



HAL
open science

Mesure et démesure, la difficile application du principe de réparation intégrale

Henri Conte

► **To cite this version:**

Henri Conte. Mesure et démesure, la difficile application du principe de réparation intégrale. Mesure(s) et droit, Presses universitaires Toulouse 1 Capitole, 2024, 978-2-36170-279-3. hal-04334956

HAL Id: hal-04334956

<https://hal.science/hal-04334956>

Submitted on 21 Feb 2024

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.

Collection
Actes de colloques

N° 2

MESURE(S) et DROIT

Sous la coordination de
Solenne HORTALA, Sébastien RANC et Romy SUTRA

Presses de l'Université Toulouse Capitole

Presses de l'Université Toulouse Capitole
2 rue du Doyen Gabriel Marty, 31042 Toulouse Cedex 9

ISBN : 978-2-36170-279-3
Imprimerie Corep Toulouse Rangueil

Mesure et démesure. La difficile application du principe de réparation intégrale

Henri CONTE

Enseignant-chercheur

Université libre d'Angers, IDP EA 1920, CJB EA 4337, CREDO

1. Si la pratique du droit de la responsabilité civile a bien enseigné une chose à la doctrine en ce début du XXI^e siècle, c'est toute la difficulté à « réparer le mal¹ » et à faire « qu'il n'ait été qu'un mauvais rêve² ». Le principe de réparation intégrale tel que formulé par Carbonnier ne semble être qu'un mythe dont l'objectif est irréalisable, une chimère poursuivie en vain avec hubris. Il paraît opportun de savoir si la poursuite de cette chimère est justifiée. La Chimère, dans la mythologie, est un mélange entre la chèvre, le dragon et le lion. Elle vomit des flammes, et dévore les humains. Qui donc aurait bien envie de poursuivre une telle abomination ? C'est que l'objectif est louable. Il faut replacer la victime dans l'état dans lequel elle se trouvait avant que le dommage ne survienne en lui attribuant une réparation pour tous ses chefs de préjudices. C'est bien cela le problème, car il suffit d'interroger n'importe quelle victime de dommage corporel pour comprendre qu'aucune mesure prise en ce sens ne placera la victime dans l'état dans laquelle elle se trouvait avant la survenance du fait générateur³. Une réparation en nature est inconcevable sauf pour tous les aspects matériels consécutifs au dommage corporel, mais pas pour l'atteinte au corps-même⁴. Une victime perd ses jambes dans un accident : nulle procédure ne les lui rendra. Le principe n'est, d'ailleurs, plus posé en ces termes et l'on préfère dire aujourd'hui qu'il faut que la victime soit replacée dans une situation aussi proche que possible de celle qui aurait été la sienne avant le fait dommageable⁵. Cependant, même

¹ J. CARBONNIER, « Droit civil, Introduction », vol. 1, PUF, Quadrige Manuels, Paris, 2004, n° 74.

² *Ibid.*

³ Sur la critique du principe de la réparation intégrale, V. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, « Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité », 4^e éd. LGDJ 2017, n° 57 et s. Les auteurs proposent de requalifier le principe de réparation intégrale comme celui de « l'équivalence entre dommage et réparation ».

⁴ V. en ce sens, R. CHAPUS, « Droit administratif général », t. 1, n° 1425 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, « Droit du dommage corporel », Dalloz, 2000, 4^e éd. § 88.

⁵ V. Conseil de l'Europe, résolution du 14 mars 1975 ; V. aussi, Projet de réforme du 13 mars 2017, art. 1258 : « La réparation a pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit » ; V. encore la proposition de réécriture de l'article 1258 par

formulé ainsi, la poursuite d'un tel objectif se confond souvent avec la poursuite d'une chimère. Les praticiens sont confrontés quotidiennement à la difficile appréhension et mesure du dommage réparable. L'action en justice ne permet presque jamais d'effacer le dommage, mais jouera plutôt un rôle satisfaisant pour la victime.

2. Le principe de réparation intégrale induit aussi d'allouer la somme correspondant exactement à son préjudice : ni plus ni moins. Il faut donc mesurer avec des outils qui sont parfois imparfaits et dont l'utilisation peut contredire le principe de réparation intégrale. D'après le philosophe Dagognet, mesurer est une opération de traduction qui « suppose un langage qui dira mieux la chose que la chose même⁶ ». En effet, mesurer implique d'un point de vue méthodologique de faire sortir l'objet d'étude en dehors du plan réel pour permettre d'en assurer les contours conceptuels afin de les traduire quantitativement. C'est précisément ce que se proposent de faire les barèmes. Les barèmes, comme les nomenclatures, sont des outils de classification et de mesure, qui, s'ils s'imposaient aux juges, remettraient en cause le principe de réparation intégrale, car le principe induit l'absence d'uniformisation des outils d'évaluation. C'est là, l'un des premiers paradoxes qu'il s'agira de mettre en avant.

3. Les difficultés esquissées se rencontrent très fréquemment en matière de dommage corporel et le choix a été fait, pour cette raison d'axer spécialement la contribution sur ce sujet⁷. Toutefois, il y a bien d'autres matières qui auraient prêté à réflexion concernant les difficultés de mesure du préjudice. En matière de parasitisme, par exemple, le préjudice causé par cet acte de concurrence déloyale est particulièrement difficile à mesurer⁸. Il faut aussi évoquer le contentieux prud'homal dans lequel le principe a vite été oublié en matière d'indemnités de licenciement, les fameux « barèmes Macron ». Certains auteurs considérant

Madame Bondon : M-S. BONDON, *Le principe de réparation intégrale du préjudice*, préf. R. CABRILLAC, éd. PUAM, coll. Pierre Kayser, droit privé, p. 441 ; V. aussi, V. HEUZE, *Incertitudes et réparation des dommages*, in « Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude », D. 2006 : « Nul n'ignore que la fonction des indemnités allouées est, en l'occurrence, non une réparation du dommage [...] mais une compensation pécuniaire de l'atteinte qui a été irrémédiablement portée à cet état ».

