



HAL
open science

Préjudices corporels et référentiels d'indemnisation

Amélie Rosset-Mazarin

► **To cite this version:**

Amélie Rosset-Mazarin. Préjudices corporels et référentiels d'indemnisation. Droit. 2017. dumas-01619213

HAL Id: dumas-01619213

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01619213v1>

Submitted on 19 Oct 2017

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.

Université Grenoble Alpes - Faculté de droit

Master 2 Droit privé, Parcours Droit civil économique
Dirigé par le Professeur Etienne VERGÈS

Promotion 2016-2017

MEMOIRE DE RECHERCHE

PREJUDICES CORPORELS ET REFERENTIELS D'INDEMNISATION

Présenté par
Amélie ROSSET-MAZARIN

Sous la direction du
Professeur Stéphane GERRY-VERNIÈRES

Soutenu le jeudi 07 septembre 2017

Remerciements

J'adresse mes sincères remerciements à ceux qui ont contribué à l'élaboration de mon mémoire.

*Je remercie particulièrement Madame le professeur Stéphane Gerry-Vernières pour toute
l'attention et l'aide qu'elle m'a apportées
et Maître Mélanie Muridi pour ses remarques qui m'ont éclairée.*

TABLE DES ABREVIATIONS

<i>Ass. Plén.</i>	<i>Assemblée plénière de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. crim.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
<i>CA</i>	<i>Cour d'appel</i>
<i>CAA</i>	<i>Cour administrative d'appel</i>
<i>CE</i>	<i>Conseil d'Etat</i>
<i>C.C.</i>	<i>Conseil Constitutionnel</i>
<i>CEDH</i>	<i>Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales</i>
<i>Civ.</i>	<i>Chambre civile de la Cour de cassation</i>
<i>Crim.</i>	<i>Chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
<i>CourEDH</i>	<i>Cour européenne des droits de l'Homme</i>
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>éd.</i>	<i>Édition</i>
<i>FIVA</i>	<i>Fond d'indemnisation des victimes de l'amiante</i>
<i>FITH</i>	<i>Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>JCP</i>	<i>Juris-Classeur Périodique (Semaine juridique)</i>
<i>ONIAM</i>	<i>Office national d'indemnisation des accidents médicaux</i>
<i>RCA</i>	<i>Responsabilité civile et assurances (Revue Lexis 360°)</i>
<i>RDSS</i>	<i>Revue de droit sanitaire et social (Revue Dalloz)</i>
<i>Rép. Min.</i>	<i>Réponse ministérielle</i>
<i>Req.</i>	<i>Requête</i>
<i>RGDM</i>	<i>Revue générale de droit médical</i>
<i>RTD Civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil (Revue Dalloz)</i>
<i>Soc.</i>	<i>Chambre sociale de la Cour de cassation</i>

SOMMAIRE

INTRODUCTION

Partie 1 : Les référentiels d'indemnisation à l'épreuve des principes de la responsabilité civile

Titre 1 : Le caractère particulier du *Droit du dommage corporel* conduisant à l'adoption de normes spécifiques

Chapitre 1 : Les spécificités du dommage corporel

Chapitre 2 : La question de la supériorité du dommage corporel

Titre 2 : La conciliation entre les principes fondamentaux du *Droit du dommage corporel* face à l'adoption de référentiels

Chapitre 1 : Les principes à l'encontre de l'adoption de référentiels : les principes d'individualisation et de réparation intégrale

Chapitre 2 : Le principe récent de l'égalité en faveur de l'adoption de référentiels

Partie 2 : Les référentiels d'indemnisation, apparition d'une pratique du droit

Titre 1 : La pratique de l'évaluation du dommage corporel comme source normative

Chapitre 1 : Les référentiels d'indemnisation, un exemple de prise en compte de la soft law

Chapitre 2 : Le positionnement des acteurs de l'indemnisation des préjudices corporels envers les référentiels

Chapitre 3 : La problématique de la pluralité des référentiels des assureurs, des fonds d'indemnisation, de la justice

Titre 2 : Les référentiels d'indemnisation et l'harmonisation des pratiques

Chapitre 1 : Les référentiels et les autres solutions d'harmonisation

Chapitre 2 : La question de la mise en place d'un référentiel national unique

Préjudices corporels et référentiels d'indemnisation

INTRODUCTION

« Depuis l'homicide jusqu'à la légère blessure, depuis l'incendie d'un édifice jusqu'à la rupture d'un immeuble chétif, tout est soumis à la même loi, tout est déclaré susceptible d'une appréciation qui indemniserà la personne lésée des dommages quelconques qu'elle a éprouvés.¹ »

1. C'est par ces mots que, Tarrible, juriste et homme politique ayant participé à l'élaboration du Code civil, a présenté l'ancien article 1382 de cet ouvrage. En 1804, il énonçait en effet que « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. ». Aujourd'hui, depuis le 1er octobre 2016, la règle est toujours en vigueur avec exactement la même formulation, mais a seulement été déplacée au nouveau article 1240. Or, ce principe énoncé ainsi et expliqué par ce tribun à l'époque de sa rédaction, signifie que tout dommage doit être réparé, peu importe sa nature, peu importe le chef de préjudice concerné, puisqu'il doit s'agir selon lui d'une « réparation uniforme »². Cela témoigne d'une certaine conception de la responsabilité civile.

Pourtant, la Société et le Droit, depuis le Premier Empire, n'ont pas été dépourvus d'évolutions et de changements. C'est pour cette raison qu'est engagée une réforme du droit de la responsabilité civile, qui a donné lieu récemment à la publication d'un avant-projet de réforme³ et d'un projet de réforme⁴. Il est possible d'observer que celle-ci tient non seulement compte de ce principe de base du Code civil, tout en acceptant les mutations. D'un côté, le principe selon lequel « on est responsable du dommage causé par sa faute »⁵ est énoncé de manière générale, mais de l'autre, des articles sont consacrés à la réparation de certains dommages particuliers, notamment les dommages corporels. En effet, depuis plusieurs années, ce type de dommage a été mis à part, par sa particularité. Actuellement, l'une des spécificités de la réparation de ce type de dommage, régie par le *Droit du dommage corporel*, est de faire appel à un nouveau type d'outil juridique : les référentiels d'indemnisation. Il peut être ainsi utile d'étudier ensemble *les préjudices corporels et les référentiels d'indemnisation*.

1 TARRIBLE, Discours devant le Corps législatif sur les engagements qui se forment sans convention, 9 février 1804

2 *Ibidem*

3 *Avant - projet de loi « Réforme de la responsabilité civile »*, présenté par le Ministre de la justice le 29 avril 2016

4 *Projet de réforme de la responsabilité civile*, présenté par le Ministre de la justice le 13 mars 2017

5 Article 1241 du Projet

2. Droit du dommage corporel et responsabilité civile – Avant tout, il convient de rappeler que le *Droit du dommage corporel* est basé sur le droit de la responsabilité civile, puisqu'il consiste également aux règles encadrant la réparation des préjudices mais de préjudices particuliers que sont les préjudices corporels. La responsabilité civile consiste en l'obligation de réparer le préjudice résultant soit de l'inexécution d'un contrat, soit de la violation d'un devoir général de ne causer aucun dommage à autrui par son fait personnel, ou du fait des choses dont on a la garde ou du fait des personnes dont on répond⁶. Il crée un lien d'obligation entre deux individus sans qu'une volonté n'ait nécessairement existé. Le *Droit du dommage corporel* est donc en lien avec le droit des obligations qui a comme source principale le Code civil. Mais il touche uniquement aux dommages, ou aux préjudices, selon le terme utilisé, infligés au corps humain car corporel, du latin *corporalis*, est ce qui concerne ce corps humain.

