel, mais radicalement inexact de prétendre que l'on procède à une réparation intégrale du dommage effectivement subi. La vérité est qu'on offre à la victime une compensation dont on veut se persuader qu'elle est satisfaisante, sous prétexte que l'on applique à la détermination de son montant une méthode dont on sait qu'elle est totalement arbitraire, mais que l'on ne peut remplacer par une autre qui ne le soit pas, sans par là-même renoncer à l'objectif, pourtant irréalisable, que l'on s'est donné de replacer « aussi exactement possible la victime dans la situation où elle se serait trouvée si le dommage ne s'était pas produit ».

On pourrait en dire autant des solutions qui valent à propos du second exemple sur lequel il est intéressant de s'arrêter : celui de l'indemnisation du gain manqué et des pertes de revenus à venir. Cet exemple est en effet particulièrement édifiant parce que, en la matière, on ne dispose pas même d'une méthode que l'on pourrait proposer aux tribunaux.

En effet, toute extrapolation des éléments de la situation particulière de la victime, tels qu'ils peuvent être établis, est nécessairement très aventureuse. Par exemple, on ne peut légitimement évaluer le manque à gagner d'une entreprise dont les produits sont contrefaits en multipliant le bénéfice qu'elle aurait tiré de la commercialisation de chacun de ses articles par le nombre de ceux que le contrefacteur a vendus, non seulement parce que ce nombre ne peut jamais être connu – il ne correspond évidemment pas à celui des objets de contrefaçon saisis – mais encore parce que l'on sait bien que l'immense majorité des acquéreurs des biens de contrefaçon n'aurait pas acheté les produits de marque authentique. De même, on ne peut pas plus légitimement se livrer à des projections à partir des revenus professionnels que la victime d'un dommage corporel percevait avant son accident, pour fixer l'indemnité relative aux conséquences économiques de celui-ci : d'une part, parce que cela conduirait à n'accorder aucune indemnisation aux victimes qui ne vivent pas de leur travail (enfants, étudiants, retraités, etc...) et d'autre part, parce que le procédé ne peut se recommander d'aucune justification sérieuse. En effet, les enseignements de la loi des grands nombres n'étant d'aucune pertinence dans un cas déterminé, il est scientifiquement interdit de déduire la perte des revenus consécutive au dommage du niveau antérieur de ces revenus. Car on ne peut pas exclure que le jeune vendeur de journaux qu'une voiture a renversé eût, sinon, connu le destin de Rockefeller ; ou que la célèbre actrice que son accident retient dans une chambre d'hôpital n'eût pas, sinon, fait une chute mortelle dans un escalier. Par conséquent, ne pas tenir compte de cette éventualité pour la raison qu'elle est statistiquement négligeable serait renoncer au principe de la réparation intégrale que l'on prétend pourtant devoir respecter.

A fortiori est-il pour la même raison, inconcevable de préconiser toute méthode faisant au contraire abstraction de la situation personnelle de la victime avant le dommage. En particulier, le calcul sur la base du point d'IP, en tant qu'il sert à indemniser, non le préjudice corporel, mais également le dommage économique en résultant, est radicalement incompatible avec les principes affirmés.

La conséquence de cette situation est que le juge est totalement abandonné à lui-même : il est autant libre de se rallier à une méthode que d'en combiner plusieurs ou de n'en choisir aucune. Et même s'il en adopte une, il est encore totalement libre de fixer les valeurs dont dépend sa mise en œuvre. On ne peut donc pas non plus ici parler de fonction réparatrice des indemnités : elles sont purement compensatrices. Et cette compensation qu'elles offrent est tenue pour satisfaisante pour cette unique raison que leur montant est fixé judiciairement au cas par cas.