⁶ F. DAGOGNET, *Conférence donnée lors des 7^{es} Entretiens de la Villette* consacrée à « La mesure » le 30 mars 1966 in *Les outils de réflexion. Epistémologie*, éd. Les empêcheurs de penser en rond, 1999, p. 42 cité in J-B. PREVOST, *La difficile mesure de la qualité de vie*, *Gaz. Pal.* 16 juill. 2011, p. 22.

⁷ V. sur les difficultés d'appliquer le principe de réparation intégrale, C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, préf. F. POLLAND-DULLIAN, coll. Institut de droit des affaires, PUAM 2002, n° 16 et s.

⁸ Un arrêt est particulièrement éclairant pour illustrer cette problématique : Com. 12 févr. 2020, n° 17-31.614, D. 2020. 1086, note J.-S. BORGHETTI ; CCC 2020. Comm., p. 62, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; *RTD Com.* 2020 p. 313, note M. Chagny ; *RTD civ.* 2020, p. 391, obs. H. BARBIER ; *RTD civ.* 2020. 401, obs. P. JOURDAIN.

même que le principe de réparation – qui a une valeur constitutionnelle⁹ au contraire de celui de réparation intégrale¹⁰ – est contredit par la possibilité pour le salarié de ne recevoir aucune réparation lorsqu’il n’a été en poste que moins d’un an¹¹.

4. L’application du principe est aussi rendue difficile par le caractère démesuré de certains préjudices qu’il faut évaluer. Comment mesurer exactement les conséquences des catastrophes naturelles et faut-il en vertu du principe de réparation intégrale, prendre en compte tous les préjudices qui ont été subis ? L’application rigoureuse de ce principe l’impose, mais en pratique, la réparation du préjudice d’éco-anxiété, par exemple, susciterait de nombreuses difficultés. L’exhaustivité étant impossible, le choix a été fait de prendre des exemples jugés, subjectivement, particulièrement édifiants pour répondre à la question : en quoi le principe de réparation intégrale est mis à mal par des problèmes de mesure et de démesure du préjudice ?

5. Pour répondre à cette question, nous envisagerons d’abord la mesure du préjudice face au principe de réparation intégrale et considérerons ensuite le principe de réparation intégrale face à la démesure du préjudice.

* * *

I. La mesure du préjudice face au principe de réparation intégrale

6. Il s’agira de questionner les instruments et les données servant à la mesure. À la fois incomplets ou insuffisants, ils mettent à mal le principe de réparation intégrale. La légitimité des outils de mesure (A) précédera la faillibilité des données de mesure (B).

A. La légitimité des outils de mesure

7. Il apparaît nécessaire de préciser d’emblée que la nomenclature Dintilhac n’est pas un outil de mesure des préjudices¹². Il s’agit d’un outil méthodologique permettant de recenser les différents chefs de préjudices afin de bien les

⁹ CC, décision n° 82-177 DC du 22 oct. 1982, *Rec. P.* 61 ; JO 23 oct. 1982, p. 3710 ; *Gaz. Pal.*, 1983, 1, p. 60, note F. CHABAS ; *D.* 1983, p. 189, note F. LUCHAIRE ; *Dr. Soc.*, 1983, p. 177, note J. SAVATIER ; *RDP* 1983, p. 360, note L. FAVOREU.

¹⁰ CC, décision n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *D.* 2010, p. 1976, note D. VIGNAUD, *D.* 2010, p. 2086, note J. SAINTE-ROSE et P. PEDROT.

¹¹ M-S. BONDON, *Le principe de réparation intégrale du préjudice*, préf. R. CABRILLAC, éd. PUAM, coll. Pierre Kayser, droit privé, n° 266 et 267 p. 280 et s. V. aussi, A. LYON-CAEN, *Ordonnance Macron, Commentaires pratiques et nouvelles dispositions du Code du travail*, *D.* 2017, p. 15-21.

¹² V. *contra*, dans cet ouvrage, la contribution d’Aurélié Blanc.

distinguer¹³. Cependant, l'utilisation d'un outil méthodologique comme la nomenclature Dintilhac a nécessairement une influence sur la mesure du préjudice. En effet, le refus de certains juges de reconnaître tel ou tel poste de préjudice aura une influence sur la mesure totale des préjudices, des sommes allouées, et donc sur l'application du principe de réparation intégrale. D'ailleurs, depuis 2006, les recours des tiers payeurs ne s'imputent plus globalement sur la créance d'indemnisation, mais poste par poste¹⁴. Dès lors, les tiers payeurs ne peuvent faire des recours que pour les postes de préjudice pour lesquels ils ont déjà versé une somme d'argent ce qui revient insidieusement à imposer au juge qu'il évalue les préjudices subis en les intégrant dans des postes bien définis et non plus par l'octroi d'un forfait ce qui pouvait se faire auparavant. On lui impose donc une manière d'évaluer les préjudices.

8. La nomenclature étant ouverte, il est possible de « découvrir » de nouveaux postes de préjudices. Cependant, il faut attendre la témérité d'un avocat, libre de défendre des chefs de préjudices hors nomenclature, pour que ces deniers puissent l'intégrer un jour. Le préjudice d'angoisse de mort imminente n'a, par exemple, été reconnu qu'au terme de nombreux débats doctrinaux et jurisprudentiels¹⁵. Cela signifie-t-il, pour autant, que des victimes qui n'ont pas demandé la réparation de ce préjudice auparavant ou qui se sont vu le refuser n'ont pas bénéficié d'une réparation intégrale du préjudice ? L'argument est fallacieux, car n'est réparable que ce qui est demandé par les parties ou ce qui est admis, mais il souligne que ce principe est abstrait et devrait plutôt être considéré comme un objectif à atteindre¹⁶ qui peut être contredit.