Dommege et préjudice – Sont en effet utilisées parfois comme synonymes, tantôt l'expression « dommege corporel », tantôt la notion de « préjudice corporel ». Or, il semble qu'il soit propice de bien distinguer le dommege du préjudice. En effet, il est possible d'affirmer que le premier précède l'autre, qui en est la conséquence⁷ : le dommege entraîne le préjudice. Et même si la distinction n'est pas reconnue officiellement, elle est reconnue par les spécialistes de la matière notamment. Comme l'explique Monsieur Olivier Gout, « pour reprendre une distinction chère au professeur Lambert-Faivre, le dommege relève de l'élément factuel et le préjudice relève quant à lui du droit et exprime une atteinte aux droits subjectifs patrimoniaux ou extra-patrimoniaux subis par la victime. »⁸. Ainsi, le dommege serait l'impact de fait sur le corps humain de ce qui l'a causé, tandis que le préjudice serait la conséquence juridique du dommege. Le plus souvent, un dommege corporel entraîne des préjudices corporels. Par exemple, une lésion sur un membre peut entraîner aussi bien une perte de motricité pouvant être à la source d'une perte de gains et salaires, la victime ne pouvant plus exercer dans les mêmes conditions son travail, que des souffrances, ou encore des frais médicaux.

Les principes – La responsabilité civile comprend quelques principes à respecter en matière de réparation de n'importe quel préjudice, notamment celui de la réparation intégrale. Il impose que soit indemnisé tout le dommege, et rien que lui. Mais, ce dernier pouvant entraîner une diversité de préjudices, il convient de déterminer quels sont tous les préjudices susceptibles d'impacter la victime d'un dommege corporel, et de bien les séparer, pour être certain que tous les préjudices possibles peuvent être réparés si la victime en fait la demande mais qu'il n'y a pas de préjudices réparés plus d'une seule fois. C'est ainsi que la question des nomenclatures de préjudices s'est posée.

6 « Responsabilité civile », *Lexiques des termes juridiques*, Dalloz, 2016/2017

7 « Préjudice », *Lexiques des termes juridiques*, Dalloz, 2016/2017

8 O. GOUT, « L'émergence de nomenclatures relatives au dommege corporel », in *Le droit mis en barèmes ?*, Dalloz 2014, p.223 s

Mais la responsabilité civile est aujourd'hui attachée à un autre principe qui découle de l'intérêt plus récent pour la victime plutôt que pour l'auteur du dommage : non seulement l'idée de ce droit est avant tout, de réparer plutôt que de sanctionner, mais il convient aussi d'éviter le plus possible les disparités d'indemnisation entre les victimes. Cet objectif n'est pas simple à remplir, puisque, si la réparation en nature est le principe, c'est l'exception, la réparation par équivalent et donc en argent, qui en pratique s'applique, du fait du caractère corporel du dommage. Or, il est assez complexe de traduire une souffrance ou un déficit fonctionnel monétairement. C'est pour cela que des référentiels d'indemnisation sont apparus.

Les référentiels – Un référentiel peut se définir comme un « ensemble général dont on étudie les sous-ensembles »⁹. Le référentiel se rapproche surtout de ce qui peut permettre de regrouper des références. Or, une référence, c'est un renvoi qui est fait à un autre élément. Un référentiel permet donc de reprendre par renvoi un certain nombre d'éléments provenant de plusieurs sources afin de les rassembler. C'est en cela qu'il s'agit d'un ensemble. Quand ils vont être utilisés en matière de réparation du dommage corporel, comme cette dernière se fait devant un juge ou par transaction, il s'agira de regrouper les solutions d'indemnisation qui ont déjà été attribuées à d'autres victimes pour s'en servir dans un cas particulier afin de faire en sorte qu'une cohérence existe dans la réparation des dommages de toutes les personnes lésées. Un référentiel va ainsi présenter des montants d'indemnisation, des chiffres, ou des méthodes pour les obtenir, selon le préjudice. C'est en cela que les référentiels peuvent aussi être considérés comme des barèmes. En effet, un barème, c'est un « recueil de tableaux numériques donnant le résultat de certains calculs »¹⁰. Un référentiel est un barème dont les résultats sont issus de références.

Les référentiels d'indemnisation – Mais il faut bien distinguer deux sortes de barèmes en matière de dommage corporel. Il existe, d'un côté, les barèmes médicaux qui servent lors de l'évaluation du préjudice par un expert, première phase avant la réparation, et les barèmes d'indemnisation. Une indemnité, c'est une « somme d'argent destinée à réparer un préjudice, ou à rembourser un débours qui n'est pas à la charge du *solvens* »¹¹. Un barème d'indemnisation, en matière de *Droit du dommage corporel*, c'est donc un document qui va permettre d'indiquer quel montant monétaire doit être attribué pour réparer tel ou tel préjudice, après évaluation de celui-ci, si besoin par un autre barème, un barème médical. Un référentiel d'indemnisation prend en compte dans les montants affichés les sommes qui ont déjà été attribuées auparavant en en faisant une moyenne générale.

9 Larousse.fr <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/référentiel/67448>

10 Le Petit Robert, v° Barème

11 «Indemnités», *Lexiques des termes juridiques*, Dalloz, 2016/2017

3. Ce qui existe aujourd'hui – Ces référentiels, il en existe actuellement plusieurs. Ceux qui sont accessibles et plus communément utilisés, sont les référentiels des cours d'appel, notamment le référentiel inter-cours élaboré par des magistrats de l'ordre judiciaire réunis en un groupe de travail présidé par Monsieur Benoît Mornet et dont la dernière version date de septembre 2016¹². Il existe aussi des référentiels propres à ceux qui indemnisent, notamment les fonds d'indemnisation et les assureurs comme le référentiel de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM)¹³ ou le barème du Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA)¹⁴. Le phénomène de barémisation, plus généralement, se retrouve également dans d'autres pays que la France. C'est notamment le cas en Espagne¹⁵. En droit français, l'obtention d'un tel développement de la réparation du dommage corporel, notamment par l'intermédiaire de ce type d'outil, a connu une évolution assez lente, partant de l'expansion de l'application et des règles de la responsabilité civile à la conception des référentiels et à leur renvoi dans le projet de réforme de la responsabilité civile, en passant par l'émergence du *Droit du dommage corporel*.

4. Les bases du Code civil – Force est de constater que le *Droit du dommage corporel* est devenu un droit à part entière. Ce droit a pour objectif de réparer les dommages qu'a pu subir une personne sur son propre corps et ses conséquences. Ainsi, à l'origine, il découle de la responsabilité civile qui a pour but de faire réparer les dommages causés à un tiers par leur auteur. C'était loin d'être le droit le plus développé dans le Code civil. En 1804, seuls cinq articles y étaient consacrés.¹⁶ En effet, les bases de la responsabilité civile figurent dans le Code civil, avec l'introduction en 1804 du célèbre article 1382 introduisant une « clause générale de responsabilité » empruntée aux théoriciens du droit naturel¹⁷. Mais est considéré comme devant être réparé aussi bien le dommage causé par la faute de l'auteur intentionnellement, en cas de délit, que celui causé par pure maladresse ou négligence, en cas de quasi-délit, comme le prévoyait l'article suivant. Quelques cas de responsabilité spécifiques, notamment la responsabilité du fait des choses ou certains cas de responsabilité du fait d'autrui comme la responsabilité des parents du fait des enfants ou des commettants du fait des préposés étaient évoqués par la suite. Mais ce socle de responsabilité est tout de même issu d'une certaine évolution par rapport aux prémices de cette idée de responsabilité que l'on trouve en droit depuis des millénaires.

12 *Référentiel indicatif de l'indemnisation du préjudice corporel des cours d'appel*, Versions de 2013, 2015, 2016

13 *Référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM*, Version applicable au 1er janvier 2016

14 *Présentation du barème d'indemnisation indicatif du FIVA* <http://www.fiva.fr/>

15 F. MARISCAL et G. GONZALES, « Les systèmes d'indemnisation des dommages corporels. Etude du modèle espagnol dit « à barème » », *Gaz. Pal.*, 10 nov. 2012, n°315, p. 25 s.

16 Depuis la réforme du droit des obligations et du droit des contrats entrée en vigueur le 1er octobre 2016, il s'agit des articles 1240 et suivants du Code civil.