Les observations qui précèdent sont évidemment bien connues. Il n'est que plus regrettable qu'aucune conséquence n'en soit tirée. Car ce qu'elles révèlent est que notre système est parfaitement illogique. Le raisonnement sur lequel il se fonde tient en trois propositions :

- d'abord, il part de l'idée, dont on appréciera plus loin la valeur, que, lorsque la réparation intégrale est matériellement possible, elle est celle qui permet d'offrir à la victime l'indemnisation la plus juste ;

- ensuite, il prend acte de ce que la réparation intégrale, lorsqu'elle est matériellement possible, implique une appréciation *in concreto* du dommage, et qu'elle ne peut donc, en tant qu'elle suscite une simple question de fait, que relever du pouvoir souverain des juges du fond :

- et dans un troisième temps, il est déduit de cette réalité que l'indemnisation la plus juste est celle qui est souverainement arrêtée par les juges du fond, même lorsque, matériellement, la réparation du dommage est impossible et qu'il ne peut donc être offert à la victime qu'une simple compensation.

Et c'est évidemment cette déduction qui est dénuée de pertinence : ce qui importe est que l'indemnisation soit juste. Et si, pour l'être, il se peut qu'elle doive correspondre exactement au dommage lorsque sa réparation intégrale est possible, rien ne peut en être déduit à propos de ce qu'il faut décider lorsque, au contraire, la réparation intégrale est matériellement impossible.

Autrement dit, lorsque la réparation est impossible, la solution juste est d'allouer à la victime une compensation qui soit satisfaisante. Or le niveau qu'elle doit atteindre pour mériter ce qualificatif est fatalement question de convention, et rien ne permet d'assurer que l'unique moyen de le fixer convenablement est de l'abandonner à la discrétion des juges du fond : une fixation objective par la loi, ou une fixation judiciaire encadrée par une méthode légale n'est pas nécessairement à exclure, sous prétexte que le juge est totalement libre lorsque la réparation intégrale est possible.

2) Le fondement de la responsabilité retenue³⁶

Si le principe de la réparation intégrale doit être reconsidéré du point de vue des préjudices auxquels on le prétend applicable, il mérite tout autant de l'être en fonction du fondement de la responsabilité retenue. Ce principe, en effet, était pleinement justifié à l'époque où la responsabilité ne se concevait pas sans faute et où la définition juridique de la faute, d'une part, impliquait la faculté de discernement de l'auteur de l'acte dommageable et, d'autre part, obligeait à comparer le comportement qui lui était reproché à celui, non d'un être absolument parfait, mais seulement d'un « bon père de famille ». Parce que les conditions de la responsabilité étaient ainsi empruntées à la morale, ou au sens commun de la justice, ses conséquences ne pouvaient que l'être également. Or il n'est pas douteux que si le dommage résulte d'un agissement blâmable, l'équité commande – normalement – d'obliger son auteur à réparer intégralement ce dommage. Et si celui-ci n'est pas matériellement réparable, il reste, sinon nécessairement conforme aux exigences de la morale, du moins parfaitement compatible avec elles, de laisser le juge arbitrer le montant de l'indemnité destinée à le compenser. Car cette compensation n'a pas alors la prétention – parfaitement irréaliste - d'être à la mesure exacte du préjudice subi. Elle doit tout autant tenir compte de la gravité de la faute, eu égard aux circonstances précises de sa commission, puisqu'il est moralement juste et politiquement utile de se montrer sévère envers celui qu'animait une intention de nuire, et de traiter au contraire avec indulgence celui qui, malgré ses efforts, n'a pu surmonter le handicap de son habituelle maladresse ou s'abstraire des tourments qui obéraient ses facultés de discernement.

³⁶ Sur la critique du principe de la réparation intégrale de ce point de vue, voy. l'excellente thèse de C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, Dalloz, 2005.

Mais ce qui est cohérent dans un système de responsabilité pour faute ne l'est pas *ipso facto* dans le cadre d'une responsabilité sans faute, parce que les objectifs que celle-ci poursuit ne sont plus les mêmes.