9. Le principe peut aussi être malmené lorsqu'il y a capitalisation des rentes¹⁷. Un certain nombre d'auteurs ont réussi à prouver qu'une différence de plusieurs centaines de milliers d'euros pouvait survenir en fonction des taux empruntés¹⁸. En effet, lorsque le juge octroie des dommages et intérêts, il peut attribuer une

¹³ Sur la force normative de la nomenclature Dintilhac, V. H. ADIDA-CANAC, *Le contrôle de la nomenclature Dintilhac par la Cour de Cassation*, D. 2011, p. 1497 ; M. ROBINEAU, *Le statut normatif de la nomenclature Dintilhac*, JCP G 2010, 612.

¹⁴ Article 25 de la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 ; C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, Deux ans d'application de la réforme du recours des tiers payeurs, *Gaz. Pal.*, 2009, 2009, n° 82, pp. 10.

¹⁵ V. RIVOLLIER, *L'autonomie du préjudice d'angoisse de mort imminente et du préjudice d'attente et d'inquiétude : jusqu'où aller dans la déclinaison des préjudices ?* Lexbase, 21 avril 2022, n°903.

¹⁶ V. en ce sens : C. COUTANT-LAPALUS, thèse, *op. cit.*, n° 80 et 411.

¹⁷ A. COVIAUX et F. BIBAL, *Barème de capitalisation : le test comparatif*, *Gaz. Pal.*, 2006, Doctr., p. 2213 ; C. QUÉZEL - AMBRUNAZ, *Une révolution dans la capitalisation des rentes indemnitaires : l'avènement d'un logiciel de capitalisation*, La lettre juridique n° 890 du 13 janvier 2022.

¹⁸ N. ESTIENNE, A. GUEGAN, C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *La réparation intégrale maltraitée par les barèmes de capitalisation à 0 %*, *RCA*, n° 1, jan. 2022 ; C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Barème de capitalisation de la Gazette du Palais 2022 : un barème à contre-temps*, La lettre juridique, nov. 2022. L'auteur préconise alors un logiciel créé par Christian Jaumain disponible gratuitement à l'adresse : <https://www.capitalisationdesindemnitees.fr/index.php>.

rente, qui se concrétisera par une succession de paiements égaux aux revenus perdus. Les sommes seront versées aussi longtemps que la victime était censée les percevoir. Toutefois, le plus souvent, on substitue à cette rente un capital que l'on peut liquider de suite et verser à la victime ou à ses ayants droit. Le calcul de ce capital fait intervenir une table de mortalité, un taux d'intérêt et un taux d'inflation. Les modalités de calcul de ces taux peuvent se faire au détriment de la victime. Par exemple, si cette dernière place son capital sur un placement peu rémunéré, mais que le taux d'inflation est très fort¹⁹, la valeur du capital diminuera nécessairement en comparaison de la hausse générale des prix. Le principe de réparation intégrale se verra alors malmené et c'est pour cette raison que certains proposent, en fonction des circonstances économiques, de pouvoir appliquer des taux négatifs²⁰.

10. Au titre de la légitimité des outils de mesure, on peut ajouter que leur diversité peut donner une impression de cacophonie²¹. On peut citer le barème de la sécurité sociale, celui de la FIVA²², de l'ONIAM²³, le référentiel inter-cours de M. Mornet, celui de la Cour d'appel de Paris, etc. Il y a des solutions pour améliorer les outils de mesure. Le projet de réforme de 2017 propose que les préjudices résultant d'un dommage corporel soient déterminés, poste par poste, suivant une nomenclature non limitative et fixée par décret en Conseil d'État²⁴. Cela permettrait d'avoir un cadre, mais un cadre souple et semblable pour tout le monde même pour les juridictions administratives. Le même projet propose aussi la création d'un barème médical indicatif pour mesurer le déficit fonctionnel après consolidation dont les modalités d'élaboration, de révision et de publication seront déterminées par voie réglementaire²⁵. Sur ce point, on voit poindre des difficultés à venir. S'il n'est qu'indicatif, les mesures peuvent différer selon les juridictions et cela pourrait fausser non seulement les résultats, mais aussi créer une inégalité avec les victimes qui ont bénéficié du barème « officiel »²⁶. Des difficultés peuvent apparaître aussi en fonction des modalités de réévaluation des référentiels utilisés. L'article 1271 du projet de réforme de la responsabilité civile

¹⁹ C'est précisément le cas à l'heure où son écrits ces lignes.

²⁰ N. ESTIENNE, A. GUEGAN, C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, p. 10.

²¹ V. S. PORCHY-SIMON, *L'évaluation des préjudices par les acteurs de la réparation*, RDSS 2019, p. 1025.

²² Le Fonds d'Indemnisation des Victimes de l'Amiante.

²³ L'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux.

²⁴ Art. 1269 du projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017.

²⁵ Art. 1270 du projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017.

²⁶ V. C. COUTANT-LAPALUS, thèse, *op. cit.*, n° 376 et n° 383 et s. L'auteur considère que le recours obligatoire des barèmes judiciaire est contraire à l'article 5 du Code civil puisqu'il interdit aux juges de prendre des décisions qui « auraient autorité sur des parties autres que celles qui se sont produites devant eux au procès » et parce que les barèmes empêchent l'individualisation de l'évaluation des préjudices. V. aussi en ce sens : M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, préf. P. HEBRAUD, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome LXXXV, 1975, p. 351.

du 13 mars 2017 prévoit la création d'un référentiel par décret pris en Conseil d'État pour les postes de préjudices extrapatrimoniaux. Or, le même texte ne prévoit sa réévaluation que tous les trois ans, ce qui, de l'avis d'une partie de la doctrine est largement insuffisant²⁷.