17 J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 1996

5. Les origines de la responsabilité civile – Ainsi, les sociétés primitives ne connurent au départ que la vengeance privée et la loi du talion qui consistait à faire subir à l'auteur d'un dommage la même affection que celle qu'il avait pu causer qui figurait dans le *Code d'Hammourabi* mille sept cent cinquante ans avant notre ère selon, entre autre, cette formule : « si c'est l'enfant du maître de la maison qu'il a tué, on tuera l'enfant de l'architecte » qui a mal construit l'édifice qui s'est écroulé sur lui. S'il s'agissait d'une atteinte aux biens, la réparation se faisait en nature. Ces règles jouaient davantage un rôle cathartique qu'un rôle réparateur. Ce n'est qu'après qu'intervient l'argent comme compensateur. Apparaissent en effet les compositions pécuniaires. Au début du VI^e siècle, la Loi Salique prévoyait ainsi des tarifs dont devait s'acquitter l'auteur du préjudice auprès de la partie lésée en fonction de l'infraction. La vengeance privée est interdite. La distinction entre le délit pénal et le délit civil, entre la sanction publique et la réparation du dommage s'opère alors, notamment à partir du XII^e siècle. Le principe de réparation par équivalent et le versement d'une somme d'argent comme réparateur de la faute commise en guise d'indemnisation sont acceptés. Encore aujourd'hui, l'un des enjeux principaux en responsabilité civile est plutôt un enjeu pécuniaire.

6. Une évolution dynamique des fonctions et du régime de la responsabilité civile – Le Code civil a finalement bien repris l'idée que ce qui doit être au centre de la responsabilité en droit civil doit être la réparation en posant le principe. Il prévoyait qu'il faut toujours qu'il y ait une faute pour reconnaître la responsabilité. Mais d'autres fonctions ont pu apparaître, et un développement très large a pu s'opérer, notamment avec les évolutions de la société moderne. Surtout, certains préjudices se sont dissociés quant à leur prise en compte par rapport aux autres.

L'apparition de la responsabilité sans faute – En 1804, était exigée la preuve d'une faute de l'auteur d'un dommage pour contraindre celui-ci à le réparer. Mais, avec l'apparition de certains risques, ont été envisagées des responsabilité sans faute, notamment la responsabilité du fait des choses à la fin du XIX^e siècle. L'industrialisation, l'apparition de nouveaux moyens de transport tels que le chemin de fer, l'automobile ou l'avion, vont créer ces nouveaux risques. La loi du 9 avril 1898¹⁸ relative aux accidents du travail crée également une responsabilité sans faute de l'employeur. Il va être considéré qu'une entité qui a créé un risque en ayant une activité particulière doit réparer le dommage même s'il n'a pas eu un comportement fautif critiquable. La responsabilité sans faute est par ailleurs particulièrement développée en doctrine en 1947 par la thèse de Boris Starck¹⁹. Apparaît alors la théorie de la garantie.

18 Loi du 9 avril 1898 concernant les responsabilités dans les accidents du travail, JORF du 10 avril 1898 p. 2209

19 B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. Rodstein, 1947

Le développement de l'assurance – C'est également au XIXe siècle que commence à se développer l'assurance, alors même que Portalis était contre cette idée²⁰, face au déclin des solidarités familiales, de l'apparition des risques et au nom de la liberté contractuelle. L'assurance devient même dans certains domaines obligatoire. Ainsi, il devient plus aisé de focaliser l'indemnisation sur celui qui est assuré pour que la réparation soit effective. A partir du moment où une personne est assurée, il n'y a plus de raison d'avoir mauvaise conscience de lui infliger une demande de réparation car la seule question qui en pratique sera posée sera celle de savoir quel organisme va devoir payer car il existe une garantie d'indemnisation sauf exceptions.

Les fonctions de la responsabilité civile – La première fonction semble être la *réparation*. Cette fonction implique que le dommage soit réparé intégralement. Mais la fonction de *sanction* de la responsabilité civile qui avait plutôt été laissée au droit pénal semble revenir en force également avec le concept d'amende civile qui est notamment prévu par le projet de réforme de la responsabilité civile à l'article 1266-1. Egalement, la question d'introduire le concept propre au droit américain des dommages-intérêts punitifs peut parfois ressurgir dans le débat mais cela n'est pas prévu dans le projet de réforme. La fonction de *prévention*, c'est-à-dire d'un droit de la responsabilité civile qui aurait un rôle incitatif envers les citoyens à ne pas causer de dommage, est présente aussi. Le projet de réforme prévoit ainsi à son article 1266 une disposition consacrée à la cessation de l'illicite permettant au juge de prescrire toute mesure pour prévenir ou arrêter le dommage et à son article 1237 la possibilité de prise en charge des dépenses préventives.

Le développement tardif de l'idée dommage – Les évolutions semblent surtout se concentrer autour du concept de fait générateur ou même du lien de causalité²¹. Les sources de faits générateurs se multiplient, que ce soit concernant le fait personnel, le fait des choses ou le fait d'autrui, grâce à la jurisprudence. Des théories autour du lien de causalité se développent avec d'un côté la théorie de l'équivalence des conditions et de l'autre celle de la causalité adéquate et plus récemment l'idée de causalité alternative. Pourtant, en parallèle, les mécanismes autour du dommage finissent par se développer. Au départ, c'est surtout la réparation des préjudices patrimoniaux qui compte. La réparation des préjudices extrapatrimoniaux est évoquée à partir du XIXe siècle mais suscite alors des critiques de la part de la doctrine, par exemple pour le préjudice d'affection²². Aujourd'hui l'importance du dommage passe aussi par l'émergence de droits spécifiques à certains dommages.

20 PORTALIS, in *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil*, 1838 : « L'homme est hors de prix : sa vie ne saurait être un objet de commerce, sa mort ne peut devenir la matière d'une spéculation mercantile. Ces espèces de pactes sur la vie ou sur la mort d'un homme sont odieux, et ils peuvent n'être pas sans danger. La cupidité qui spéculé sur les jours d'un citoyen est souvent bien voisine du crime qui peut les abréger »

21 S. PORCHY-SIMON, « La nécessaire réforme du droit du dommage corporel », *Etudes offertes à H. Groutel*, Litec 2006 p. 359 s. : « le préjudice « oméga » de notre droit de la responsabilité, finalité même de toutes les évolutions légales et jurisprudentielles, apparaît, sous de rares exceptions, totalement négligé ».

22 S. PORCHY-SIMON, « Brève histoire du droit de la réparation du dommage corporel », *Gaz. Pal.*, 9 avr. 2011, p. 9

L'émergence d'un *Droit du dommage corporel* – Dans les années 1990, le *Droit du dommage corporel* commence à devenir une matière à part entière. Des Fonds d'indemnisation propres à l'indemnisation de ces préjudices apparaissent²³. Le concept de solidarité présent dans l'évolution de la responsabilité civile est encore plus présent en ce qui concerne ce dommage particulier. La réparation de ces préjudices-ci est posée comme principe²⁴. Mais il semble manquer un encadrement de l'évaluation de ce dommage si spécifique, notamment d'une méthodologie, comme le soulignent Mesdames Yvonne Lambert-Faivre et Stéphanie Porchy-Simon²⁵. Cette dernière souligne également les lacunes de cette matière à cette époque quant à l'absence d'autonomie voire d'indemnisation de certains préjudices patrimoniaux tel que le préjudice sexuel, l'absence de distinction marquée entre préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux. La poursuite des évolutions se produit dans les années 2000. La loi du 4 mars 2002 sur la santé pose la règle selon laquelle, en matière d'indemnisation des dommages corporels, la gravité de l'atteinte conditionne les modalités du droit à indemnisation.

