



HAL
open science

Tort Reform : la doctrine anglo-américaine et la socialisation des risques

Laurie Friant

► **To cite this version:**

Laurie Friant. Tort Reform : la doctrine anglo-américaine et la socialisation des risques. De la responsabilité civile à la socialisation des risques, Jun 2019, Chambéry, France. <hal-02885947>

HAL Id: hal-02885947

<https://hal.science/hal-02885947v1>

Submitted on 26 Oct 2021

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.



HAL Authorization

TORT REFORM: LA REMISE EN CAUSE RADICALE DU DROIT DE LA RESPONSABILITE CIVILE PAR LA DOCTRINE ANGLO-AMERICAINE

Laurie Friant
Docteur en droit
Chercheur associée au centre de recherche en Droit
Antoine Favre (EA 4143)

Dans les années 1960, des critiques à l'encontre du droit de la responsabilité civile ont émergé au sein de la doctrine anglo-américaine. Ces critiques avaient de quoi surprendre et étaient à rebours du discours dominant. En effet, elle était l'institution incontestée d'indemnisation des dommages. En France comme ailleurs, sa capacité d'adaptation était soulignée. Elle avait su répondre à l'évolution de la société et aux nouveaux besoins indemnitaires qui s'en sont suivis.

C'est à Terence G. Ison que l'on doit les premières critiques dans son ouvrage paru en 1967¹. Il y pose les bases d'une doctrine nouvelle, appelée *Tort Reform*, qui opère une analyse du droit de la responsabilité en tenant compte du contexte économique, social et politique. Elle reproche au système de responsabilité civile d'être inefficace parce qu'il ne parvient à indemniser qu'une infime partie des victimes d'accidents. Cette doctrine lui reproche également d'être injuste parce qu'il continue à fonctionner comme un mécanisme mettant en œuvre une commutation entre victime et responsable, justifiant qu'il sélectionne rigoureusement les victimes pouvant être indemnisées. Or, cette image n'est plus qu'une fiction puisque le responsable ne s'acquitte plus de l'indemnisation de la victime ; une collectivité se substitue à lui, la charge de la réparation est socialisée. Pour ce mouvement, la charge de la réparation pèse sur le corps social². Au Royaume-Uni, en 2004, une commission a mis en avant le fait que le contribuable était le principal débiteur de la réparation des dommages corporels³. En outre, les entreprises peuvent répercuter le coût de leur responsabilité sur le prix des biens ou des services qu'ils vendent. De même, les professionnels de santé utilisent une partie de leur rémunération pour souscrire une assurance destinée à garantir leur responsabilité. Certaines primes d'assurance sont, de surcroît, des frais professionnels, donc déductibles fiscalement. Ceci conduit certains auteurs à évoquer l'existence d'impôts déguisés, supportés par l'ensemble de la population⁴. Compte tenu de cette dilution systématisée, ce mouvement souligne l'existence d'une distorsion entre la perception de la responsabilité civile,

¹ T. G. Ison, *The forensic lottery. A critique on tort liability as a system of personal injury compensation*, Staples Press, 1967.

² P.S. Atiyah, *op.cit.*, p. 111 ; L. Sumption, « Abolishing personal injury law – a project », *P.N.* 2018, 34(3), 113-121.

³ *The Law Commission, Pre-judgment interest on debts and damages*, 2004, 7.30.

⁴ E. P. Bernzweig, *By accident not design. The case for comprehensive injury reparations*, Praeger Publishers, 1980, p. 9.

fondée sur une représentation traditionnelle mais dépassée, et ce qu'elle est réellement aujourd'hui. Cette représentation fait encore autorité.

En guise de remède, la proposition de ce mouvement est inédite et audacieuse. Il propose de supprimer purement et simplement le droit de la responsabilité civile et de le remplacer par un autre mécanisme de socialisation directe de la réparation : assurance privée ou encore régime étatique.

Le mouvement de *Tort Reform* est animé par une vision profondément utilitariste de la réparation des dommages, éloignée des considérations morales qui invoquent la justice corrective, et fondent la responsabilité civile traditionnelle. Il juge qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les dommages causés par la faute d'autrui et ceux qui ne le sont pas, dès lors que le coût de ces dommages est supporté par la société. Tous portent atteinte aux intérêts de cette dernière et méritent de recevoir une attention. Ce faisant, il prend à son compte certains développements de l'analyse économique du droit, apparue dans les années 1970⁵, qui fait de la performance économique un objectif à atteindre⁶. Ce mouvement est également animé par une vision morale de la réparation des dommages, l'idée de justice y étant très présente. Il montre un intérêt profond pour le sort des victimes d'accidents qui se trouvent au centre de ses préoccupations. Il plaide en faveur d'une « équité horizontale » qui exige que des victimes ayant des besoins équivalents puissent bénéficier des mêmes prestations⁷.

L'ouvrage d'Ison est peu connu. Mais ses idées ont été particulièrement fécondes. De nombreux auteurs y ont adhéré et ont contribué à nourrir le mouvement. Un examen critique du système de responsabilité civile a ainsi été réalisé par des auteurs relevant de différents systèmes juridiques : anglais, australien, américain, néo-zélandais. Au Royaume-Uni, c'est Patrick Atiyah qui a installé le débat dans son ouvrage dont la première édition est parue en 1970⁸. Il y a également consacré un ouvrage spécifique, paru en 1997⁹. Ce dernier est un véritable pamphlet, davantage militant que ne l'est celui d'Ison. Le débat s'est quelque peu éteint peu après sa publication mais de récentes contributions ont permis de le rouvrir¹⁰. Ce mouvement a également pénétré la sphère législative. En Nouvelle-Zélande et au Royaume-Uni, des commissions royales ont été instituées à la demande des gouvernements afin de les éclairer sur l'indemnisation de certains dommages, professionnels dans le premier cas, et de la circulation dans le second. Au Royaume-Uni, le rapport *Pearson* publié en 1978 a proposé d'introduire un régime sans égard à la responsabilité de quiconque

⁵ G. Calabresi, *The costs of accidents*, Yale University Press, 1970.

⁶ Sur la question v. A. W. Gans, C. F. Krause, S. M. Speiser, *American Law of Torts*, Clark Boardman Callaghan, §1:28 *Effect of economics on tort law*.

⁷ M. J. Trebilcock, « Incentive issues in the design of « no-fault » compensation systems », *The University of Toronto Law Journal*, Vol 39, n°1, 1989, p. 19.

⁸ P. Cane assure désormais la direction de cet ouvrage. v. P. Cane, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, Cambridge University Press, 2018, 9th ed.

⁹ P.S. Atiyah, *The damages lottery*, Hart publishing, 1997.