11. Il n'y a pas que les outils qui posent question, mais aussi les données permettant de mesurer les préjudices.

B. La faillibilité des données de mesure

12. La mesure d'un préjudice peut s'effectuer à l'aide de référentiels, c'est le cas de celui de M. Mornet, par exemple²⁸. Cependant, cette mesure implique d'avoir des données pour le faire, surtout en matière de préjudice corporel. Il faut des données cliniques et expérimentales qui peuvent se contredire. En matière d'atteinte cérébrale sur les enfants, on a longtemps eu tendance à les sous-évaluer en pensant, conformément au principe de Kennard, que plus on est jeune au moment de l'atteinte, moins l'atteinte aura de répercussions sur la vie future de l'enfant ce qui s'avère être aujourd'hui totalement démenti²⁹. Par ailleurs, la mesure des préjudices subis en fonction de barème allant de 1 à 7 est une opération intellectuellement confortable car elle paraît objective, mais elle interroge sur l'excès de scientificité qui tend parfois à mettre le véritable objet de la mesure de côté : le patient. Une telle mesure paraît même illusoire puisqu'elle vise à incorporer des données subjectives, le ressenti du patient, dans des espaces objectifs qui permettront de comparer plusieurs objets. Il est possible de prendre l'exemple du déficit fonctionnel permanent qui permet, en outre, de réparer la perte de la qualité de vie, mais qui est aussi sans doute l'un des postes de préjudice le plus difficile à évaluer eu égard à son aspect subjectif, multifactoriel et contingent. Au moment d'effectuer la mesure de ce poste de préjudice, des auteurs ont démontré que certaines victimes de traumatismes crâniens légers semblaient surévaluer la perte de leur qualité de vie et leur souffrance toutes les fois qu'il existait un tiers responsable ou un accident de travail³⁰.

²⁷ N. ESTIENNE, A. GUEGAN, C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, p. 10 ; V. aussi sur l'application pratique du principe : Z. JACQUEMIN, *La réparation sans perte, ni profit selon la Cour de cassation ou l'art de transformer une maxime en instrument de contrôle*, RDC 2019, n° 115y4, p. 187.

²⁸ B. MORNET, « L'indemnisation des préjudices en cas de blessures ou décès », référentiel, sept. 2022.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ I. EMALUELSON, E. ANDERSON HOLMKVIST, R. BKORKLUND, D. STALHAMMARD, « *Quality of life and post-concussion symptoms in adults after mild traumatic brain injury: A population based study in western Sweden* », *Acta Neurologica Scandinavica*, 2003, 108, p. 332 à 338, cité in J-L. TRUELLE, M. MONTREUIL, P. NORTH, *Quelle qualité de vie après un traumatisme crânien ?*, *Gaz. Pal.* 3 déc. 2011, p. 17 ; V. aussi : V. HEUZE, *Incertitudes et réparation des dommages*, in « Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude », D. 2006.

13. Il y a une autre manière d'évaluer en se servant des données. C'est dire qu'une décision est plus juste si le juge a la possibilité d'avoir connaissance de ce qui se fait en matière de réparation par les autres juridictions. Sur ce point, les juristes français éprouvent certaines difficultés pour les récupérer. Il faut bien sûr évoquer le traitement *DataJust* créé par le décret du 27 mars 2020, mais il a en partie été abandonné pour des raisons de difficultés de mise en œuvre. Cependant, en 2025 des centaines de milliers de décisions devraient pouvoir être accessibles à tous et si elles ne sont pas traitées par un algorithme officiel chargé d'offrir une aide à la décision, elles resteront tout de même ouvertes aux praticiens et à la doctrine pour servir de référence quant aux mesures déjà effectuées. Cela pourra engendrer de nouvelles difficultés. La jurisprudence va-t-elle pouvoir évoluer si le juge se réfère exclusivement à des décisions passées et ce dernier ne perdra-t-il pas une partie de son indépendance dans l'appréciation *in concreto* des cas particuliers à venir ?³¹ Par ailleurs, il est à craindre que des acteurs privés s'empressent, comme ils le font déjà, de créer de tels outils, ce qui peut poser des problèmes de fiabilité des données, d'accès aux codes sources³², etc.

14. La numérisation des décisions de justice est une évolution nécessaire³³. Cependant, comme 95 % du litige en matière de dommage corporel relève de transactions³⁴, il est possible de s'interroger sur la pertinence de ces fameuses données qui ne seront sans doute pas représentatives des montants alloués véritablement aux victimes de dommages corporels. À noter, par ailleurs, qu'en matière d'accident de la circulation ce taux monte à 98,4 % selon le Fichier des victimes d'indemnisation³⁵ (FVI³⁶). En ce qui concerne les accidents de la circulation, l'article 26 de la loi Badinter³⁷ avait, en effet, prévu la création d'un fichier recensant le montant des indemnités allouées. Il est toutefois regrettable de constater le manque de transparence de l'organisme qui ne précise pas combien de décisions sont recueillies et comment. On ne peut consulter que les

³¹ V. not., sur la question : A. GARAPON, *Les enjeux de la justice prédictive*, JCP G 2017, p. 31 ; L. VIAUR, *L'évaluation des préjudices corporels par algorithmes*, LPA 31 mai 2021, n° 153s3, p. 10 ; F. ROUVIÈRE, *La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal*, RTD civ. 2017 p.527 ; B. DONDERO, *Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ?*, D. 2017. 532.

³² V. not., sur la question : L. GODEFRO, *Le code algorithmique au service du droit*, D. 2018 p. 734 ; S. PORCHY-SIMON, *L'évaluation des préjudices par les acteurs de la réparation*, RDSS 2019, p. 1025.

³³ Les « data » nous permettront, par exemple, de vérifier que lorsque l'auteur d'un dommage a causé un préjudice, les juges octroient une somme plus lourde à la victime.