7. Le chemin vers une nomenclature et des référentiels – Toutes ces évolutions vont conduire à l'adoption de normes nouvelles. En 2005, un groupe de travail présidé par Monsieur Jean-Pierre Dintilhac rend un rapport²⁶ présentant une nomenclature des préjudices issus de dommages corporels avec un découpage selon les catégories de préjudices : préjudices directs et indirects, patrimoniaux et extrapatrimoniaux, temporaires et permanents. Cette nomenclature est devenue nécessaire puisque, fin 2006, la réforme des recours des tiers payeurs a imposé que ces derniers se fassent poste de préjudice par poste de préjudice, impliquant de bien les distinguer. Puis la réparation du dommage corporel s'est encore distinguée à travers la réforme de la prescription puisque celle-ci a fixé une prescription de droit commun à cinq ans, sauf en matière de réparation du dommage corporel pour laquelle l'article 2226 du Code civil précise qu'elle est de dix ans, soit plus longue donc plus favorable aux victimes. Ensuite, des tentatives d'avancées ont eu lieu. En 2010, la proposition de loi dite « Proposition de loi Lefrand »²⁷ contenait des dispositions tendant à l'élaboration d'un référentiel national indicatif d'indemnisation des postes de préjudices extrapatrimoniaux. Mais cette idée a du être abandonnée avant d'être réintroduite dans le cadre de la réforme de la responsabilité civile.

23 En 1990 est créé le Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions par la loi n°90-589 du 6 juillet 1990 modifiant le Code de procédure pénale et le Code des assurances et relative aux victimes d'infraction ; En 2000 est créé le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante par la loi n°2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001

24 La Loi n°94-654 du 29 juillet 1994 dite « Loi bioéthique » reconnaît le caractère inviolable du droit à l'intégrité corporelle et fonde le droit à réparation intangible de ce préjudice.

25 Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Précis Dalloz, 2015, édition n°8, n°28, p. 21

26 *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, La Documentation française, juillet 2005

27 *Proposition de loi visant à améliorer l'indemnisation des victimes de dommages corporels à la suite d'un accident de la circulation*, votée par l'Assemblée nationale le 17 févr. 2010, Sénat, n°301

La réforme de la responsabilité civile et les référentiels – Au début des années 2000, le vaste mouvement de réforme du droit des obligations a touché la responsabilité civile. Si les réformes de la prescription, du régime général des obligations et du droit des contrats ont été entérinées, cette dernière n'a toujours pas été impactée. Deux projets, le projet Catala et le projet Terré, ont amorcé le processus. Surtout, depuis 2016, l'avant-projet et le projet de la Chancellerie ont été publiés, ce qui laisse entrouverte la porte de la réforme. Or, ces textes évoquent bien un renvoi à une nomenclature des préjudices et à un référentiel d'indemnisation pour l'évaluation des préjudices extrapatrimoniaux. En parallèle à la publication de textes, la pratique a également évolué. En effet, depuis plusieurs années, aussi bien les juges que les assureurs ou les fonds d'indemnisation ou encore les avocats se basent sur des référentiels officieux dans le cadre de l'indemnisation des dommages corporels, tels que les référentiels des cours d'appel, le référentiel de l'ONIAM ou du FIVA.

8. L'intérêt de se questionner sur les référentiels d'indemnisation en *Droit du dommage corporel* – Le *Droit du dommage corporel* est un terrain privilégié pour ces outils de l'indemnisation que sont les référentiels. Il convient donc de revenir sur ce pourquoi le *Droit du dommage corporel*, aussi bien concernant ses règles que sa place est si particulier, pour permettre d'expliquer en quoi il aurait besoin d'un mécanisme aussi spécial que celui de la barémisation. Mais il ne faut pas mettre de côté que les référentiels sont également beaucoup critiqués, puisqu'ils seraient contraires aux principes traditionnels de la responsabilité civile, que sont le principe de réparation intégrale et le principe d'individualisation de l'indemnisation, et parce qu'il ne faudrait pas oublier le côté humain des dommages corporels. Cependant, comme il a pu être constaté à travers l'évolution de la responsabilité civile, si le principe de la réparation est celui de la réparation en nature, et l'exception la réparation par équivalent, la première méthode est souvent beaucoup plus complexe à mettre en œuvre, du fait que les dommages corporels vont toucher à la personne, son corps, ses souffrances, ses possibilités de vie, et qu'il paraît difficile de replacer la personne dans une situation exactement identique à celle où elle se trouvant auparavant quand elle subit un dommage de cette sorte. La seule solution trouvée pour parvenir à un dédommagement équitable est de passer par un versement d'argent. La monnaie semble en effet être l'unique entité à pouvoir être mesurée, tout en ayant une valeur certaine, et un pouvoir de compensation satisfaisant. Comme le disait Jean Carbonnier, la monnaie est « un bien en échange duquel il est possible d'acquérir indifféremment toutes sortes de biens »²⁸. C'est en outre le bien qui est généralement échangé contre tout travail. Mais comment évaluer une souffrance en argent ? Cela semble presque impossible sans pouvoir discrétionnaire ou bien sans passer par un procédé unique à tous les agents de l'indemnisation.

28 J. CARBONNIER, *Droit civil*, Vol. 3, Les biens, 19e éd., Paris, PUF, 2000

9. La question de l'opportunité des référentiels d'indemnisation en *Droit du dommage corporel* – Il s'agit de se questionner sur la pertinence de la prise en compte de référentiels dans l'indemnisation du préjudice corporel, outils statistiques et sources sans valeur normative, ayant pu se développer dans le mouvement de la barémisation de la justice afin de répondre tant à une nécessité d'harmoniser l'indemnisation entre les victimes de préjudices corporels qu'à celle de simplifier l'évaluation de tels dommages par les juges du fond, face aux principes fondamentaux de la responsabilité civile, qui s'y opposent, à savoir le principe de réparation intégrale des dommages et le principe d'individualisation de l'indemnisation. Plus généralement, quelle est l'opportunité de l'utilisation des référentiels d'indemnisation pour l'évaluation des préjudices corporels ?

10. Depuis la fin du XIXe siècle, la jurisprudence en matière de responsabilité civile est florissante et celle-ci a mis au point un véritable régime complet de ce droit en prenant en compte un certain nombre de catégories de situations. Mais la pratique a également mis en place de multiples apports quant à ce droit spécifique, notamment celui des barèmes ou référentiels. Pour pouvoir mesurer l'opportunité de ces barèmes ou de ces référentiels, et plus précisément celle des référentiels d'indemnisation, il convient dans un premier temps de savoir si ceux-ci sont bien intégrés au sein de la responsabilité civile et du *Droit du dommage corporel*, et comment les référentiels d'indemnisation sont mis à l'épreuve des principes de la responsabilité civile (**PARTIE 1**). Il convient, dans un second temps, après les principes, de se concentrer sur la pratique, en soulignant de quelle façon les référentiels d'indemnisation sont apparus comme une pratique du droit à part entière (**PARTIE 2**).

Partie 1 : Les référentiels d'indemnisation à l'épreuve des principes de la responsabilité civile

11. Les référentiels sont apparus ces dernières années dans la pratique de l'indemnisation des préjudices corporels. Ils consistent en une nouvelle source possible du *Droit du dommage corporel* et donc plus largement de la responsabilité civile. Mais à côté de la pratique, il y a le respect des notions et des concepts aux principes du droit auquel ils sont rattachés. Et, en matière de réparation des préjudices corporels, ont été créés ces dernières années des référentiels. C'est pour cela qu'il convient de savoir si ces outils sont bien intégrés dans le *Droit du dommage corporel* et de la responsabilité civile. Or, ce dernier obéit à certains principes qu'il faut s'efforcer de respecter dans chaque cas traité par lui, tels que le principe de réparation intégrale, d'individualisation de l'indemnisation. Il apparaît et il conviendra de démontrer que les deux premiers ne sont pas forcément en conformité avec ces documents dont il est question dans cette étude. Ainsi, pour justifier leur existence, leur prise en compte et leur utilisation, il faut non seulement qu'ils aient pour but un autre principe aussi important que ces deux enjeux, pour rester dans un équilibre entre les principes applicables, mais aussi que la branche à laquelle ils sont rattachés, soit spécifique pour qu'une limite aux principes traditionnels soit acceptée.

Il peut être posée de deux façons la question de la légitimité des référentiels. En effet, les référentiels d'indemnisation en matière de dommage corporel, pourraient justifier leur présence au sein de la responsabilité civile, par le fait qu'il s'agisse d'un domaine particulier nécessitant de créer des normes spécifiques (**Titre 1**) qui peuvent être en opposition avec les principes traditionnels de la responsabilité, tout en ayant pour cause un principe opposé avec ces derniers et plus récent : le principe d'égalité entre victimes de dommages corporels (**Titre 2**).