À cet égard, il importe de se souvenir que les premières et, en pratique, les plus importantes applications de la responsabilité sans faute sont apparues à une époque où la sécurité sociale n'existait pas, non plus évidemment que le RMI, la CMU et tous les autres mécanismes de solidarité collective que nous connaissons aujourd'hui. Elle constituait précisément une réaction contre cet état de notre droit qui abandonnait à leur sort désolant des victimes qui n'étaient plus même en mesure de subvenir à leurs besoins les plus élémentaires. Autrement dit, il s'agissait de répondre à un devoir moral collectif, bien plutôt qu'individuel.

Et cependant, il n'est que trop évident que si le moyen retenu était le seul qui pouvait l'être par les tribunaux, il n'était pas adapté à l'objectif poursuivi.

En premier lieu, le devoir moral collectif n'existe qu'envers ceux qui ne disposent pas des moyens de subvenir à leurs besoins. Et son étendue dépend de ces besoins, et non du dommage qu'ils ont subi. Autrement dit, il relève de la justice distributive, alors que la responsabilité civile a pour objet de garantir le respect de la justice corrective.

En second lieu et surtout, il pèse, par définition même, sur la collectivité tout entière, alors que le recours à la responsabilité civile conduit à en rendre débiteur un simple particulier, ce qui suscite de nombreuses difficultés, dont la plus aiguë est évidemment celle du choix du critère permettant d'identifier ce responsable. Il importe en effet que ce critère ne soit pas lui-même la cause d'une injustice, et fasse de celui qu'il désigne la victime d'une méconnaissance d'un autre devoir moral collectif : celui que sert à traduire juridiquement le principe constitutionnel de l'égalité devant les charges publiques. Il est vrai cependant que le développement de l'assurance de responsabilité est parfois considéré comme un remède à ce risque, qui autoriserait à ne pas trop s'en soucier. Mais c'est là une erreur. D'abord, la collectivité des assurés ne se confond pas avec celle à qui incombe le devoir de solidarité. Ensuite, compte tenu du mode de calcul des primes d'assurance, la contribution personnelle des assurés à la prise en charge du risque mutualisé se fait en fonction de leur exposition à celui-ci, tandis que la solidarité implique une répartition, soit par tête, soit d'après les facultés contributives de chacun. Enfin, et surtout, les responsables ne sont pas tous assurés, et même lorsque l'assurance est obligatoire, ils ne le sont pas nécessairement pour des montants suffisants. Or l'expérience montre que ce sont ceux qui perçoivent les revenus les plus modestes qui sont habituellement les moins bien garantis.

Il est certainement permis de voir dans ces considérations, et dans la nécessité pour les tribunaux de concilier leur prise en compte avec l'obligation qui leur est faite de trouver dans la loi un fondement aux solutions qu'ils arrêtent, la cause des difficultés que l'on éprouve à donner une image parfaitement cohérente de leur jurisprudence.

Il n'est évidemment pas question de discuter ici des mérites de cette jurisprudence, non plus, *a fortiori*, que de la remettre en cause. Ce serait probablement vain³⁷ et ne correspondrait de toute façon pas à l'objet donné à notre propos, qui oblige à considérer les consécutions non seulement jurisprudentielles, mais également législatives, de la responsabilité sans faute.

³⁷ On se souvient peut-être qu'aux lendemains de l'adoption de la loi BADINTER, J. HUET avait pertinemment observé que la responsabilité du fait des choses avait perdu l'essentiel de sa raison d'être et préconisait, pour les dommages provoqués par des choses autres que les véhicules terrestres à moteur, un retour à l'exigence d'une faute du gardien. On sait que les tribunaux ne l'ont cependant pas suivi, et ont au contraire élargi la portée de l'article 1384, al.1, du Code civil en en faisant le siège d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui dont le régime a pour unique mérite d'entretenir la curiosité et l'imagination des juristes.