³⁴ V. sur l'utilisation de ces chiffres, voir l'intervention de Monsieur Morney lors du colloque de la Cour de cassation sur le thème : L'indemnisation des préjudices corporels à l'heure de l'open data.

³⁵ Rapport annuel 2021 – Sur dossiers réglés en 2019, <https://victimesindemniees-fvi.fr/wp-content/uploads/2022/12/Rapport-annuel-2021.pdf>

³⁶ Fichier des victimes d'indemnisation mis en place par l'AGIRA.

³⁷ Art. 26 : « Sous contrôle de l'autorité publique, une publication périodique rend compte des indemnités fixées par les jugements et les transactions ».

décisions rendues entre le 1^{er} janvier 2019 et le 31 décembre 2021 et il y a une moyenne d'environ 10 décisions par recherche. Il est possible d'indiquer l'âge de la victime, son sexe, le taux d'AIPP³⁸, le degré de souffrances endurées et le degré de préjudice esthétique permanent³⁹. Il est possible d'aller jusqu'à 125 ans et d'ailleurs trois transactions sortent dans la fourchette : 115 ans à 125 ans. Afin de garantir une meilleure prise en charge de la réalité des préjudices subis par les victimes, lorsque la victime a recours à une transaction, il pourrait être rendu obligatoire la présence d'un avocat. Ce dernier pourrait s'assurer que le patient ne signe pas le protocole transactionnel avant que l'intégralité de ses préjudices soit réparée. Un auteur rappelle qu'il y a 95 % de transactions en matière de dommage corporel, mais que dans ces 95 %, seuls 45 % des indemnités totales sont allouées aux victimes. Pour les 5 % de décisions judiciaires restantes (même si ce sont souvent les plus grosses affaires), les juges octroient 55 % du montant des indemnités totales allouées aux victimes en France⁴⁰.

15. La plupart des auteurs notent aussi une différence de montants entre les deux ordres de juridiction⁴¹. Le juge administratif étant soupçonné d'évaluer en deçà de son homologue civil⁴². Cependant, l'un des grands problèmes liés à la mesure et au principe de réparation intégrale dont dépend la personnalisation du préjudice c'est qu'il est normalement impossible de rétorquer au juge administratif (cela vaut aussi pour le juge judiciaire) que le préjudice a été sous-évalué au regard de la pratique habituelle ou par référence à un barème. Cela reviendrait automatiquement, à la fois, à remettre en cause le principe de personnalisation du préjudice et la souveraineté des juges du fond dans l'appréciation *in concreto* des dits montants. Au contraire, plus les montants sont différents, plus cela porte à croire que les juges se sont détachés des barèmes et ont individualisé, conformément à leur mission, l'évaluation du préjudice⁴³.

16. Les outils et les données servant de mesure présentent des défauts qui invitent à l'humilité tout comme la démesure de certains préjudices qui heurtent le principe de réparation intégrale au point de se demander s'il est vraiment possible de les évaluer.

* * *

³⁸ Atteinte à l'Intégrité Physique et Psychique.

³⁹ Le site internet de la FIVA a été remanié entre la date du colloque et l'écriture de ces lignes. On constate qu'il n'est plus possible d'indiquer le degré de préjudice esthétique.

⁴⁰ V. l'intervention de Bertrand Morney à la Cour de cassation lors du cycle de conférences 2021 consacré à la réparation du dommage corporel.

⁴¹ C. LANTERO, *La méthode d'évaluation des préjudices corporels*, RFDA, 2014.

⁴² *Ibid.* L'auteur juge que « les différences d'indemnisations observées entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire ont parfois un goût de rupture d'égalité » ; V. aussi, A. BOYER, « Référentiel d'indemnisation : des mines anti-personnel. Discours sur la méthode » : *Gaz. Pal.* 10 août 2010, p. 5, I2582.

⁴³ PH. BRUN, *De la relativité des outils d'évaluation*, *Gaz. Pal.* 2012, n° 315, p. 31.

II. Le principe de réparation intégrale face à la démesure du préjudice

17. Le principe de réparation intégrale est parfois aussi difficile à mettre en œuvre en raison de l'originalité de certains préjudices. Il en est ainsi des préjudices de masse qui mettent en exergue l'hubris de l'Homme (A), mais aussi des préjudices de nature extrapatrimoniaux (B).

A. La démesure des préjudices de masse

18. Dans la mythologie grecque, Hybris est une divinité personnifiant l'arrogance et la démesure. Elle a donné lieu à l'adjectif « hubris » en français à qui on donne un sens plus large. L'hubris, l'homme en est coupable en détruisant son environnement, en imaginant qu'il peut le réparer et en croyant qu'il peut mesurer la portée de la destruction qu'il a lui-même générée⁴⁴. Il est, en effet, difficile de nier aujourd'hui l'influence néfaste de l'Homme sur son environnement. Afin d'y remédier, un certain nombre d'États, dont la France, a mis en place une législation pour réparer les préjudices écologiques. Ainsi, une loi de 2016 a introduit l'article 1246 dans le Code civil, qui dispose que : « Toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer ». Il faut comprendre qu'il devra être réparé intégralement. Ainsi donc, à en croire le législateur, réparer intégralement ces préjudices serait possible. Contrairement au préjudice corporel, le préjudice écologique a vocation à être prioritairement réparé « en nature ». Cela est prévu par l'article 1249 du Code civil et c'est seulement en cas « d'impossibilité de droit ou de fait ou d'insuffisance des mesures de réparation » que le juge doit condamner le responsable à verser des dommages et intérêts, affectés à la réparation de l'environnement, au demandeur ou en cas d'incurie, à l'État.