¹⁰ v. L. Sumption, *op.cit.*

financé par l'impôt¹¹ ; il n'a pas eu de suite de législative¹². Mais en Nouvelle-Zélande, le rapport *Woodhouse*, publié en 1967¹³, a abouti à l'introduction en 1972 d'un régime universel d'indemnisation des dommages corporels qui remplace le droit de la responsabilité civile pour ce faire, appelé *Accident Compensation Corporation (ACC)*, conformément aux préconisations de la Commission qui n'avait pourtant été saisie que pour la question des accidents du travail. L'influence de ce mouvement a alors atteint son apogée. Ce régime est, à ce jour, la réalisation la plus fidèle à ses idées. L'introduction d'un régime proche de celui-ci fut préconisée en Australie par une commission d'enquête présidée par Woodhouse et au sein de laquelle siégeait Atiyah. Instituée par le gouvernement travailliste alors au pouvoir, cette commission proposait un régime plus complet que ne l'est l'*ACC* puisqu'il avait vocation à prendre en charge le handicap et la maladie, qui sont exclus du régime néo-zélandais. En raison du changement de gouvernement, les propositions formulées n'ont jamais été appliquées¹⁴.

Les développements de ce mouvement ont, pour certains, plus de 50 ans. Ils sont donc apparus à une époque où la faute dominait le droit de la responsabilité. Pourtant, ils brillent par leur actualité. En effet, depuis lors, la socialisation des risques n'a eu de cesse de se développer, de même que l'influence du droit de la responsabilité civile de s'éroder. Ces développements n'ont pourtant jamais pénétré la doctrine française. L'étanchéité n'est pas totale. Des propositions de suppression de la responsabilité civile dans certains domaines, comme en matière médicale ou d'accidents automobiles, ont été formulées¹⁵. Mais aucune analyse critique systématique n'a jamais été réalisée. Cela pourrait s'expliquer par le fait que notre système juridique est profondément éloigné de la culture juridique de la *common law*. Certains développements de ce mouvement sont pourtant d'une formidable transcendance. Ceci n'est guère surprenant. Certes, les différences entre les droits de la *common law* et ceux de tradition civiliste sont nombreuses. Pour autant, les systèmes juridiques relevant de l'une ou l'autre de ces traditions ont connu une évolution semblable de leur droit de la responsabilité civile. En France comme aux États-Unis ou encore au Royaume-Uni, son centre de gravité s'est déplacé et c'est désormais la victime et ses besoins qui attirent l'attention. Ces préoccupations n'auraient pu recevoir d'application en l'absence de socialisation des risques, laquelle a, notamment, permis d'élargir le spectre de la responsabilité et de l'objectiver. C'est justement l'intérêt pour les victimes et l'attrait pour la socialisation directe qui constituent le cœur des développements du *Tort Reform*. Le système français de réparation des dommages est familier de ces préoccupations, à la fois idéologiques et pratiques. La socialisation des risques y est à un stade extrêmement avancé ; outre la mutualisation de certains risques au moyen de la Sécurité

¹¹ Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury 1978. A. Tunc, « Le Rapport Pearson sur la responsabilité civile et l'indemnisation des dommages corporels », *RID.comp*, Vol 30, n° 2, avril-juin 1978, p. 507.

¹² P. Cane, *op.cit.*, p. 460.

¹³ Report of The Royal Commission of Inquiry (« Woodhouse Report »), *Compensation for personal injury in New Zealand*, December 1967.

¹⁴ P.S. Atiyah, *op.cit.*, p. 183 ; v. L. Sumption, *op.cit.* ; M. J. Trebilcock, *op.cit.*

¹⁵ A. Tunc, *La sécurité routière : esquisse d'une loi sur les accidents de la circulation*, Dalloz, 1966 ; A. Tunc, « L'assurance "tous risques médicaux" », in *Le médecin face aux risques et à la responsabilité*, Fayard, 1968, p. 161. v. également Ch. Quézel-Ambrunaz, J. Le Bourg, *Sens et non-sens de la responsabilité civile*, CDPPOC, 2018.

sociale, il dispose de multiples fonds destinés à indemniser les victimes de certains dommages. Par voie de conséquence, la responsabilité civile perd son influence. Pour autant, elle demeure encore active. Cette survie se fait au prix d'une certaine part d'artifice. Dans certains domaines, l'essence même de la responsabilité a totalement disparu. Il en est ainsi des responsabilités du fait d'autrui dans lesquelles le responsable est un garant qui répond en tout état de cause ou presque des dommages causés. Dans ces conditions, les développements de ce mouvement sont susceptibles de permettre au lecteur français d'interroger la validité et la pertinence de son propre système d'indemnisation.

Les développements du mouvement de *Tort Reform* sont riches d'enseignements. Ce dernier réalise une analyse critique de la responsabilité civile (I) au terme de laquelle il propose de la supprimer et de la remplacer (II).

I — L'ANALYSE CRITIQUE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE PAR LE MOUVEMENT DE *TORT REFORM*

L'intérêt de ce mouvement pour l'efficacité économique le conduit à mettre en œuvre une analyse coûts/avantages du droit de la responsabilité civile. Il observe que ce dernier offre de faibles avantages (A) alors qu'il engendre des coûts importants (B).

A – LES FAIBLES AVANTAGES PROCURÉS PAR LE DROIT DE LA RESPONSABILITÉ

Traditionnellement, la responsabilité civile se voit reconnaître deux fonctions : indemniser les victimes et prévenir la réalisation des dommages en incitant les individus à adopter les comportements adéquats. Le mouvement de *Tort Reform* la juge inefficace dans la satisfaction de ces deux fonctions. Il juge qu'elle ne parvient ni à indemniser pertinemment les victimes (1) ni à dissuader les comportements antisociaux afin de prévenir la réalisation des dommages (2).

1) L'indemnisation insatisfaisante des victimes

Problème quantitatif – La critique formulée par le mouvement de *Tort Reform* à l'égard de la fonction indemnitaire de la responsabilité civile est d'abord d'ordre quantitatif. Il soutient qu'elle indemniserait peu de victimes.

Ison estimait que seuls 3 % d'entre elles obtenaient une indemnisation¹⁶. Au Royaume-Uni, la Commission *Pearson* estimait que seuls 6,5 % des demandeurs obtenaient une indemnisation¹⁷. Afin d'expliquer la faible part de victimes indemnisées, plusieurs éléments étaient avancés ; ils demeurent encore d'actualité. Elle s'explique par l'essence même du droit de la responsabilité civile

¹⁶ T. G. Ison, *The forensic lottery. A critique on tort liability as a system of personal injury compensation*, Staples Press, 1967, p. 27.