Il n'en est pas moins important de toujours être conscient du fait que le droit de la responsabilité sert à opérer un déplacement des exigences de la justice distributive vers celles de la justice corrective, et que l'étendue des exigences de la justice corrective ne peut donc que dépendre de la justification donnée à ce déplacement. Autrement dit, il n'existe aucune nécessité logique à ce que la mesure des obligations engendrées par la responsabilité pour faute soit identique à celle des indemnisations sur lesquelles débouchent les cas de responsabilité sans faute, de même que rien n'impose que ces indemnisations soient identiques selon les différentes justifications retenues à l'appui des consécutions de ces multiples cas de responsabilité sans faute. La preuve en est que nul ne s'avise jamais, lorsque le législateur crée un régime de responsabilité spécifique assorti de barèmes ou de plafonds d'indemnisation, d'en tirer la moindre conséquence à propos de l'étendue des obligations engendrées par le droit commun de la responsabilité.

Seulement, l'absence de nécessité logique, qui explique l'entière liberté du législateur, n'empêche pas la nécessité juridique qui, à l'inverse, contraint le juge. Car si, en jouant sur les termes de la loi, et notamment sur ceux de chacun des alinéas de l'article 1384 du Code civil, celui-ci peut subordonner la responsabilité qu'elle consacre à des *conditions* différentes, il ne peut fonder sur aucune de ses dispositions une quelconque modulation de ses *effets*, si bien que ceux-ci doivent être toujours identiques. Et c'est de cette réalité que découle le caractère paradoxal de nombre de nos solutions actuelles qui, d'un régime de responsabilité à l'autre, conduisent à des niveaux d'indemnisation dont les différences ne sont pas rationnellement explicables. Or la prise en compte de ces paradoxes est extrêmement utile, non seulement parce que, dans le cadre d'une réforme d'ensemble, il importerait d'y remédier, mais encore parce qu'elle ne peut que guider la détermination du quantum des obligations qu'il conviendrait de faire découler de chacun des régimes en question.

C'est ainsi, en premier lieu, que de toutes les hypothèses de responsabilité sans faute, il semble que ce soit celle que justifie la théorie du risque – profit qui devrait engendrer les obligations les plus étendues : parce que la responsabilité du défendeur découle de l'idée que la poursuite de fins lucratives ne peut se faire au détriment d'autrui et implique donc le devoir de supporter toutes les conséquences dommageables de l'activité entreprise, il n'est pas illégitime de le dire tenu à « replacer aussi exactement que possible » la victime dans la situation antérieure au dommage. Autrement dit, il n'y a rien de choquant à ce qu'elle produise des effets à peu près identiques à ceux qui sont attachés à la responsabilité pour faute ordinaire. Pourtant, on sait que si notre droit positif est en ce sens lorsqu'il est fait application de la théorie des troubles du voisinage où aucune distinction n'est établie suivant que celle-ci peut être ramenée à la responsabilité pour faute plutôt qu'à la responsabilité pour risque-profit, il ne l'est, lorsque est en cause la responsabilité des employeurs, qu'au bénéfice des tiers³⁸. En revanche, lorsque la victime est un préposé de l'entreprise, le décalage entre le montant des indemnités auxquelles lui ouvre droit la législation sur les accidents du travail et celui qui est désormais atteint par application des règles de la responsabilité du droit commun est de plus en plus ressentie comme une insupportable injustice qui incite à une remise en cause, soit de l'un, soit de l'autre.

Le risque qu'en second lieu fait naître l'emploi, la détention ou le transport non fautifs de choses dangereuses justifie certainement un assouplissement, du point de vue des exigences relatives à la *causalité*, des règles de la responsabilité ainsi que le veulent d'ailleurs tous les régimes spéciaux adoptés en ce domaine. Mais si certains de ces régimes prennent également parti sur le montant des indemnités pouvant être mises à la charge du responsable en lui fixant des plafonds, d'autres ne le font pas. Et le paradoxe ici résulte du fait que cette différence, loin de se justifier, est contraire à celle à laquelle on pourrait raisonnablement s'attendre.