19. Cette réparation en nature intégrale pose de nouveaux problèmes et d'anciennes questions : comment mesurer le prix ou le coût de la nature ? Il est possible de prendre un exemple concret inspiré de la célèbre affaire des calanques de Marseille⁴⁵ dans laquelle des braconniers ont prélevé illégalement des poulpes,

⁴⁴ Un auteur semble partager cette opinion en expliquant que c'est poser avec un regard anthropocentré une vision des choses qui diffère totalement de celle des autres êtres vivants avec qui on ne peut communiquer. L'Homme essaie de calquer à la nature des catégories totalement artificielles, et propres aux êtres humains. Comme l'explique cet auteur : « Tout ce qui participe de la revalorisation de l'importance de la nature ou des animaux dans notre regard et dans notre représentation c'est utile, mais le point de savoir si c'est nécessaire pour la nature en soit ou pour l'être humain, ce n'est qu'une question de croyance personnelle. Ainsi, quand on cherche à définir quelles sont les victimes on se définit bien souvent par rapport à notre vision personnelle et donc on ne se demande pas assez si on cherche à protéger l'homme ou les animaux en eux-mêmes » : M. FABRE-MAGNAN, « Que modifie-t-on dans l'appréhension du préjudice écologique », Colloque Cour de cassation, 20 juin 2022, <https://www.courdecassation.fr/agenda-evenementiel/faut-il-modifier-lapprehension-de-la-victime-et-de-linteret-agir-laune-de-la>.

⁴⁵ V. *Infra*, n° 20.

des poissons et des oursins avec la complicité des restaurateurs des environs. Si on compte le nombre d'oursins qui ont été illégalement prélevés, on pourrait penser que la réparation intégrale du préjudice est assurée si on réintroduit le même nombre d'oursins dans le parc. Toutefois, comment s'assurer que la réintroduction ne va pas perturber ou aggraver le préjudice subi (argument utilisé par un juge du Tribunal judiciaire de Marseille le 6 mars 2020 pour refuser la réparation en nature) et comment s'assurer que les oursins réintroduits survivront et s'adapteront ? Est-ce qu'un suivi sera ordonné et qui sera en charge de l'effectuer ? On pourrait être tenté de demander la réintroduction d'un plus grand nombre d'oursins pour anticiper les pertes. Cependant, est-ce que le principe de réparation intégrale du préjudice ne s'y oppose justement pas ? Ce dernier qui prévoit une réparation idoine : pas moins, mais pas plus... En matière de préjudice corporel, une victime peut toujours demander la réévaluation de son préjudice en cas d'aggravation de ce dernier en lien de causalité avec le fait générateur. En théorie, les personnes visées à l'article 1248 du Code civil peuvent aussi demander une réévaluation en matière de préjudice écologique⁴⁶, mais auront-elles les moyens techniques de mesurer l'évolution et la dégradation des dommages pour lesquels il a déjà été demandé réparation ? Il faut encore imaginer la destruction d'une forêt primaire (une forêt primaire est une forêt vierge⁴⁷, il n'en existe plus en France à part peut-être en Guyane). Si cette forêt est détruite au cours d'un incendie, la forêt est perdue à jamais et aucune mesure de réparation ne pourra même compenser la perte d'un tel écosystème. Ce serait vraiment faire preuve d'hubris que d'imaginer que l'on peut supprimer, réduire ou même compenser le dommage. Par ailleurs aucune mesure de ce que l'on appelle la réparation par équivalent en nature ne permettra une quelconque réparation intégrale non plus (ni même le dispositif administratif de responsabilité environnemental⁴⁸). Bien souvent donc, c'est en argent que le préjudice aura vocation à être réparé. Les impossibilités de fait⁴⁹ ou de droit sont donc nombreuses ce qui est souvent critiqué car si le responsable peut payer des

⁴⁶ M. BOUTONNET, *op. cit.*, n° 296.

⁴⁷ V. Réponse du Ministère de la transition écologique et solidaire publiée dans le JO Sénat du 17/01/2019, p. 334 : « Une forêt primaire est un espace boisé continu de grande taille établi depuis la fin de la dernière glaciation par colonisation spontanée des espèces d'arbres et n'ayant subi aucune exploitation de bois, pâturage ou chasse (d'après Cateau et al. 2014). Il n'existe donc plus de forêt primaire en France métropolitaine puisque, même si des forêts dites "sub-naturelles" existent encore, les communautés de grands herbivores (bison d'Europe, cheval sauvage, élan, etc.) et les grands prédateurs associés ont disparu entre le 1^{er} siècle de notre ère et la fin du Moyen-Âge ».

⁴⁸ Le dispositif administratif de responsabilité environnementale renvoie à la directive européenne n° 2004/35 du 21 avril 2004 qui prévoit différentes formes de réparation en nature : la réparation primaire, la réparation complémentaire et des mesures de réparations compensatoires.

⁴⁹ M. BOUTONNET, Rep. Dt. Civ. n° 247 : « Impossibilité de fait : c'est-à-dire qu'au regard de la spécificité du dommage causé, de l'insuffisance des techniques et des connaissances existantes au moment de l'évaluation du dommage, il n'est pas possible de remettre en l'état la nature, mais la question se pose s'il sera tout de même possible de mettre en œuvre des techniques de compensation ».

dommages et intérêts pour réparer, cela revient à réintroduire le principe du pollueur payeur et donc à instaurer un droit censitaire de polluer.

20. Malgré toutes ces difficultés, des auteurs ont inventé de véritables référentiels permettant de classer, d'évaluer et de chiffrer les préjudices écologiques. En plus de la célèbre étude menée par Neyret et Martin, qui est une nomenclature⁵⁰, plusieurs méthodes de chiffrage existent. Les premières sont préconisées par la loi du 1^{er} août 2008 sur la responsabilité environnementale. Il y a les méthodes dites HEA (Habitat Equivalency Analysis) et REA (Resource Equivalency Analysis)⁵¹. Les deuxièmes ont été élaborées par le ministère suite à la loi du 8 août 2016. Ce sont les MEB, les méthodes d'évaluation biophysiques qui différencient des méthodes de calcul en fonction de la gravité des dommages causés. La première, MEB, concerne les dommages non négligeables et de moindre gravité à l'environnement, tandis que la deuxième MEB concerne les dommages non négligeables et graves⁵².