¹⁷ Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury 1978 présidée Lord Pearson.

qui est de transférer la charge d'un dommage de la victime au responsable et non d'indemniser toutes les victimes¹⁸. Pour cela, certains critères doivent être satisfaits. Ainsi, l'indemnisation des victimes est subordonnée non seulement à leur capacité à désigner un responsable, mais encore à la satisfaction de ces critères. Pour ce faire, elles se heurteront à divers obstacles. La désignation d'un responsable suppose, au préalable, qu'elles établissent un lien entre leur dommage et un fait générateur. Or, la difficulté à le faire a été mise en avant, notamment dans le secteur médical, les médecins pouvant se montrer réticents à informer les victimes en raison des conséquences qu'une action pourrait avoir pour eux¹⁹. En outre, la capacité des victimes à satisfaire les critères subordonnant leur droit à indemnisation serait conditionnée par le talent de leurs avocats²⁰. L'avocat est essentiel, le procès en responsabilité étant davantage une bataille d'esprits qu'une recherche de vérité²¹. À cela s'ajoute la difficulté de certaines victimes à se faire assister d'un avocat en raison, notamment, du système de rémunération fondé sur les honoraires conditionnels²². Cette dernière critique fait certainement moins sens que les autres lorsqu'elle est envisagée du point de vue français.

Le droit à indemnisation des victimes est ainsi affecté par de nombreux biais. Cela conduit le mouvement de *Tort Reform* à considérer qu'il relève du hasard²³. Tout serait question de chance²⁴. En outre, cette image d'un droit qui opère un transfert n'est plus conforme à la réalité. Ce n'est plus le responsable qui s'acquitte de l'indemnisation mais la collectivité à laquelle appartiennent les victimes, y compris celles qui sont recalées par le système de responsabilité civile²⁵. Le rapport *Pearson* faisait état du fait que 88 % des demandes d'indemnisation en matière de dommages corporels étaient formulées contre des personnes assurées et la plupart des autres contre des entités publiques²⁶. Plus récemment, il a été démontré qu'au Royaume-Uni, les assureurs assurent le paiement de 94 % des indemnités en matière de dommages corporels²⁷. La sélection rigoureuse des victimes dignes d'être indemnisées repose ainsi sur une fiction, de sorte qu'elle apparaît injustifiée²⁸. Ces deux caractéristiques, participation collective à un financement redistribué à une faible quantité de personnes et hasard, conduisent le mouvement à mobiliser l'image d'une loterie afin d'illustrer le droit de la responsabilité civile²⁹.

¹⁸ J. Morgan, "Abolishing personal injuries law ? A response to Lord Sumption", *P.N.* 2018, 34(3), 122-142.

¹⁹ E. P. Bernzweig, *op.cit.*, p. 74.

²⁰ P.S. Atiyah, *op.cit.*, p. 143.

²¹ E. P. Bernzweig, *op.cit.*, p. 72.

²² D. E. Rosenthal, *Lanyer and Client: Who's in charge ?*, Russell Sage Foundation, 1974, p. 132.

²³ Sur cette question v. P.S. Atiyah, *op.cit.*, p. 143 et s.; Report of The Royal Commission of Inquiry (« Woodhouse Report »), *Compensation for personal injury in New Zealand*, December 1967, §1. v. encore J. G. Fleming, « Drug injury compensation plans », 30 *Am. J. Comp. L.* 297.

²⁴ P.S. Atiyah, *op.cit.*, p. 143; E. P. Bernzweig, *op.cit.*, p. 10.

²⁵ v. note 3.

²⁶ L. Sumption, *op.cit.*

²⁷ R. Lewis, A. Morris, « Tort Law Culture: Image and Reality », 39 *J. Law&Soc.* 4 (2012).

²⁸ P.S. Atiyah, *op.cit.*, p. 115.

²⁹ P.S. Atiyah, *op.cit.*, p. 143; R. C. Ausness, *op.cit.*; E. P. Bernzweig, *op.cit.*, p. 57; M. A. Franklin, « Replacing the negligence lottery: compensation and selective reimbursement », 53 *Va. L. Rev.*, 774 (1967); T.G. Ison, *op.cit.*; J. O'Connell, *The lawsuit lottery: only the lawyers win*, New York Free Press, 197.

Les statistiques sur lesquels ces auteurs s'appuient ont été réalisées à partir de données des années 1960-1970, autrement dit, à une époque où le droit de la responsabilité était essentiellement fondé sur la *negligence*. Depuis lors, il a évolué. Soucieux des intérêts des victimes, il a poursuivi son objectivation, permettant à celles-ci d'entrevoir une indemnisation y compris en l'absence de faute. De la même façon, les exigences en matière de causalité ont parfois été assouplies lorsque l'idée de justice l'exigeait. Il en va ainsi dans certains contentieux de masse comme l'amiante (Royaume-Uni/États-Unis) ou encore le Diéthylstilbestrol (États-Unis) qui ont donné lieu au développement de nouvelles théories comme celle de la causalité alternative par exemple³⁰. Tout ceci a été rendu par la socialisation des risques. En outre, grâce aux progrès médicaux, les causes des dommages sont mieux identifiées qu'elles ne l'étaient par le passé. Dès lors, tout porte à croire que davantage de victimes sont indemnisées aujourd'hui qu'elles ne l'étaient à cette époque, un système exclusivement fondé sur la faute étant nécessairement plus sélectif. En matière automobile, aux États-Unis, par exemple, depuis la généralisation de l'assurance, il est souligné que les deux tiers des victimes obtiennent désormais une indemnisation³¹. Au Royaume-Uni, comme aux États-Unis, le droit de la responsabilité civile continue d'indemniser peu de victimes. La justice corrective justifie que la sélection soit rigoureuse. Surtout, il est, la plupart du temps, évincé au profit d'un règlement à l'amiable proposé par l'assureur du responsable désigné. Au Royaume-Uni, 98 % des litiges sont réglés en l'absence du juge³².

L'idée de fiction fait écho à la situation du droit français de la responsabilité civile. Dans son cas aussi, le responsable n'est plus celui qui s'acquitte de l'indemnisation. Cela tend à affaiblir les motifs qui fondent les critères de sélection des victimes indemnisables, d'une part, mais encore l'essence même de l'idée de responsabilité, d'autre part. Cette fiction est plus ou moins visible selon le domaine considéré. Dans le cas de la responsabilité parentale, par exemple, les critères d'imputation ont été réduits à peau de chagrin. Il faut, et il suffit, un lien de causalité, aussi ténu soit-il, entre le dommage de la victime et le fait de l'enfant pour engager la responsabilité de ses parents.

Problème qualitatif – Ce mouvement attache une certaine importance à l'efficacité. De ce point de vue aussi, il juge le droit de la responsabilité civile en échec. Ce dernier aurait peu d'intérêt pour le rétablissement des victimes et leurs besoins ; seul compte le transfert de la charge d'un dommage de la victime vers le responsable. Cette situation s'en ressent dans son fonctionnement.

Pour accéder au statut de victime, le plaignant doit prouver la légitimité du statut qu'il revendique. L'obtention de ce statut est semée d'obstacles. Il devra faire face à une atmosphère de

³⁰ v. par exemple *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services*, 2002 UKHL 22, 2203 1 AC 32. Aux États-Unis aussi, cette théorie a émergé au sein de la jurisprudence. Elle est consacrée par le *Restatement (Third) of Torts : Liability for physical and emotional harm §28 b*.