En effet, les régimes particuliers qui fixent les limites à l'indemnisation sont ceux qui peuvent également être justifiés par la théorie des troubles du voisinage (par exemple celui sur la

³⁸ On sait que la jurisprudence voit très justement aujourd'hui dans l'article 1384, alinéa 5, du Code civil un cas de responsabilité personnelle des commettants, plutôt que de garantie du fait d'autrui.

responsabilité des exploitants de réacteurs nucléaires) ou celle du risque-profit (par exemple celui sur les transports d'hydrocarbures), qui, comme il vient d'être indiqué, ne connaissent habituellement pas ces limitations. Celles-ci ne peuvent donc en l'occurrence se comprendre que par le désir de lutter contre les incertitudes autant que contre la générosité des évaluations judiciaires des dommages.

En revanche, on s'explique mal que la loi BADINTER sur l'indemnisation des accidents de la circulation ne comporte aucune restriction relative à l'étendue des obligations du responsable. La dangerosité incontestable des véhicules terrestres à moteur, en effet, justifie certainement que les victimes soient traitées avec sollicitude. Mais, parce que notre mode d'organisation sociale a banalisé, en le rendant souvent indispensable, l'usage de cet objet dangereux, il n'est plus possible d'admettre que cette sollicitude doive systématiquement aller jusqu'à replacer la victime dans la situation, si privilégiée fût-elle, qui était la sienne avant l'accident. C'est bien plutôt à cette victime qu'il devrait revenir, si elle entend garantir en toute hypothèse la pérennité de cette situation privilégiée, d'en assumer le coût, en contractant une assurance directe de biens ou de personnes pour le montant qui lui paraît désirable. Et telle est bien l'analyse qui est faite dans de nombreux droits étrangers, où la responsabilité objective mise en place en la matière a pour contrepartie une limitation des préjudices indemnifiables et le plafonnement ou la forfaitisation des indemnités.

Pourtant, nul ne s'indigne qu'en France le plus modeste des salariés, qui ne dispose pas d'autres moyens, pour se rendre à son travail, que de faire usage de sa voiture, puisse voir toute son épargne engloutie et l'essentiel de ses revenus futurs confisqué par l'indemnisation de la perte de l'œuvre d'art de grand prix que transportait la très luxueuse berline avec laquelle son véhicule est, sans aucune faute de sa part, entré en collision. Et nul ne s'émeut d'avantage qu'en cas de dommages corporels, pour lesquels la garantie de l'assurance est illimitée, la collectivité de condition généralement modeste des assurés puisse avoir à supporter le poids d'indemnités destinées à compenser « aussi exactement que possible » la perte des revenus qu'une victime, célébrité top model ou footballeur professionnel, doit subir en conséquence de ce même accident. Rapprochées du sort qui est réservé aux victimes d'accidents du travail, ces solutions paraissent cependant bien difficiles à défendre.

A fortiori ne peut-on approuver l'idée, et les conséquences qui en sont communément tirées, d'une réparation intégrale des préjudices causés, sans faute du gardien, par une chose normalement inoffensive. Car, même si l'on renonce à s'interroger sur le bien-fondé d'un régime de responsabilité objective en la matière, il n'apparaît pas que son application mériterait de déboucher sur des principes d'indemnisation sensiblement différents de ceux qui inspirent la plupart des fonds collectifs d'indemnisation dont ces préjudices pourraient tout aussi légitimement relever.

Mais c'est finalement la responsabilité du fait d'autrui qui suscite les difficultés les plus épineuses. Elles sont en vérité déjà réelles lorsqu'il est possible, comme il en va peut-être de celle que la jurisprudence actuelle déduit de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil, d'expliquer cette responsabilité par l'idée de garantie, en tant que contrepartie d'un pouvoir ou de l'autorité exercée sur l'auteur du dommage. Car de cette explication, il paraît devoir seulement résulter que les obligations du garant ont nécessairement pour limites celles qui incombent au garanti, c'est-à-dire à cet auteur direct du dommage. Il ne peut en être déduit qu'elles doivent, pour autant, avoir exactement la même étendue. Mais, pour prendre parti sur ce point, il faudrait être en mesure de déterminer, au moyen de critères précis, le cercle exact de ceux qui sont responsables d'autrui par application de l'article 1384 alinéa 1, et à quelles conditions. Or, en l'état, force est de constater que le droit positif ne le permet pas.