Malgré les très sérieuses études qui ont été menées pendant plusieurs années par des groupes d'experts, les difficultés d'évaluation persistent et ce sont aux juges à qui revient la lourde tâche de trancher.

21. Les MEB ne sont pas toujours utilisées et le juge paraît parfois gêné pour choisir une méthode de mesure des préjudices appropriée. Un arrêt récent est particulièrement illustrant à cet égard. Il s'agit de celui de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 4 octobre 2022⁵³ concernant la célèbre affaire des calanques de Marseille où ont eu lieu des pêches interdites. L'arrêt semble montrer l'embarras du juge judiciaire (qui ne peut être un spécialiste des modes de réparation par équivalent en matière environnementale) face à l'argumentation très technique des plaideurs. La Cour d'appel avait confirmé que la réparation en

⁵⁰ V. M-S. BONDON, *Le principe de réparation intégrale du préjudice*, préf. R. CABRILLAC, éd. PUAM, coll. Pierre Kayser, droit privé, p. 445. L'auteur propose d'ajouter un deuxième alinéa à l'article 1279-2 du projet de réforme qui disposerait : « Ces préjudices sont déterminés poste par poste, suivant une nomenclature non limitative des postes, fixée par décret en Conseil d'État ».

⁵¹ Ces méthodes sont celles préconisées par la loi du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale. Elles sont basées : « sur l'identification d'un proxy (indicateur écologique ou biologique représentatif du milieu endommagé). Elles permettent de dimensionner un projet de restauration écologique en fonction de la totalité du dommage subi, en calculant les pertes enregistrées pendant toute la durée d'impact du dommage. Ces méthodes sont perçues comme complexes et techniques et sont adaptées aux dommages graves », <https://www.ecologie.gouv.fr/methodes-devaluation-des-dommages-ecologiques-et-leur-reparation>

⁵² La méthode d'évaluation biophysiques dommages de moindre gravité ou méthode simplifiée s'applique aux dommages « non négligeables » de moindre gravité. Elle est basée : « sur des calculs relativement simples et un niveau d'exigence proportionné au caractère de moindre gravité. Quant à la méthode d'évaluation biophysiques dommages graves, elle s'applique aux dommages "non négligeables" et "graves". Elle est particulièrement exigeante en matière de respect de la condition d'équivalence écologique, du calcul des pertes et des gains écologiques, ainsi que de l'évaluation de l'état du milieu », <https://www.ecologie.gouv.fr/methodes-devaluation-des-dommages-ecologiques-et-leur-reparation>

⁵³ Cass. Crim, 4 octobre 2022, n° 21-85.290.

nature était impossible ce qui relève de son pouvoir souverain d'appréciation. Les juges du droit ont aussi rappelé que les juges du fond sont souverains quant à la méthode employée pour évaluer l'indemnité propre à réparer le préjudice écologique qu'elle a retenu. Or, dans cette affaire, les demandeurs au pourvoi soutenaient que la cour d'appel n'avait pas pris en compte le coefficient trophique des espèces prélevées. Le coefficient trophique prend en compte les interactions, dans un écosystème donné, de toute la chaîne alimentaire ce qui est indispensable pour mesurer au plus juste quelle est la quantité réelle de l'impact de prélèvements illégaux dans ce dernier. Par exemple, en prélevant des proies de prédateurs, cela peut nuire à ces derniers. Pour calculer au plus juste les conséquences indirectes d'un fait dommageable, il est alors possible de déterminer un coefficient trophique au regard du fonctionnement en pyramide de la chaîne alimentaire. Pour ce faire, la Cour de cassation fait référence à la loi de Koslovski et de Linderman. En effet, non seulement, l'application d'un coefficient trophique est contestée, mais sa méthode de calcul aussi. Les juges de la cour d'appel rappellent alors que :

« Si cette loi permet de dire que, dans un écosystème équilibré, le rapport massique de présence entre une espèce et son prédateur est de un à dix, le prédateur devant consommer 10 kg de proies pour former un kg de matière, elle n'est pas adaptée pour l'évaluation du préjudice écologique dans la mesure où, dans certaines études, le coefficient est de un à cinq et où cette règle a été instaurée non pas pour déterminer l'impact du prélèvement d'une espèce en haut de la pyramide de la chaîne alimentaire, mais pour étudier le fonctionnement d'un écosystème ».

La Cour de cassation fait le choix de consolider l'analyse de la cour d'appel qui a jugé que :

« Les prélèvements illégaux auxquels se sont livrés les intéressés suffisent à déterminer l'atteinte à la biomasse, sans qu'il soit besoin de faire entrer, dans le calcul du préjudice, le coefficient trophique qui correspond à une construction certes physique, mais aussi purement mathématique et intellectuelle, sans commune mesure avec les faits de la cause^{54, 55} ».

22. On voit donc là encore comment le principe de réparation intégrale est mis à mal par toutes les difficultés d'évaluation lorsqu'un juge est confronté à la démesure des préjudices écologiques générés par l'Homme.

⁵⁴ *Ibid*, n° 10.

⁵⁵ Cela n'est pas sans rappeler l'affaire Erika dans laquelle le préjudice écologique avait été évalué en proportion du nombre d'adhérents ou du nombre d'habitants ce qui ne présente pas un lien avec le préjudice subi : V. M-S. BONDON, thèse, *op. cit.*, p. 270.