Titre 1 : Le caractère particulier du *Droit du dommage corporel* conduisant à l'adoption de normes spécifiques

12. Selon Mesdames Yvonne Lambert-Faivre et Stéphanie Porchy-Simon, spécialistes de la matière, « le *Droit du dommage corporel* présente un caractère fondamental, car la sécurité et l'intégrité de la personne humaine sont reconnues comme des droits fondamentaux dans les démocraties modernes »²⁹. Si aujourd'hui ce droit est présenté comme une matière éminente, cela n'était pas de prime abord évident puisqu'il n'est pas un droit dit traditionnel, pilier de toutes les autres branches du Droit, comme le droit des contrats ou le droit des biens. Même s'il peut être qualifié de dérivé du droit cardinal de la responsabilité civile, mettant en jeu ses principes, il apparaît désormais comme un droit à part entière, mêlant beaucoup de disciplines telles que la médecine, le droit du travail, le droit de la circulation, le monde de l'assurance, et la responsabilité civile, le droit des contrats et le droit des obligations plus largement. Cette convergence multidisciplinaire³⁰ fait donc de ce droit un droit spécifique dont découlent deux conséquences non négligeable.

D'abord, le *Droit du dommage corporel* est un droit qui en lui-même présente des spécificités parce que le dommage corporel est lui-même spécifique par rapport aux autres (**Chapitre 1**). Mais, de surcroît, il est spécifique en ce qu'il semble présenter une supériorité par rapport à la réparation d'autres dommages (**Chapitre 2**).

29 Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Précis Dalloz, 2015, édition n°8, Avant-propos, p. XIII

30 *Ibidem*

Chapitre 1 : Les spécificités du préjudice corporel

13. Avant de revenir sur l'émergence, la constitution, le domaine, la pratique, les critiques, des référentiels ou des barèmes en matière d'indemnisation des préjudices corporels, il convient d'expliquer ce pourquoi le *Droit du dommage corporel* et le préjudice corporel lui-même sont spécifiques. En effet, les barèmes et les référentiels sont des outils particuliers et assez étrangers à la législation habituelle, et même non reconnus explicitement à ce jour par celle-ci. Or, à domaine spécifique, ses outils d'application particuliers. C'est peut-être la spécificité du *Droit du dommage corporel* qui explique pourquoi il faut utiliser des méthodes particulières, au risque de remettre en cause les principes de la responsabilité civile.

Mais il faut en outre souligner que si le dommage corporel est considéré comme un dommage spécial, au sein des dommages corporels il existe également une diversité qui font que les méthodes d'indemnisation propres à chacun seront différentes également. Or, à méthodes différentes, outils différents. Ainsi, il faut non seulement admettre que le dommage corporel étant spécifique par rapport aux autres dommages, il bénéficie d'usages particuliers que pourront être les barèmes et les référentiels (**Section 1**), mais il faut souligner aussi que les dommages corporels sont également disparates et que les usages particuliers devront s'y adapter, notamment lorsqu'on utilise des barèmes ou des référentiels (**Section 2**).

Section 1 : La spécificité du dommage corporel par rapport aux autres dommages

14. Monsieur Jean-Pierre Dintilhac explique qu'il y a une distinction à faire quant à l'indemnisation des préjudices matériels ou économiques et celle des préjudices extra-patrimoniaux³¹. Dans le premier cas, il s'agit pour lui principalement d'une question de preuve. Dans le second, l'indemnisation ne peut être que subjective. Il choisit l'exemple du préjudice moral pour perte d'un enfant et donne tous les paramètres qui feront varier l'indemnisation en fonction de la situation, « tant en fonction de l'âge de l'enfant et des parents, du fait que l'enfant soit unique ou membre d'une fratrie, de la nature des liens entre l'enfant et ses parents et d'autres éléments tels que l'état de santé physique ou psychique des parents ». Ainsi, pour l'indemnisation du préjudice corporel, il faudrait tenir compte de bien d'autres éléments, s'intéresser davantage à la situation concrète ce qui exprimerait une certaine spécificité du préjudice corporel.

La réparation des dommages corporels, un des pans importants de la responsabilité civile a donc tellement pris de place qu'elle s'en est détachée pour devenir un droit à elle seule. Il faut d'abord faire le constat que la démarcation du dommage corporel s'exprime aussi bien par l'apparition d'une matière à part entière (§1) qu'à l'intérieur du droit, que ce soit le droit en vigueur ou le droit prospectif (§2).

§1 Une démarcation des préjudices corporels comme matière à part entière

15. Aujourd'hui le *Droit du dommage corporel* est devenu une matière à part entière. Cette observation est tirée aussi bien de la place qui lui a été consacrée par la doctrine (A) que dans l'enseignement du droit (B).

A/ Le Droit du dommage corporel dans la doctrine

16. **Des ouvrages de Droit du dommage corporel** – L'ouvrage incontournable du *Droit du dommage corporel* est sans doute le *Précis Dalloz* de Madame Yvonne Lambert-Faivre et désormais également de Madame Stéphanie Porchy-Simon dont la première édition date de 1990³². S'il était nécessaire de publier près de mille pages au sujet de la réparation du dommage corporel, c'est qu'on peut la considérer comme une matière à part. Il existe également de nombreux ouvrages essentiels sur les techniques de l'évaluation du préjudice corporel³³.

31 J.-P. DINTILHAC, *Le Droit mis en barèmes ?*, « Introduction », p.223

32 Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Précis Dalloz

33 M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, LexisNexis 2015, éd. n°20 ; G. MOR, *Evaluation du préjudice corporel*, Dalloz, 2014/2015, éd. n°2

Toutefois, au début des années 1990, il semble que les règles n'étaient pas assez abouties et encadrées pour que ce soit alors considéré comme un véritable droit particulier. Pour certains, notamment l'une des grandes spécialistes de ce domaine aujourd'hui, Madame Stéphanie Porchy-Simon, l'apparition de la notion de « *Droit du dommage corporel* » avait même plutôt un but militant³⁴. Il s'agissait de faire en sorte de montrer qu'une discipline allait apparaître et surtout de pouvoir influencer le droit positif afin de mettre en place des règles propres à celle-ci car un besoin existait. Elle estime qu'à la fois, il y avait des lacunes et qu'en même temps quelques règles existaient mais étaient trop éparées et pas assez cohérentes pour que cela soit favorable aux victimes concernées.

17. La nécessité de pallier les lacunes en créant des règles – Madame Stéphanie Porchy-Simon³⁵ a fait état qu'il n'y avait pas de corps de règles spécifiques pour l'indemnisation des dommages corporels, par exemple aucune distinction entre les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux dont ces derniers n'étaient pas beaucoup mis en avant voire pour certains pas envisagés comme le préjudice sexuel. Était également reproché à l'époque le manque de définition des différents postes de préjudices propres aux dommages corporels. Enfin, la Cour de cassation se contentait toujours de renvoyer à l'appréciation souveraine des juges du fond. Il semblait manquer la précision des règles par la jurisprudence.

18. La nécessité de protéger les victimes en créant un régime indépendant – Non seulement il semblait manquer des règles mais celles qui étaient existantes semblaient trop éparées et il fallait unifier les règles propres à la réparation des dommages corporels et les mettre à part des autres. Il y avait beaucoup de confusions quant aux notions. Un brouillage existait entre la notion même de préjudice avec celle de dommage. Il y avait aussi un problème de distinction entre d'autres concepts, notamment celles d'incapacité temporaire totale (ITT) et celle d'incapacité permanente partielle (IPP) allant jusqu'à être qualifié de « dérives conceptuelles »³⁶. Comme autres dérives, étaient dénoncés au titre de « dérives légales »³⁷ le manque d'information aux victimes parce que tous les documents ne leur étaient pas transmis et en matière de montants d'indemnisation, il y eut pour certain un échec des dispositions de la loi du 5 juillet 1985 prévoyant la publication des indemnités moyennes octroyées par les juges ou en matière de transactions car ce qui en a découlé fut un fichier créé par les assureurs uniquement.