Et en toute hypothèse, l'explication par l'idée de garantie ne peut valoir, si du moins on a le souci de conserver aux mots leur sens, à propos de la responsabilité prévue par l'article 1384, alinéa 4, du Code civil, puisque la jurisprudence semble désormais fermement attachée au principe que les parents doivent indemniser les dommages dont l'enfant lui-même ne pourrait

être déclaré responsable, fût-ce en recourant à la singulière notion de « faute objective »³⁹. Mais, parce qu'il serait assurément choquant de chercher à rendre compte de cette jurisprudence par la théorie du risque-profit ou en assimilant l'enfant à une chose dangereuse, on ne peut la comprendre que comme une transposition de la justification, encore mystérieuse, de la responsabilité du fait des choses normalement inoffensives, de sorte que ses effets ne mériteraient pas d'être plus étendus que ceux qu'il conviendrait d'attacher à celle-ci.

3) Les conséquences de la remise en cause du principe

Les développements qui précèdent montrent que c'est bien à tort que l'on prétendrait voir dans le principe de la réparation intégrale un obstacle à une remise en cause du pouvoir souverain des juges du fond pour la définition des effets de la responsabilité. Loin de contredire les objectifs de notre droit en la matière, cette remise en cause est, tout au contraire, indispensable à la réalisation de ces objectifs. Car les règles de la responsabilité civile n'ont pas pour but de garantir la réparation intégrale des préjudices : elles visent, comme toutes les autres règles, à consacrer une solution juste, si bien que la réparation intégrale ne s'impose que dans la seule hypothèse où elle permet réellement d'aboutir à ce résultat. Or tel n'est pas toujours le cas puisque, comme on vient de le montrer, la solution n'est juste que si, en plus de l'étendue du dommage, elle prend en compte la raison d'être de l'obligation que l'on impose aux responsables, et la nécessité de faire régner entre les victimes, sinon même entre les responsables, une égalité de traitement. De là découle la nécessité d'une intervention de la loi.

En effet, les tribunaux sont évidemment seuls à même de constater la réalité et la mesure des préjudices invoqués. En revanche, le pouvoir d'en faire varier l'indemnisation selon le fondement de la responsabilité retenue ou de poser les règles générales garantissant l'égalité des victimes n'appartient tout aussi évidemment qu'au législateur.

Mais de la nécessaire remise en cause du principe de la réparation intégrale, et des raisons même qui y obligent, se déduit l'essentiel du contenu qu'il faut donner à cette intervention législative.

En premier lieu, du principe de l'égalité des victimes aussi bien que des responsables, il résulte que la loi devrait comporter une énumération limitative des préjudices indemnifiables⁴⁰, et fixer de manière aussi précise que possible les conditions auxquelles la forme et le montant des indemnisations doivent obéir pour garantir le caractère satisfaisant que la société a seule qualité pour leur attribuer.

Mais en second lieu, le devoir de justice envers les responsables oblige à tenir compte de la justification donnée à l'obligation dont on les charge et donc à faire éventuellement varier l'étendue de celle-ci en fonction du fondement de la responsabilité qu'ils encourent.

Il est malheureusement impossible de proposer une méthode unique pour respecter l'ensemble de ces différentes contraintes, parce que la nature des dommages en cause peut également exercer une certaine influence sur les mérites des solutions auxquelles on peut songer. Il faut donc envisager séparément les différentes catégories de préjudices.

³⁹ On ne sait si les tribunaux accepteront d'en tirer toutes les conséquences le jour, vraisemblablement prochain, où il sera demandé à des parents dont le fils ou la fille aura été emporté par une méningite foudroyante, d'indemniser les dommages de toutes les personnes que l'enfant aura contaminées avant son décès, puisque la condition d'extériorité de la force majeure, que cette jurisprudence réserve comme cause d'exonération, ne sera pas davantage satisfaite qu'elle ne l'est, dans le cadre de la responsabilité du fait des choses, lorsque celles-ci sont infectées d'un vice.