B. La démesure du préjudice moral

23. La France fait partie des pays qui indemnise le préjudice moral et qui propose une nomenclature détaillée, mais non obligatoire, de ces derniers. Ce soin dans la précision a conduit certains auteurs à observer un morcellement des nomenclatures, et une multiplication des chefs de préjudice conduisant, selon certains, à une « désintégration du préjudice moral »⁵⁶. Il en résulterait alors une hausse artificielle et parfois pas toujours souhaitable des indemnités allouées⁵⁷. Si peu d'auteurs remettent en cause les nomenclatures en matière de préjudices patrimoniaux⁵⁸, il en va autrement en matière de préjudices extrapatrimoniaux et on assiste sur ce point à une confrontation : globalisation contre nomenclature⁵⁹.

24. Il est possible de prendre un exemple assez prégnant des difficultés d'évaluation du préjudice moral. Elles concernent le préjudice d'affection. La personnalisation de la réparation du préjudice d'affection, qui est pourtant conforme au principe de réparation intégrale, peut heurter. Si un justiciable formule une demande de réparation de son préjudice d'affection pour la perte d'un enfant à Aix-en-Provence et que ce dernier lui accorde une somme moins importante que celui de la Cour d'appel de Toulouse dans le cas d'une autre affaire, cela peut renvoyer un signal très négatif. En effet, cela revient à dire qu'un tel souffre plus de la perte d'un être cher qu'un autre. Par ailleurs, comme tout préjudice doit être démontré, cela conduit les plaideurs à faire étalage de leur souffrance et plaider l'indicible. Cela peut même s'avérer contre-productif car susceptible d'entretenir les victimes dans une spirale de douleur. En effet il faudra que la victime prouve parfois plusieurs années après la survenance du fait générateur, à cause du temps judiciaire, que sa souffrance est bien la même, qu'elle n'a pas été atténuée. Ainsi lors du procès des attentats du 13 novembre, pour minimiser le préjudice moral de certaines victimes, un auteur⁶⁰ a dénoncé le cynisme avec lequel l'avocate du FGTI scrutait les profils « LinkedIn » des

⁵⁶ J. KNETSCH, *La désintégration du préjudice moral*, D. 2015, p. 434 ; V. aussi du même auteur : *Qu'est-ce qu'un dommage corporel ?* D. 2022, p. 1815.

⁵⁷ V. HEUZE, *Incertitudes et réparation des dommages*, in « Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude », D. 2006. L'auteur y dénonce notamment les préjudices qui font l'objet d'une reconnaissance exclusive alors qu'ils pourraient, selon lui, être englobés dans un autre chef de préjudice. Il prend l'exemple du préjudice sexuel ou juvénile qui pourraient souvent être pris en compte « au titre du dommage corporel ou d'agrément », du préjudice esthétique qui est réparé à part entière alors qu'il est la conséquence directe de l'infirmité physique dont la victime est atteinte, de la souffrance morale qui est aussi réparée à part entière alors qu'elle pourrait être incluse dans le *pretium doloris* ou au titre du chef du préjudice d'agrément, etc.

⁵⁸ V. *Contra* V. HEUZE, *Ibid.* L'auteur fait valoir que 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 réparation ».

⁵⁹ V. not., O. GOUT, *Nomenclature et référentiel, Brèves observations quant à la méthodologie de l'indemnisation*, Droit social, 2017, p. 944.

⁶⁰ M. DELAHOUSSE, *Le prix de nos larmes*, op. cit., p. 97.

victimes pour prouver qu'elles allaient mieux. L'une d'elles lui répondra : « Il n'y a aucune raison de minimiser ce que j'ai subi [...] Je ressens ça. Je me sens jugé. C'est comme si on me reprochait de reconstruire une nouvelle vie et qu'on me reprochait tous mes efforts⁶¹ ».

La réparation du préjudice moral en général, et du préjudice d'affection, en particulier, reste l'une des plus grandes questions irrésolues de notre histoire juridique. Tout le monde s'accorde à dire que les versements pécuniaires sont la moins pire des solutions, mais très peu ose proposer sérieusement des alternatives non pécuniaires.

25. Les alternatives existent pourtant du côté de la justice restauratrice ou par la véritable reconnaissance du statut de victime et mériteraient d'être plus sérieusement envisagées. En matière extrapatrimoniale, l'établissement d'un chef de préjudice spécifique permet parfois à lui seul d'assurer l'équivalence entre le dommage et la réparation⁶². C'est dire que l'on reconnaît la souffrance de la victime tout en confessant l'humilité qui s'impose par l'admission qu'aucune somme d'argent ne sera susceptible de la réparer ni de l'atténuer. D'autres mesures sont bien accueillies par les victimes⁶³ : les médailles, les cérémonies ou même encore les mesures d'excuses contraintes. Cependant, les excuses contraintes, si elles ne sont pas sincères, ont peu d'intérêt. Il est donc nécessaire de faire œuvre de pédagogie et de volontarisme pour faire parvenir le fautif à résipiscence. Un terme qui peut être défini comme la « reconnaissance de sa faute, qui s'accompagne d'un retour au bien par une réelle volonté de correction »⁶⁴. En l'état, le principe de réparation intégrale n'a pas d'effet performatif et se trouve mal nommé. Actuellement le droit ne permet pas toujours d'assurer aux individus la réparation intégrale de leur préjudice et c'est pour cela qu'il devrait être regardé comme un principe téléologique plutôt que comme un principe fondamental. Il reste que le préjudice qui se répare le plus aisément est celui qui n'est jamais survenu. Il faut sûrement conférer au principe de précaution, en matière environnementale surtout, une effectivité qu'il n'a pas encore réussi à acquérir.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, « Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité », 4^e éd. LGDJ 2017, n° 57 et s.

⁶³ C'est du moins ce qu'il ressort de l'enquête menée par Matthieu Delahousse : M. DELAHOUSSE, *op. cit.*, p. 156 ; V. *contra*, G. WESTER, *Les principes de la réparation confrontés au dommage corporel*, thèse Lyon III.

⁶⁴ Dictionnaire de l'Académie française, 9^e éd.