34 S. PORCHY-SIMON, « Brève histoire du droit de la réparation du dommage corporel », *Gaz. Pal.*, 9 avr. 2011, p. 9 et s., I5438.

35 *Ibidem*

36 M. BOURRIE-QUENILLET, « Pour une réforme conférant un statut juridique à la réparation du préjudice corporel », *JCP G* n°14, 3 avril 1996, I 3919

37 *Ibidem*

B/ L'enseignement du *Droit du dommage corporel*

19. L'autre preuve qui illustre que le *Droit du dommage corporel* devient une matière à part entière passe par l'enseignement. En effet, depuis plusieurs années, il existe des formations qui sont dédiées à ce droit-ci. Ainsi un *Master 2 Droit privé - Parcours Droit du dommage corporel* a été créé dans à l'Université Savoie Mont-Blanc³⁸, l'enseignement existe dans certains parcours notamment dans des Masters de Droit des assurances ou de Droit de la responsabilité³⁹, et des diplômes universitaires y sont consacrés.

§2 Une démarcation des préjudices corporels dans le droit

20. Le 13 mars 2017, a été rendu public le projet de réforme de la responsabilité civile qui accapare les civilistes après l'importante réforme du droit des contrats dont les dispositions sont entrées en vigueur le 1er octobre 2016. Ainsi, s'il convient de montrer comment actuellement les préjudices corporels se démarquent (A), il ne faut pas négliger leur place en droit prospectif (B).

A/ Une démarcation des préjudices corporels en droit positif

21. Pour que le juge reconnaisse la responsabilité de l'auteur éventuel, il va falloir montrer que les conditions de mise en œuvre de la responsabilité, sont réunies, c'est-à-dire le triptyque fait générateur, dommage et lien de causalité (1). Il faut également prouver que le dommage corporel est présent (2). Mais pour pouvoir agir en responsabilité en matière de dommage corporel, il faut mettre en œuvre une action en justice, une action en responsabilité (3). A la fin, cela permettra d'obtenir, si tous ces points sont présents, une créance indemnitaire (4). Il est possible d'affirmer que pour toutes ces étapes de la procédure en matière de responsabilité, lorsqu'il y a un dommage corporel, une différenciation se fait par rapport à l'indemnisation d'autres dommages.

1) Une différenciation quant aux conditions de mise en œuvre de la responsabilité entraînant un dommage corporel

22. Deux des conditions de la mise en œuvre de la responsabilité sont l'existence d'un fait générateur de responsabilité et d'un lien de causalité entre celui-ci et le dommage. Concernant ce dernier, les spécificités peuvent être traitées à part s'agissant du dommage corporel.

a. Le fait générateur cause d'un dommage corporel

23. Ce qui fait que le fait générateur peut sembler à part lorsqu'il provoque des dommages corporels, c'est que ce qui est caractéristique à ces derniers et qu'ils seront très souvent évolutifs.

38 « Pépites 2013 de la Fac », *Le Nouvel Observateur*, 31 janvier 2013, n°21

39 Exemples : Master 2 Droit des responsabilités de l'Université Nice Sophia Antipolis, Master 2 Professionnel Droit des Assurances à Montpellier, Master 2 - M286 – Parcours Droit des assurances...

Dès lors, il sera beaucoup plus difficile d'arriver à situer la date du fait générateur que lorsque le dommage ne se manifeste qu'en un instant donné. Ainsi, c'est pour cela qu'il peut être opportun de créer une nomenclature pour séparer ce qui est évolutif de ce qui est consolidé, nomenclature impliquant souvent la création d'un barème ou un référentiel.

b. *Le lien de causalité entre fait générateur et dommage corporel*

24. Le *Droit du dommage corporel* est propice à ce qu'un problème de lien de causalité soit rencontré. En effet, il est rare qu'une personne atteinte d'un dommage corporel ne puisse trouver qu'une seule cause à ses lésions. Ainsi, dans de nombreuses affaires, une personne subit un accident tel qu'un accident de la circulation, est hospitalisée, et finalement connaîtra d'autres dommages consécutifs du fait de son hospitalisation comme par exemple la contraction d'une maladie nosocomiale ou tout accident médical. La question sera de savoir si le responsable de l'accident originaire est aussi responsable de la maladie ou de l'accident liée à l'hospitalisation. Plusieurs théories sont en présence. Selon la *théorie de l'équivalence des conditions*, toutes les causes du dommage doivent être prises en compte comme ayant la même valeur car sans une seule de ces causes il ne se serait pas produit. Selon la *théorie de la causalité adéquate*, il faut déterminer qu'elle est la cause qui a été le véritable élément déclencheur. La Cour de cassation n'a pas tranché particulièrement pour l'une ou l'autre des théories. La reconnaissance de l'une ou l'autre a des implications pratiques. Si c'est la théorie de la causalité adéquate qui est retenue, une seule personne juridique engage sa responsabilité et doit indemniser. Les sommes qu'elle doit verser définitivement, sans recours, sont plus importantes. Or, aujourd'hui, l'indemnisation repose essentiellement sur les assureurs et les fonds. Donc c'est un enjeu pour eux si tout repose sur un seul de minimiser les indemnisations et cela peut passer par des barèmes qui prévoient notamment des maximums d'indemnisation. Ainsi, selon comment les juges reportent la responsabilité selon la théorie sur le lien de causalité, la pratique change.

2) *Une différenciation quant à la preuve du dommage corporel*

25. Le dommage corporel ne s'évalue ni ne se prouve de la même façon que pour un autre dommage. En effet, un dommage corporel consiste en une lésion subie par le corps humain. Si pour indemniser un dommage matériel, il faut généralement essayer de trouver la valeur du bien détruit ou endommagé et de demander le remboursement à hauteur de cette valeur ou une fraction de cette valeur, il semble plus complexe de donner une « valeur » à ce qu'a pu subir un corps humain. Le droit fait alors appel aux spécialistes de ce dernier : les médecins. La preuve va donc consister en un rapport d'expertise médical dont le régime probatoire est fixé aux articles 263 et suivants du Code de procédure civile.

26. L'expertise médicale – La preuve du dommage corporel passe donc dans la grande majorité des cas par un seul type de preuve : l'expertise médicale. Mais, pour passer de constatations médicales, d'analyses de symptômes, de résultats d'examens médicaux, à une évaluation chiffrée, pour permettre au juge d'attribuer un montant d'indemnisation, il faut déceler une opération particulière afin de le permettre. Il faut un lien entre le médical et le juridique. Ainsi, il existe des repères médicaux-légaux d'évaluation⁴⁰. Cela passe notamment par l'existence de barèmes médicaux. Le barème médical va permettre de transmettre l'information médicale au juge par un chiffrage du dommage. Ce n'est qu'ensuite que le juge pourra éventuellement se poser la question de l'utilisation d'un barème d'indemnisation qui permet de donner un montant par rapport au dommage.

3) *Une différenciation quant à l'action en responsabilité permettant l'indemnisation de dommages corporels*

27. L'article 2226 du Code civil prévoit une exception aux dispositions quant à la prescription de droit commun spécialement pour l'action en justice pour l'indemnisation du dommage corporel que ce soit quant au délai ou quant au point de départ de la prescription.

28. Différence quant au délai de prescription de l'action en matière de dommages corporels –

La loi du 17 juin 2008⁴¹ a réformé la prescription civile. Avant, il y avait une distinction quant à la durée de la prescription selon que l'action en responsabilité était fondée sur une action en responsabilité contractuelle ou une action en responsabilité délictuelle. La prescription était de trente ans pour une action en responsabilité contractuelle tandis qu'elle était de dix ans pour la responsabilité délictuelle en vertu de l'ancien article 2270-1 alinéa 1er. Depuis la réforme, la distinction quant au délai n'est plus faite en fonction du type de responsabilité, quelle soit tirée de l'existence d'un contrat ou non, mais est fondée uniquement sur l'existence d'un dommage corporel. Le nouvel article 2226 prévoit un délai spécifique de dix ans pour les actions en responsabilité découlant de l'apparition d'un dommage corporel alors que le délai de droit commun est un délai de cinq ans selon l'article 2224. De même, l'article L1142-28 du Code de la santé publique prévoit depuis la réforme de la prescription de 2008 que l'action en responsabilité dirigée à l'encontre des professionnels ou des établissements de santé à propos d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins et les demandes formées devant l'ONIAM se prescrivent pas dix ans. Ainsi, si la réforme de la prescription civile a harmonisé le délai de prescription de droit commun, la seule grande exception au principe du délai de cinq ans concerne le cas où la responsabilité met en jeu un dommage corporel.