⁴⁰ Ce qui implique, dans le cas des dommages par ricochet, la formulation des critères desquels déduire l'identité des personnes autorisées à s'en prévaloir

Le problème des préjudices corporels et moraux est certainement le plus simple à résoudre : il appelle de toute évidence l'adoption de barèmes, dans lesquels les valeurs affectées à chacun de ces préjudices seraient pondérées en fonction, d'une part, de leur gravité et, d'autre part, du fondement de la responsabilité retenue. Et il ne semble pas qu'il faille à cet égard réserver l'hypothèse où une faute est reprochée au défendeur. Car si l'on a dit plus haut que la responsabilité pour faute est compatible avec une évaluation purement judiciaire de la compensation, elle ne la rend en rien nécessaire. Il est tout aussi bien possible de tenir compte de la gravité ou de la qualification de la faute par un coefficient multiplicateur de la valeur fixée par un barème, et donc de parvenir, par ce biais, à cette prévisibilité des solutions que l'on cherche ici à garantir.

Il va de soi qu'aucune suggestion ne peut être faite, en valeur absolue, à propos du montant des indemnités correspondant à chacun des préjudices retenus ou des coefficients dont la variation de ces montants doit dépendre : parce qu'ils doivent concilier le souci de témoigner aux victimes une sollicitude suffisante avec l'effort financier que la collectivité est disposée à consentir en leur faveur, les choix, fatalement arbitraires, ne peuvent être guidés que par des études économiques et actuariales précises⁴¹.

En revanche, pour ce qui concerne leur valeur relative suivant le fondement de la responsabilité retenue, il importe sans doute de veiller à respecter la hiérarchie qu'impose la justification de chacun des régimes de responsabilité sans trop gravement compromettre leur étanchéité. Autrement dit, l'équité contraint vraisemblablement à ne pas charger celui dont la responsabilité est recherchée en raison seulement de l'usage normal qu'il a fait d'une chose dangereuse, d'obligations aussi lourdes que celui qui a commis une faute. Mais il serait vraisemblablement inopportun de consacrer des différences trop sensibles. Non pas en raison des difficultés qui surgiraient alors lorsque le dommage est imputable à deux défendeurs poursuivis sur des fondements différents, puisqu'il serait toujours possible de limiter leur obligation *in solidum* à la plus faible de leur dette respective⁴² ; mais afin d'éviter le développement d'un contentieux visant exclusivement à passer d'un régime de responsabilité à un autre ou de se donner, si cela semble souhaitable⁴³, un moyen légitime de lutter contre un tel contentieux. Par exemple, ce n'est que si les indemnités allouées aux victimes d'accidents de la circulation automobile ne sont pas trop sensiblement moindres que celles auxquelles ces victimes auraient droit en prouvant la faute du conducteur ou du gardien⁴⁴ qu'il serait justifié de ne les autoriser à sortir du système de la loi BADINTER que dans le cas d'une faute qualifiée – faute grave ou faute inexcusable - du défendeur. Dans le même ordre d'idées, une généralisation de l'article 1150 du Code civil permettrait de fixer les indemnités à un même niveau en cas de faute délictuelle et de faute contractuelle, et de faire perdre à l'irritante question du critère distinctif de l'une et de l'autre une partie de ses enjeux pratiques.

⁴¹ Bien entendu, rien n'impose de considérer que les choix devraient se traduire par une réduction de l'enveloppe globale des indemnités aujourd'hui décidées par les tribunaux : parce que l'objectif poursuivi serait seulement de rendre l'évolution de cette enveloppe maîtrisable et les niveaux d'indemnité prévisibles, les choix à opérer devraient principalement être dictés par le souci de dégager des marges pour les dommages les plus graves.

⁴² En revanche, il serait plus délicat de fixer les incidences de la faute de la victime sur l'étendue de son droit à réparation. On ne voit guère d'autre solution que de recourir à des abattements variant selon la gravité de cette faute et le fondement de la responsabilité du défendeur.