³¹ G. T. Schwartz, « Auto no-fault and first-party insurance: advantages and problems », 73 *S. Cal. L. Rev.* 611 (2004).

³² R. Lewis, *op.cit.*

suspicion à son égard³³. Celle-ci est susceptible de le fragiliser. En outre, la perspective d'une reconnaissance de son statut et, corrélativement, de l'octroi d'une indemnisation destinée à la prise en charge de ses dommages n'est que lointaine, lorsque ses besoins sont passés³⁴. Or, les experts s'accordent sur le fait que le rétablissement des victimes exige une prise en charge rapide. Les délais d'indemnisation de nature à accentuer leur anxiété et leur traumatisme. Ils peuvent également les inciter à refuser d'entamer tout processus de rééducation³⁵. Les victimes pourraient craindre d'obtenir une moindre indemnisation si elles étaient rétablies au moment du procès³⁶. Elle est également susceptible de les inciter à transiger à moindre coût avec le responsable³⁷. Cette solution serait d'ailleurs privilégiée par les avocats qui inciteraient les victimes à accepter un accord sans procès, une transaction étant plus intéressante pour eux d'un point de vue financier qu'un procès qui supposerait une préparation plus longue³⁸.

Ces critiques ne sont pas toutes transposables au droit français de la réparation des dommages. Dans l'attente d'une indemnisation octroyée par le juge, la victime n'est pas laissée sans rien ; elle peut bénéficier d'une prise en charge par la Sécurité sociale. Pour autant, une telle prise en charge ne répond pas nécessairement à tous ses besoins. En revanche, il n'est pas contestable que le procès en responsabilité soit de nature à engendrer une anxiété chez les victimes. Si le responsable est désormais peu concerné par ce procès, il reste crucial pour les victimes en quête de reconnaissance et surtout d'indemnisation.

2) La prévention inefficace des dommages

Compatibilité avec la socialisation des risques – Pour le mouvement de *Tort Reform*, les dommages ne sont pas seulement le problème de ceux qui en souffrent, ils sont aussi ceux de la société pour laquelle ils représentent un coût et une perte de productivité conséquents. Ceci explique qu'il attache une grande importance à la question de leur prévention. Sur ce point encore, il considère que le droit de la responsabilité civile est en échec. L'effet dissuasif de ce droit est contesté³⁹ ou considéré comme devant être très nettement nuancé⁴⁰.

Il s'agit de la conséquence de l'évolution du droit de la responsabilité civile qui n'est plus un mécanisme de transfert de la charge du dommage du patrimoine de la victime vers celui du responsable puisqu'un patrimoine collectif se substitue à ce dernier. L'assurance conduit à instituer

³³ R. E. Keeton, J. O'Connell, *op.cit.*, p. 32.

³⁴ A. E. Conard et al., « Automobile accident costs payments: studies in the economics of injury reparation », The University of Michigan Press, 1964, p. 30.

³⁵ v. E. P. Bernzweig, *op.cit.*, p. 76-79; T. G. Ison, *op.cit.*, p. 25.

³⁶ R. E. Keeton, J. O'Connell, *op.cit.*, p. 31.

³⁷ M. A. Franklin, R. H. Chanin, I. Mark, « Accidents, money, and the law: a study of the economics of personal injury litigation », 61 *Colum. L. Rev.* 1.

³⁸ E. P. Bernzweig, *op.cit.*, p. 73-37.

³⁹ T. G. Ison, *op.cit.*, p. 28 ; Report of The Royal Commission of Inquiry (« Woodhouse Report »), *Compensation for personal injury in New Zealand*, December 1967, §90 et s; L. Sumption, *op.cit.*

⁴⁰ G. T. Schwartz, « Reality in the Economic analysis of tort law: does tort law really deter ? », 42 *UCLA. L. Rev.* 377; G. E. White, *Tort Law in America. An intellectual history*, Oxford University Press, 1980, p. 150.

une interface entre l'auteur du dommage et la victime. Le plus souvent, les responsables ignorent l'issue du litige qui les oppose à la victime du dommage⁴¹.

B – L'IMPORTANCE DES COUTS ENGENDRES PAR LE DROIT DE LA RESPONSABILITE

Deux types de coûts engendrés par le droit de la responsabilité sont envisagés par la doctrine anglo-américaine. Ils sont d'ordre économique (1) et social (2).

1) Les coûts économiques

Coût de fonctionnement – Le coût de fonctionnement du droit de la responsabilité civile serait considérable⁴². Cet argument du mouvement s'appuie sur des données. De telles données sur le coût du système de responsabilité civile n'existent pas en France. Certaines caractéristiques, comme la part que représente la rémunération des avocats, sont propres aux systèmes juridiques concernés. De son côté, le droit français connaît également quelques singularités de nature à accentuer le coût de fonctionnement de son système d'indemnisation, comme les recours subrogatoires, par exemple. Les données de ces systèmes juridiques ne permettent d'esquisser que des tendances. Elles permettent d'observer l'importance du coût de fonctionnement du système de responsabilité civile. Il y a lieu de croire que cette tendance s'applique au droit français de la responsabilité civile.

Au Royaume-Uni, la Commission *Pearson* a estimé le coût de fonctionnement du système de responsabilité civile à 175 millions au cours des années 1971-1976⁴³. Dans les années 2000, ce coût était estimé entre 8 et 10 milliards de livres⁴⁴. Aux États-Unis, une étude réalisée dans les années 1980 estimait que le système de responsabilité civile représentait un coût de fonctionnement annuel de 29 à 36 milliards de dollars⁴⁵.

Les coûts de fonctionnement du système de responsabilité civile sont supérieurs au montant des indemnisations versées aux victimes⁴⁶. Au Royaume-Uni, la Commission *Pearson* a estimé que ces coûts représentaient 55 % de la totalité des coûts⁴⁷. Aux États-Unis, sur les 29 à 36 milliards de dollars dépensés annuellement, les victimes recevaient 16 milliards⁴⁸. Dans les années 2000, les

⁴¹ En matière automobile, une étude américaine a mis en avant le fait qu'un tiers des défendeurs poursuivis devant les juridictions ignoraient l'issue du litige tandis que 64 % de ceux dont le litige fut réglé à l'amiable par leur assureur en ignoraient l'issue (A. E. Conard et al., « Automobile accident costs payments: studies in the economics of injury reparation », The University of Michigan Press, 1964, p. 297).

⁴² P. S. Atiyah, *op.cit.*, p. 153; E. P. Bernzweig, *op.cit.*, p. 86; J. G. Fleming, « Is There a Future of Tort ? », 44 *La. L. Rev.* 1193, 1207 (1984); T.G. Ison, *op.cit.*, p. 28; S. D. Sugarman, *op.cit.* Jugeant « ironique » cette situation v. R. E. Keeton, J. O'Connell, *op.cit.*, p. 69.