40 Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Précis Dalloz, 2015, édition n°8, n°115 et s., p. 108 et s.

41 Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile

29. Différence quant au point de départ de la prescription de l'action – L'article 2224 du Code civil, depuis la réforme de la prescription civile de 2008, prescrit que les actions personnelles ou mobilières se prescrivent « à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait du connaître les faits lui permettant de l'exercer ». Il existe ainsi un « *point de départ glissant* » puisque la prescription peut commencer à courir immédiatement après la manifestation du dommage ou des années après. Cet article transcrit en matière d'action en responsabilité demandant l'indemnisation d'un dommage corporel signifierait que le délai de prescription commencerait à courir à partir du moment où la victime du dommage a connaissance ou aurait du avoir connaissance de son dommage. Mais il y a une exception en matière de dommage corporel puisque le délai de prescription commence à courir à partir de la consolidation du dommage en vertu de l'article 2226 du Code civil. La consolidation ou « stabilisation » désigne le moment où le dommage devient permanent et ne peut plus s'aggraver ou l'état s'améliorer. C'est « le moment où les lésions se sont fixées et ont pris un caractère permanent tel qu'un traitement n'est plus nécessaire si ce n'est pour éviter une aggravation, et qu'il devient possible d'apprécier « l'existence éventuelle d'une Atteinte permanente à l'Intégrité Physique et Psychique »⁴². Ainsi, la consolidation peut intervenir des années après l'apparition du dommage et donc rendre le délai de prescription très long ce qui est favorable aux victimes qui pourront toujours agir des années après. Cette idée de consolidation a un impact en matière de référentiels. En effet, ceux-ci sont calqués sur une nomenclature des préjudices qui définit tous les préjudices corporels indemnissables pour qu'à chacun de ces préjudices soit indiqué le montant de l'indemnisation ou son mode de calcul. Or, l'idée de consolidation implique de distinguer deux types de préjudices : les préjudices temporaires des préjudices permanents ou consolidés.

4) *Une différenciation quant à la créance d'indemnisation consécutive à un dommage corporel*

30. La mise en œuvre de la responsabilité permet à la victime d'obtenir une indemnisation par la création d'un lien d'obligation entre l'auteur et celle-ci. Il se manifeste par la constitution d'une créance indemnitaire. Or, une créance est un « droit en vertu duquel une personne peut en contraindre une autre à lui donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose »⁴³. C'est un droit personnel, sur une personne, qui comme tous les droits patrimoniaux figure à l'actif du patrimoine. Dès lors, ce dernier peut en disposer, peut le céder, comme il peut disposer d'un droit patrimonial. Mais il existe des exceptions, notamment car les conséquences de la patrimonialité ordinaires seront altérées ou supprimées dès lors que le droit est rattaché à la personne par un lien particulier⁴⁴. C'est le cas quand la créance d'indemnisation naît suite à la survenance d'un dommage corporel.

42 Mission d'expertise 2009 mise à jour en 2014, Journal d'information de l'AREDOC et du Centre de documentation

43 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, collection Quadrige

44 G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2011, éd. n°3, n°168, p.400

31. Limites à la patrimonialité de la créance indemnitaire en cas de dommage corporel – Il y a des conséquences au caractère particulier de la créance indemnitaire nées à l'occasion d'un dommage corporel qui limitent la possibilité de pouvoir la détacher de la personne à laquelle elle est unie. D'abord, ce type de créance n'est pas toujours disponible⁴⁵. S'il est possible de transiger à ce propos⁴⁶, ou de transmettre l'action en réparation du préjudice extrapatrimonial exercée par le défunt avant sa mort aux héritiers⁴⁷, le droit à réparation d'un préjudice extrapatrimonial en cas de décès n'est pas transmissible à ces derniers⁴⁸. Aussi, en matière de régime matrimonial de communauté, l'article 1404 du Code civil prévoit que forment des propres par nature, mêmes lorsqu'ils auraient été acquis pendant le mariage, les actions en réparation d'un dommage corporel ou moral en dépit de la présomption de communauté de l'article 1402. En revanche, comme en principe un créancier peut se servir de son droit de gage général pour saisir un bien dans le patrimoine de son débiteur, il a été admis qu'il peut aussi saisir une créance indemnisant un dommage corporel malgré le caractère personnel de la créance⁴⁹. Dès lors, il faut bien convenir que la créance indemnitaire conséquence de la survenance d'un dommage corporel a plutôt un caractère propre à la victime qui est son titulaire originaire. Cela permet de dégager l'idée que l'indemnisation d'une victime doit être faite individuellement, en tenant compte des particularités de la victimes et de la situation, *in concreto*. La création des barèmes et des référentiels est donc remise en cause par ce point puisque ceux-ci permettent d'attribuer telle montant d'indemnité pour tel dommage sans tenir compte de la victime⁵⁰.

B/ Une démarcation des préjudices corporels en droit prospectif

32. Pour certains, la spécificité de ces préjudices qui touche la personne dans sa chair devrait conduire à un traitement différent et à part. C'est d'ailleurs cette différenciation qui se profile pour les prochaines années selon les différents projets de réforme de la responsabilité civile qui ont été présentés par le Garde des Sceaux en 2016 et 2017. En effet, tant dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile d'avril 2016⁵¹ que dans le projet de mars 2017⁵², est consacrée une sous-section 1 sur les « Règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'un dommage corporel » dont les dispositions sont édictées par les articles 1267 à 1277 des deux textes.

45 *Ibidem* n°169 et s. p.400 et s.

46 C'est prévu par la loi du 5 juillet 1985 (articles 13, 18, 19, 23, 26, 34)

47 Crim., 9 octobre 1985 n°84-90.584, Bull. crim. N°305, D. 1987, p.93, note A. BRETON : « L'action engagée par la partie civile qui vient à décéder en cours d'instance se transmet à ses héritiers, que chacun d'eux l'exerce dans son intégralité et est fondé à obtenir la réparation du préjudice que l'infraction avait causé à son auteur. »

48 Civ. 2e, 21 décembre 1965, D. 1966, p.181, note P. ESMEIN ; RTD Civ. 1966, p.543

49 Ass. Plén. 15 avril 1983 n° 80-13.339, Bull. Ass. Plén., n°4, D. 1983, p.461, concl. DONTENWILLE note F. DERRIDA

50 Voir la Section 1 de la Partie 1, Titre 2, Chapitre 1 : *L'opposition de l'adoption de référentiels au principe d'individualisation de l'indemnisation*

51 *Avant - projet de loi « Réforme de la responsabilité civile »*, présenté par le Ministre de la justice le 29 avril 2016 http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avpj1-responsabilite-civile.pdf

52 *Projet de réforme de la responsabilité civile*, présenté par le Ministre de la justice le 13 mars 2017 http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf

Il faut savoir que le projet de réforme paru en mars 2017 a modifié l'avant-projet de loi d'avril 2016 en ce qu'ont été prises en compte les propositions faites grâce à la consultation publique débutée le 29 avril 2016 et achevée en juillet 2016 par des membres de la société civile et des praticiens du droit. Il est donc naturel qu'il existe des différences entre le premier texte et le second. Il convient de souligner les apports qui ont été faits à propos de la réparation des préjudices corporels en général, avant et après la consultation publique.