⁴³ Tel n'est pas nécessairement le cas : notamment, si le maintien d'un régime sévère de responsabilité pour les parents ou les gardiens de choses normalement inoffensives devrait sans doute avoir pour contrepartie une stricte limitation des obligations imposées aux responsables, les victimes mériteraient certainement d'être autorisées à réclamer une indemnisation plus étendue en cas de faute de ces derniers.

⁴⁴ Le mécanisme de l'assurance de responsabilité obligatoire dans ce domaine devrait permettre en effet de fixer le montant des indemnités à un niveau relativement élevé.

Ces observations ne sont pas pleinement transposables à l'indemnisation des dommages patrimoniaux. D'abord, il semble que l'on doive réserver un sort particulier aux dépenses de soins des victimes de préjudices corporels car le régime de responsabilité applicable, quel qu'en soit la justification, a toujours pour utilité première d'en garantir le remboursement intégral⁴⁵ ... même s'il est vrai que, dans l'immense majorité des cas, celui-ci ne profite finalement qu'à la Sécurité sociale. Ensuite, le recours à des barèmes ou à des forfaits d'indemnités ne peut réellement se concevoir qu'à propos de la perte de certains espoirs de gains seulement, tels ceux qui sont ruinés ou compromis par des dommages corporels. Pour les autres, en revanche, et pour les dommages aux biens, le seul moyen de limiter l'incertitude affectant leur indemnisation est sans doute de fixer à celle-ci des plafonds, à nouveau variables selon la cause de la responsabilité encourue, et dont il ne serait permis aux juges de s'affranchir qu'en cas de faute qualifiée du défendeur.

Mais paradoxalement, c'est à propos de ces dommages-là que les évolutions nécessaires se heurteront vraisemblablement aux oppositions les plus vives. Car il ne fait guère de doute que, pour les préjudices les plus graves, ceux qui concernent l'intégrité physique des individus et leurs moyens de subsistance ou leurs souffrances morales, un encadrement législatif des indemnités finira par s'imposer, même s'il faudra à l'acceptation de son principe de nombreuses années encore, et même si sa réalisation conduira probablement, en suscitant d'évidentes interrogations sur le sort de ceux qui, malades, handicapés de naissance ou par le poids des ans, ne pourront en bénéficier, à reconsidérer le rôle respectif de la responsabilité, de l'assurance directe et des fonds collectifs d'indemnisation ou de solidarité. En revanche, pour les préjudices purement financiers, dont l'étendue peut varier à l'infini, il est à craindre que l'on ne parviendra à admettre l'idée d'une indemnisation plafonnée que le jour où, plutôt que d'envisager la question en partant du montant vertigineux qu'ils peuvent éventuellement atteindre, ce sont les limites, naturelles ou juridiquement autorisées⁴⁶, des facultés contributives des responsables que l'on estimera plus réaliste de considérer⁴⁷.

Il est vrai, cependant, que toute perspective de réforme de notre droit suppose que l'on soit encore autorisé à l'envisager. Certaines prises de positions de la Cour de justice des Communautés européennes pouvant donner à croire que le droit communautaire limite nos libertés, il convient prendre la mesure de ses exigences dans la matière considérée.

⁴⁵ La seule réserve qu'il serait permis d'envisager concerne les frais de certaines prothèses dont, peut-être, le remboursement pourrait être alors limité à la valeur d'indemnisation du préjudice moral auquel il s'agit de remédier (préjudice esthétique, d'agrément ...).

⁴⁶ Notamment par le biais d'un transfert à une personne morale ad hoc de l'activité « à risque » exercée.

⁴⁷ A quoi bon, en effet, envisager la possibilité de mettre à la charge d'une personne plusieurs dizaines, voire centaines de millions d'indemnité si l'on sait pertinemment que, sauf rarissimes exceptions, de telles condamnations ne peuvent jamais être exécutées ? Davantage que ceux des dommages imaginables, les montants pertinents ne sont-ils pas ceux pour lesquels des garanties d'assurances peuvent être couramment trouvées, quitte à discuter avec les assureurs des moyens, si besoin est, de les élever ?