⁴³ P.S. Atiyah, *op.cit.*, p. 153.

⁴⁴ P. Cane, *op.cit.*, p. 391-392.

⁴⁵ J. S. Kakalik, N. M. Pace, *Costs and compensation paid in tort litigation*, Rand, The Institute for civil Justice, 1986, p. 66.

⁴⁶ E. P. Bernzweig, *op.cit.*, p. 86; P. Cane, *op.cit.*, p. 391; D. A. Hensler, M. A. Peterson, « Understanding mass personal injury: a socio-legal analysis », 59 *Brook. L. Rev.* 961.

⁴⁷ P. Cane, *op.cit.*, p. 392.

⁴⁸ J. S. Kakalik, N. M. Pace, *Costs and compensation paid in tort litigation*, Rand, The Institute for civil Justice, 1986, p. 68.

coûts de fonctionnement représentaient 54 % du total des coûts⁴⁹. En matière d'accidents automobiles, une étude estimait que les coûts d'administration du système représentaient 120 % du montant des indemnités allouées aux victimes⁵⁰. En matière automobile, un rapport soulignait que les honoraires des avocats représentaient 26 % du coût total du système de responsabilité civile. Il établissait également qu'en matière de *Products liability*, le montant des honoraires perçus était supérieur à celui de l'indemnisation octroyée aux victimes⁵¹.

L'importance des coûts de fonctionnement du système de responsabilité civile s'explique par sa fonction traditionnelle : transférer la charge du dommage du patrimoine de la victime vers celui du responsable⁵². Afin d'apprécier la légitimité de cette demande, les juges doivent s'assurer qu'elle satisfait les conditions nécessaires. L'enquête que cela nécessite est plus ou moins complexe. Des expertises peuvent être nécessaires⁵³. Cette importance des coûts s'explique également par le fonctionnement de l'assurance qui prend le relai du responsable afin d'indemniser la victime. Aux États-Unis, selon une étude réalisée dans les années 2000, le coût de fonctionnement de l'assurance représentait 21 % des coûts administratifs totaux⁵⁴.

A contrario, un régime d'indemnisation sans égard à la responsabilité de quiconque est bien moins coûteux. La Commission *Pearson* avait mis en évidence que pour 1 £ dépensée par la sécurité sociale, 90 centimes étaient versés à la victime⁵⁵. En 2009, le coût d'administration du régime néo-zélandais représentait 13 % du montant des prestations versées⁵⁶.

2) Les coûts sociaux

Culture de l'accusation – La doctrine anglo-américaine soutient que le droit de la responsabilité civile peut fragiliser l'harmonie sociale en encourageant la culture de l'accusation (*blame culture*)⁵⁷. Celle-ci fait craindre l'adoption par les potentiels responsables de comportements socialement indésirables en raison de leur crainte de voir leur responsabilité engagée. La notion de « médecine défensive » (*defensive medicine*) a ainsi émergé au sein de la pensée juridique anglo-américaine afin de désigner les pratiques adoptées par certains professionnels de santé qui consistent à réaliser de

⁴⁹ F. P. Hubbard, « The nature and impact of the “tort reform” movement », 35 Hofstra L. Rev. 437 (2006).

⁵⁰ M. A. Franklin, R. H. Chanin, I. Mark, « Accidents, money, and the law: a study of the economics of personal injury litigation », 61 *Colum. L. Rev.* 1.

⁵¹ E. P. Bernzweig, *op.cit.*, p. 81-82.

⁵² J. Morgan, *op.cit.*

⁵³ P. Cane, « Does no-fault have a future ? », J.P.I.L. 1994, Dec, 302-310.

⁵⁴ F. P. Hubbard, *op.cit.*

⁵⁵ J. Morgan, *op.cit.*

⁵⁶ S. Todd, « Treatment Injury in New Zealand », in *Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective*, De Gruyter, 2012, p. 275.

⁵⁷ P.S. Atiyah, *op.cit.*, p. 138.

nombreux actes médicaux, le plus souvent sans qu'ils soient justifiés d'un point de vue médical, dans le but d'échapper à toute poursuite⁵⁸.

Le mouvement de *Tort Reform* soutient, par ailleurs, que ce droit peut affecter la disponibilité de certains produits ou services⁵⁹. Aux États-Unis, certains médecins particulièrement exposés à des poursuites en responsabilité ont abandonné leur activité⁶⁰. Dans les années 1970, différents États se sont heurtés à une pénurie de médecins obstétriciens⁶¹.

II — LA SUPPRESSION ET LE REMPLACEMENT DU DROIT DE LA RESPONSABILITE

Au terme de son analyse critique du droit de la responsabilité civile, le mouvement de *Tort Reform* conclut à la nécessité de sa suppression. En lieu et place de ce droit, il suggère d'introduire un régime sans égard à la responsabilité de quiconque (*no-fault*) (A). Audacieuse, cette proposition soulève également de nombreuses questions (B).

A – L'INTRODUCTION D'UN REGIME SANS EGARD A LA RESPONSABILITE DE QUICONQUE (*NO-FAULT*)

Variations – Le mouvement de *Tort Reform* envisage les dommages accidentels, entendus comme ceux n'ayant pas été causés intentionnellement, comme un problème auquel il convient d'apporter une réponse adaptée. Il propose de supprimer le droit de la responsabilité civile et de le remplacer par un régime sans égard à la responsabilité de quiconque (*no-fault*)⁶². Sur la question de la nature de ce régime, deux paradigmes s'opposent.

Pour certains auteurs, cette réponse doit être apportée par l'État parce que les dommages accidentels constituent un problème social en raison du coût qu'ils représentent pour la société. La perte de revenus de la victime la conduit à moins consommer, à payer moins d'impôts sur le revenu, à bénéficier de différentes aides sociales⁶³. Cela justifie que la société s'intéresse directement à la question de l'indemnisation de ces dommages, de leur prévention ou encore du rétablissement des victimes qui les subissent⁶⁴. Cette proposition fut, notamment, formulée par Ison⁶⁵. Le fonds d'indemnisation administré par l'État dont il préconisait la création devait être financé par les

⁵⁸ Sur la question v. L. Friant, *La réparation des dommages causés par les produits de santé. Contribution à l'étude des fondements et mise en œuvre de la socialisation des risques*, Thèse, Université Savoie Mont Blanc, 2019, §274.

⁵⁹ S. D. Sugarman, *op.cit.*

⁶⁰ M. Hitzhusen, « Crisis and reform: is New Zealand no-fault compensation system a reasonable alternative to the medical malpractice crisis in the United States? », 22 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 649 ; M. J. Trebilcock, D. Deewes, « The efficacy of the tort system and its alternatives: a review of empirical evidence », *Osgoode Hall Law Journal* 30.1 (1992).

⁶¹ J. O'Connell, C. Brian Kelly, *The blame game*, Lexington Books, 1987, p. 87 ; S. D. Sugarman, *op.cit.*

⁶² P.S. Atiyah, *op.cit.*, p. 189 ; E. P. Bernzweig, *op.cit.*; M. A. Franklin, « Replacing the negligence lottery: compensation and selective reimbursement », 53 *Va. L. Rev.*, 774 (1967) ; T. G. Ison, *op.cit.*, p. 56.

⁶³ E. P. Bernzweig, *op.cit.*, p. 9.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ T. G. Ison, *op.cit.*, p. 56.

activités génératrices de dommages et par l'assurance maladie. C'est en partie ce qu'a fait le régime néo-zélandais de réparation des dommages corporels puisqu'il est financé par un système de taxes et de cotisations payées par les employeurs, les indépendants, les propriétaires de véhicules, ainsi que par l'impôt⁶⁶. Celui-ci a donc une nature hybride, à mi-chemin entre une assurance obligatoire et une assurance sociale⁶⁷.

Pour d'autres, comme Atiyah, cette réponse doit être apportée par le recours à l'assurance directe. Cette solution, fondée sur la prévoyance, permettrait de rompre avec le paternalisme qu'il dénonce et que la responsabilité civile contribuerait à alimenter⁶⁸. Sur cette question, la position de l'auteur a radicalement changé. Initialement, il préconisait l'introduction d'un régime étatique qui s'appuierait sur la Sécurité sociale⁶⁹. Mais dans son ouvrage paru en 1997 dans lequel il plaidait en faveur de l'assurance directe, il jugeait la perspective d'un tel régime « moins séduisante qu'il y a 20 ans ». Il évoquait la perte de vitesse de l'État-providence, des coûts réels plus élevés que ceux initialement prévus, une trop grande rigidité en raison de la prise en charge standardisée des victimes, ou encore une tendance à accentuer le phénomène de la *blame culture*, les individus étant toujours plus enclins à revendiquer des droits nouveaux qui leur semblent légitimes⁷⁰.

Influence – En termes d'influence, les travaux d'Atiyah sont restés lettre morte tandis que ceux d'Ison ont inspiré la Commission Royale *Woodhouse* qui les a cités à plusieurs reprises⁷¹. Cela étant, la Nouvelle-Zélande est le seul système juridique au monde à avoir donné une application à ces propositions doctrinales. Au Royaume-Uni, les propositions formulées par la Commission *Pearson* n'ont jamais été mises en œuvre. En France, comme dans de nombreux autres pays, des régimes sans égard à la responsabilité de quiconque ont vu le jour, mais uniquement dans des domaines circonscrits. Ainsi, la remise en cause de la capacité du droit de la responsabilité civile à constituer un mécanisme efficient de réparation des dommages que leur introduction sous-entend n'est que ponctuelle. L'isolement de la proposition d'Ison et d'Atiyah n'est pas seulement législatif, elle est également doctrinale. Le plus souvent, les propositions de ce mouvement ne concernent que certains secteurs.⁷² Les professeurs Keeton et O'Connell ont, par exemple, élaboré un plan d'indemnisation des victimes s'appuyant sur l'assurance qu'il incomberait à chaque conducteur de souscrire⁷³. Leur plan n'entraînait pas la disparition du droit de la responsabilité civile. Une action en responsabilité pouvait être intentée lorsque les pertes économiques excédaient 10 000 dollars ou

⁶⁶ Sur la question v. notamment, S. Macleod, C. Hodges, *Redress schemes for personal injuries*, Hart Publishing, 2017, p. 35.

⁶⁷ S. Connell, "Community insurance versus compulsory insurance : competing paradigms of no-fault accident compensation in New Zealand", *Legal Studies* (2019), 39, 499-516.

⁶⁸ P.S. Atiyah, *op.cit.*, p. 177. Proposant un régime fondé sur l'assurance v. encore R. C. Ausness, *op.cit.*

⁶⁹ P. Cane, *op.cit.*, p. 487 et s.

⁷⁰ P.S. Atiyah, *op.cit.*, p. 184.

⁷¹ Report of The Royal Commission of Inquiry (« Woodhouse Report »), *Compensation for personal injury in New Zealand*, December 1967, §97.

⁷² S. D. Sugarman, *op.cit.*

⁷³ R. E. Keeton, J. O'Connell, *op.cit.*, p. 273 et s.

5 000 dollars pour les souffrances endurées⁷⁴. Leur proposition a influencé les législations de nombreux États américains en la matière⁷⁵.

B – QUESTIONS SOULEVEES PAR LA PROPOSITION DE SUPPRESSION ET DE REMPLACEMENT DU DROIT DE LA RESPONSABILITE

Faisabilité – De nombreux systèmes juridiques sont déjà bien engagés dans la voie de la socialisation directe de risques qui relèvent normalement de la sphère de compétence du droit de la responsabilité civile : transfusions sanguines, certains médicaments, amiante, etc. Mais aucun n'est jamais allé aussi loin que le suggérait le mouvement de *Tort Reform*, à l'exception notable du droit néo-zélandais. La question de la faisabilité d'un régime universel remplaçant le droit de la responsabilité civile mérite ainsi d'être posée. Elle l'est d'ailleurs par la doctrine anglo-américaine. Le coût que cela représenterait est considéré comme étant un obstacle insurmontable⁷⁶. Certes, la Nouvelle-Zélande s'est engagée avec succès sur la voie de la socialisation directe, mais ce pays ne compte que 5 millions d'habitants tandis que la France et le Royaume-Uni en comptent 66 millions et les États-Unis 328 millions.

La question du coût est balayée par les *Tort Reformers*. Ils soutiennent que si l'élargissement de la prise en charge des dommages engendrerait inévitablement un surcoût important, il pourrait être compensé par les économies réalisées par la disparition du droit de la responsabilité civile et les coûts que son fonctionnement engendre⁷⁷. En outre, le régime néo-zélandais ne bénéficie pas seulement à ses nationaux, mais à toute personne dont le dommage se réalise sur le territoire national, quelle que soit sa nationalité. Il semble par ailleurs qu'il réponde avec succès à l'évolution démographique. En effet, la population néo-zélandaise a presque doublé depuis son introduction et la Nouvelle-Zélande connaît une croissance démographique plus poussée que la France, le Royaume-Uni ou les États-Unis, de l'ordre de 2 %. Enfin, l'argument du coût semble surtout s'appliquer à la proposition de remplacement du droit de la responsabilité civile par un régime étatique. Il sous-tend tel régime ne peut aboutir qu'à une externalisation du risque. Il est soutenu que la proposition d'introduction d'un tel régime serait anachronique et irréaliste, une augmentation des dépenses publiques étant inenvisageable à ce jour⁷⁸. Or, le financement d'un tel régime n'est pas nécessairement exclusivement public. Il peut être hybride et mêler impôts et taxes prélevées auprès des créateurs de risques ainsi que le montre le régime néo-zélandais. Il peut également être financé par un impôt spécifique. Par exemple, la Commission *Pearson* proposait d'introduire un

⁷⁴ R. E. Keeton, J. O'Connell, *op.cit.*, p. 275.

⁷⁵ Sur l'influence exercée par les travaux de ces auteurs sur les législations de certains États v. G. T. Schwartz, « Auto no-fault and first-party insurance: advantages and problems », *73 S. Cal. L. Rev.* 611 (2000).

⁷⁶ L. Sumption, *op.cit.*

⁷⁷ E. P. Bernzweig, *op.cit.*, p. 179. ; R. E. Keeton, J. O'Connell, *op.cit.*, p. 296 ; J. Morgan, *op.cit.*

⁷⁸ P. Cane, *op.cit.*, p. 491.

fonds d'indemnisation des victimes de la circulation routière, administré par l'État et financé par une taxe prélevée sur le carburant⁷⁹.

Ainsi, la préférence législative pour les régimes *no-fault* dont le domaine est circonscrit ne doit pas nécessairement s'analyser comme l'absence de faisabilité de la proposition d'introduction d'un régime à portée générale, de même qu'elle n'invalide pas l'analyse du mouvement de *Tort Reform* concernant le droit de la responsabilité. Plusieurs raisons peuvent être avancées pour l'expliquer.

En premier lieu, elle peut s'expliquer par les motivations qui conduisent à l'introduction de ces régimes spéciaux. Ce n'est pas tant l'intérêt des victimes qui la motivent, mais des intérêts politiques ou économiques spécifiques. Par exemple, la doctrine américaine évoque comment la crainte de voir les producteurs de vaccins infantiles se retirer du marché en raison du spectre de la responsabilité et la pénurie qui en résulterait a motivé l'adoption en 1986 par le Congrès d'un programme d'indemnisation étatique⁸⁰. Avant l'adoption de cette loi, le marché américain avait connu une pénurie du vaccin contre la coqueluche⁸¹ ou encore du vaccin contre l'encéphalite japonaise, le seul producteur s'étant retiré du marché en raison de son incapacité à s'assurer à un coût acceptable⁸². De même, il est soutenu que l'introduction d'un régime fédéral d'indemnisation des victimes des attentats du 11 septembre 2001⁸³ fut davantage motivée par la volonté de protéger l'aviation civile américaine que par celle d'assurer aux victimes une indemnisation⁸⁴. Dans le premier cas, les actions en responsabilité sont impossibles, les producteurs bénéficiant d'une immunité. Dans le second cas, les actions contre l'aviation civile américaine demeuraient possibles. Les victimes s'exposaient toutefois aux plafonds de garantie que les assureurs pouvaient leur opposer et à devoir agir devant le tribunal fédéral de New York, seul compétent⁸⁵. Des régimes ont également été introduits afin de prendre en charge les dommages consécutifs à l'accouchement parce qu'ils représentent un enjeu financier majeur, l'indemnisation se poursuivant tout au long de la vie de l'enfant⁸⁶. En France aussi, des considérations politiques ou économiques ne sont pas étrangères à la création de l'ONIAM dans le but d'indemniser les victimes d'accidents médicaux. Il s'agissait de répondre aux craintes que les médecins avaient exprimées.

⁷⁹ P. Batrip, « No-fault compensation on the roads in twentieth century Britain », C.L.J. 2010, 69 (2), 263-286

⁸⁰ Sur la question v. notamment E. A. Breen, « A one shot deal : the national childhood vaccine injury act », *41 Wm. & Mary L. Rev.* 309; S. P. Calandrillo, « Vanishing vaccinations : why are so many americans opting out of vaccinating their children ? », *37 U. Mich. J.L. Reform* 353; S. Macleod, C. Hodges, *Redress schemes for personal injuries*, Hart Publishing, 2017, p. 23.

⁸¹ Sur la question v. S. D. Sugarman, *op.cit.*

⁸² S. Garber, *Economic effects of Product Liability and other litigation involving the safety and effectiveness of pharmaceuticals*, Rand Corporation, 2013, p. 54.

⁸³ *Air Transportation Safety and System Stabilization Act (ATSSSA)* 2001.

⁸⁴ Collectif (West Publishing Company), *Dobbs' Law of Torts*, Thomson Reuters, 2018, §510 *Government compensation funds*; S. Macleod, C. Hodges, *Redress schemes for personal injuries*, Hart Publishing, 2017, p. 620.

⁸⁵ 28 C.F.R. § 408.

⁸⁶ Collectif (West Publishing Company), *American Law of Medical Malpractice*, 3d, 2018, §1:6 *Tort reform*.

En second lieu, plus que la question de la faisabilité d'un régime *no-fault* universel, c'est celle de son acceptabilité qui pourrait expliquer cette préférence législative. La suppression du droit de la responsabilité civile est susceptible de se heurter à des résistances. Elle pourrait porter atteinte à certains intérêts, comme à ceux des avocats ou encore des assureurs selon la solution choisie. Aux États-Unis, il est soutenu que la proposition des professeurs Keeton et O'Connell d'introduire un régime d'indemnisation applicable aux seuls accidents de la circulation en raison des insuffisances du droit de la responsabilité civile — sans pour autant le supprimer — était motivée par des considérations politiques, par crainte d'une opposition des avocats, hostiles à un tel projet⁸⁷. En France aussi, l'indemnisation des accidents de la circulation fait l'objet de règles spécifiques, fondées sur l'assurance, sans qu'elles aient pour autant donné lieu à la suppression de la responsabilité civile. En Nouvelle-Zélande, la suppression du droit de la responsabilité civile a peu impacté les compagnies d'assurance et les avocats, celle-ci étant intervenue à une époque où le droit du dommage corporel était encore peu développé.. Il n'est pas non plus certain que cette solution ait les faveurs des principaux mis en cause dans les procès en responsabilité, comme les entreprises notamment. Au Royaume-Uni, comme aux États-Unis, il est soutenu qu'elles privilégient le *statu quo*. Le mouvement de *Tort Reform* est conscient de l'opposition que sa proposition susciterait. Mais selon lui, toute opposition motivée par des intérêts financiers ou politiques ne devrait pas entraver la volonté d'assurer aux victimes une indemnisation adéquate⁸⁸. Un changement de paradigme en matière de réparation des dommages suppose ainsi une volonté politique affirmée.

Conséquences sur les modalités de prise en charge – Le mouvement de *Tort Reform* soulève des questions sociétales majeures. Parmi celles-ci, figure celle des modalités de prise en charge des victimes : faut-il indemniser plus de personnes à des niveaux inférieurs ou moins de personnes à des niveaux supérieurs ?

Il propose de renverser le système actuel dans lequel une minorité obtient beaucoup afin que toute victime de dommage puisse bénéficier d'une indemnisation qui, en contrepartie de cette extension, serait moindre⁸⁹. Il s'agit d'opérer une répartition plus équitable en instaurant un modèle redistributif tout en répondant aux contraintes financières qui pèseraient sur un régime universel⁹⁰. Des propositions doctrinales formulées proposent un compromis : indemniser généreusement les victimes dont le dommage est grave et, en contrepartie, indemniser peu celles dont le dommage est mineur et de courte durée. Les individus souhaitant bénéficier d'une prise en charge supérieure pourraient souscrire une assurance directe⁹¹.

L'idée d'une moindre indemnisation semble profondément éloignée de la philosophie du droit français de la réparation des dommages. Attaché à la réparation intégrale, ce dernier a, par exemple,

⁸⁷ S. D. Sugarman, *op.cit.*

⁸⁸ E. P. Bernzweig, *op.cit.*, p. 172.

⁸⁹ J. Morgan, *op.cit.*

⁹⁰ J. Morgan, *op.cit.* ; P. Cane, « Does no-fault have a future ? », *op.cit.*

⁹¹ P. Cane, *op.cit.*, p. 489-490.

fait le choix contraire en matière d'accidents médicaux que celui que préconise ce mouvement : indemniser moins de victimes en introduisant un critère de gravité afin de pouvoir satisfaire ce principe. Le principe d'une moindre indemnisation semble toutefois extrêmement répandu au sein de régimes *no-fault* de certains systèmes juridiques. Aux États-Unis, par exemple, le fonds d'indemnisation des victimes des attentats du 11 septembre 2001 offre aux victimes des prestations inférieures à celles qu'elles pourraient espérer obtenir devant les juridictions civiles. Leurs ressources conditionnent l'étendue de leur prise en charge. La prise en charge des dommages futurs comme ceux résultant de l'exposition à des matières toxiques est exclue tandis que l'indemnisation du préjudice moral et des souffrances endurées est limitée à 250 000 dollars pour la plupart des victimes⁹². Cette situation aurait pu faire craindre un manque d'attractivité de ce fonds. Mais 97 % des proches des victimes décédées lors de ces attentats ont choisi d'être indemnisés dans le cadre de cette voie plutôt que dans celui de la voie contentieuse⁹³.

Les contraintes financières qui pèsent sur un régime universel impliquent, par ailleurs, d'opérer un choix concernant certains postes de préjudice pris en charge. Par exemple, les pertes de salaire doivent-elles faire l'objet d'une prise en charge forfaitaire, en fonction des ressources de la victime ou, au contraire, d'une prise en charge réelle, sans considération de ses ressources ? Le régime néo-zélandais penche en faveur de la seconde option, mais il limite la prise en charge à 80 % des salaires⁹⁴. En outre, il ne prend pas en charge le préjudice moral ; seule la souffrance morale dont souffre une personne en raison d'un dommage corporel peut faire l'objet d'une prise en charge⁹⁵.

Conséquences sur l'aléa moral – Une suppression de la responsabilité civile pourrait faire craindre une incitation à l'adoption de comportements antisociaux, autrement dit d'une « déresponsabilisation » qui aboutirait à une recrudescence des dommages. Pour autant, ainsi que le rappelle un auteur, cette perspective n'a jamais découragé le transfert de la fonction de socialisation des risques de la responsabilité vers des régimes *no-fault*⁹⁶. En outre, le mouvement de *Tort Reform* attache une grande importance à la prévention des dommages qui occupe une place centrale au sein des régimes imaginés⁹⁷. Enfin, ce mouvement souligne l'existence de garde-fous de nature à prévenir l'adoption de comportements antisociaux. L'instinct de protection incite les individus à se montrer prudents, en présence ou en l'absence de responsabilité civile. Ils peuvent attacher une importance à leur réputation en raison de leur secteur d'activité ou de leur profession, de sorte qu'ils feront également preuve de prudence afin de la préserver⁹⁸. Une telle incitation est

⁹² 28 C.F.R. § 104.44

⁹³ Final Report of Special Master for the september 11th victim compensation fund of 2001, Vol 1.

⁹⁴ *Accident Compensation Act 2001* § 97 (2).

⁹⁵ *Accident Compensation Corporation 2001*, §26 (1.c).

⁹⁶ J. G. Fleming, « Drug injury compensation plans », 30 *Am. J. Comp. L.* 297 (1982).

⁹⁷ E. P. Bernzweig, *op.cit.*, p. 172 et s ; T. G. Ison, *op.cit.*, p. 84 ; S. D. Sugarman, *op.cit.*

⁹⁸ E. P. Bernzweig, *op.cit.*, p. 69.

qualifiée de « forces du marché » par la doctrine de l'analyse économique du droit⁹⁹. Par exemple, la crainte d'un discrédit incite les producteurs à concevoir des produits sûrs¹⁰⁰. De la même façon, les professionnels de santé sont soucieux de préserver leur réputation.

Ainsi, le mouvement de *Tort Reform* apporte une contribution substantielle à la réflexion sur les modalités de prise en charge des dommages corporels. Il plaide en faveur d'un bouleversement complet de l'ordre établi en procédant à un changement de paradigme. Ses développements sont susceptibles d'éveiller l'intérêt de l'observateur français. Ils sont fondés sur la socialisation des risques qui se trouve être à un stade très avancé en France. Ils sont par ailleurs soucieux de l'intérêt des victimes et de l'efficacité économique, deux aspects qui ne sont pas étrangers à l'État-providence français. Sa proposition de suppression de la responsabilité civile et son remplacement par un régime de socialisation directe soulèvent des questions légitimes, tenant notamment à sa « faisabilité ». En France, la question mérite d'être soulevée. À la différence d'autres pays qui auraient tout ou presque à construire, elle dispose d'un État-providence bien ancré, d'une culture de la protection sociale et de la socialisation des risques sans pareil et d'une base solide au travers de la Sécurité sociale. De nombreux fonds ont vu le jour ces dernières années, faisant de la réparation des dommages corporels un véritable patchwork qui mériterait d'être rationalisée.

⁹⁹ Sur cette question v. Cooter, T. Ulen, *Law and Economics 6th Edition*, Berkely Law Books, 2016, p. 3 ; G. Eads, P. Reuter, *Designing safer products. Corporate responses to product liability law and regulation*, The Institute for Civil Justice, 1983, p. 46 ; H. A. Latin, « Problem-solving behavior and theories of tort liability », 73 *Calif. L. Rev.* 677 ; G. T. Schwartz, « Reality in the economic analysis of tort law: does tort law really deter? » 42 *UCLA L. Rev.* 377 ; S. D. Sugarman, *op.cit.* ; S. Todd, « Forty years of accident compensation in New Zealand », 28 *T.M. Cooley L. Rev.* 189.

¹⁰⁰ E. P. Bernzweig, *op.cit.* 69.