1) *Le traitement particulier attribué au dommage corporel dans le projet de réforme de la responsabilité civile*

33. Le cas de l'apparition d'un dommage corporel dans le cadre de l'exécution d'un contrat –

Un article spécifique du projet est consacré à la situation où un dommage corporel résulterait d'une exécution contractuelle, l'article 1233-1. Déjà dans l'avant-projet, à l'article 1233 alinéa 2, il avait été considéré que lorsqu'un dommage corporel a lieu à lors de l'exécution d'un contrat, la victime doit se fonder sur les règles de la responsabilité extracontractuelle. Le projet reprend cette idée dans un texte indépendant et ajoute un alinéa prévoyant que la victime peut toujours invoquer les stipulations expresses du contrat lorsqu'elles lui sont plus favorables que les règles de la responsabilité extracontractuelle. Cela montre que les victimes de dommages corporels sont favorisées par rapport aux autres. En effet, les règles de la responsabilité contractuelle sont moins favorables pour elles car les clauses limitatives de responsabilité peuvent être prises en compte, seul le dommage prévisible est réparé. Mais un contrat étant la manifestation de la volonté des parties qui peuvent tout prévoir, la soumission des victimes de dommages corporels aux normes de la responsabilité civile délictuelle ne peuvent pas non plus leur être défavorable si les stipulations avantagent plus la victime.

34. Une spécificité concernant les causes d'exonération – Ensuite, n'a pas été modifié la solution de l'article 1254 l'avant-projet qui consistait à considérer qu'en matière de cause d'exonération, si la victime a subi un dommage corporel, il faudra une faute lourde pour constituer l'exonération alors que ce n'est pas le cas pour les autres situations.

35. Une spécificité pour les dommages-intérêts – L'article 1262 de chacun des textes concerne les dommages-intérêts. Le changement apporté par le projet concerne la situation où un dommage corporel a été subi spécifiquement. Le projet est enrichi d'un nouvel alinéa 3 qui prévoit que dans ce domaine, la victime peut réclamer une indemnisation complémentaire si un chef de préjudice préexistant n'a pas été inclus dans la demande initiale. Cela permet à la victime de toujours se voir indemnisée de tous ses préjudices en vertu du principe de réparation intégrale, spécifiquement en matière de dommages corporels où les préjudices qui en découlent peut être nombreux.

Un autre changement est à noter concernant un cas de réduction possible des dommages-intérêts. A l'article 1263 de l'avant-projet, il était question de réduire les dommages-intérêts « en matière contractuelle » quand la victime n'a pas pris les mesures « sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice ». Cela signifiait donc qu'*a contrario*, la réduction de l'indemnité ne pouvait résulter d'une absence de diligence de la victime en matière extracontractuelle. Mais l'article 1263 du projet de 2017 élargi le domaine de réduction du pécule alloué à la matière extracontractuelle « sauf en cas de dommage corporel ». Cela montre bien à nouveau que la victime d'un dommage corporel est toujours plus avantagée que toute autre victime, même lorsqu'elle ne semble pas avoir été diligente.

36. Des modifications entre avant-projet et projet encore plus favorables – Dans la sous-section consacrée à la réparation particulière des préjudices résultant de dommages corporels, il y a eu aussi des modifications apportées suite à la consultation publique. La disposition selon laquelle les stipulations contraires à la sous-section sont réputées non écrites, et qui fait de ces règles des dispositions d'ordre public, a été remontée de l'article 1277 de l'avant-projet à l'article 1267-1 du projet donc dès le début. L'importance de ces règles qui font de la réparation des dommages corporels une réparation particulière et avantageuse par leur érection en normes d'ordre public est donc encore plus clairement affirmée dès le départ et non en toute fin des dispositions.

2) *L'appréciation du traitement particulier attribué au dommage corporel*

37. Des auteurs se félicitent de ce traitement particulier donné aux préjudices corporels. Les atteintes à l'intégrité physique ou à l'intégrité psychique devraient subir une approche particulière et il faudrait que l'indemnisation « ne se fasse pas dans les mêmes modalités que celles applicables aux dommages matériels »⁵³.

38. Tous ces points montrent que finalement, l'exception récurrente en matière de responsabilité est celle attribuée aux dommages corporels, que ce soit en droit positif ou même dans la réforme à venir. Cette observation est à mettre en perspective avec le fait que les référentiels sont en questionnement actuellement et la place faite au dommage corporel montre que des outils spécifiques peuvent lui être attribués. Comme le *Droit du dommage corporel* est devenu une discipline à part entière, l'impression qu'il éclipserait les autres types de dommages peut se présenter.

53 L.MORLET-HAÏDARA *in*, « Projet de réforme de la responsabilité civile et santé », Groupe de travail de l'Institut DroitSanté, *RDSS* 2016, p.904

39. Cette catégorie aurait pour effet « d'exproprier »⁵⁴ en partie les autres catégories de dommages. En effet, certains considèrent que comme il y a atteinte à l'intégrité physique le dommage serait plus important⁵⁵. A l'intérieur du dommage corporel, figure deux composantes : une composante corporelle concernant l'atteinte au corps lui-même, par exemple les souffrances endurées, et une composante matérielle concernant le préjudice pécuniaire directement lié à l'atteinte corporelle, par exemple les frais d'hospitalisation. C'est la distinction préjudice patrimonial et extrapatrimonial. Mais en dehors du dommage corporel, il existe un type de dommage qu'on pourrait qualifier de « purement matériel ». Dans la classification des dommages rentre enfin en compte le dommage moral. Ces deux derniers ne sont pas dépourvus de difficultés et l'application à l'évaluation de ces derniers de barèmes ou de référentiels pourrait être envisagée.

Section 2 : Les spécificités de l'évaluation de certains préjudices au sein des préjudices corporels

40. Les domaines où il existe une spécificité quant à l'indemnisation semblent être ceux rattachés aux accidents en général. Ce qui les distingue des autres concerne d'abord le fait générateur. En effet, c'est dans ces situations que s'est développée l'idée qu'il faut qu'une responsabilité sans faute existe. Comme le disait Boris Starck et d'autres auteurs travaillant avec lui, « l'extraordinaire mutation de la responsabilité civile s'est faite dans le seul domaine des accidents corporels et matériels. C'est dans ce domaine uniquement que sont apparus les cas de responsabilité sans faute »⁵⁶.

C'est ainsi qu'à partir des années 1960, des régimes d'indemnisation propres aux accidents furent proposés, notamment par André Tunc : « la cause réelle des accidents est dans le caractère dangereux des machines fixes, ou, plus encore, de ces machines mobiles que sont les automobiles et non dans l'erreur que l'on qualifie de faute. C'est ce qu'on a compris en matière d'accidents du travail. Il reste à l'admettre d'une manière plus générale et à élaborer un droit des accidents »⁵⁷. Il proposa ainsi de mettre en place des régimes spécifiques par exemple pour les accidents de la circulation ou les accidents médicaux. Mais si une distinction existe à propos du fait générateur avec la suppression de l'idée de devoir rechercher une faute de l'auteur du dommage en matière d'accidents, la distinction existe aussi quant à l'indemnisation même des dommages qui y sont liés.

54 N. VEZINA, « Préjudice matériel corporel et moral : variations sur la classification tripartite du préjudice dans le nouveau droit de la responsabilité », *Revue de droit*, Université de Sherbrooke, 1992, chron. p. 168,

Cité par X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, 2004, n°242 et suivants

55 X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, 2004, n°242 et suivants : « La supériorité du préjudices corporel »

56 B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. Responsabilité délictuelle*, Litec, 4e édition, n°570

Cité par X. PRADEL dans *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, 2004, n°242 et suivants

57 *Rapport au colloque franco-germano-suisse sur les fondements et les fonctions de la responsabilité civile*, Editions Helbing et Lichtenhahn (Bâle, Suisse), Coll. D'Etudes de l'Institut de droit international et de relations internationales, édition bilingue, n°18, 1973, pp. 19-25 - Cité par X. PRADEL dans *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, 2004, n°242 et suivants

Il est possible de distinguer deux grandes catégories d'accidents qui ont des régimes à part quant à l'évaluation du dommage car il semble qu'il y ait deux types de lieux où les accidents peuvent intervenir. D'abord, il y a les accidents de la vie, qui peuvent intervenir dans notre quotidien en tant que personnes, notamment les accidents de la circulation ainsi que les accidents médicaux (§1). Aussi, il y a les accidents propres à son activité, intervenant sur les lieux de son travail que sont les accidents du travail auxquels il est possible d'y ajouter les dommages liés à la présence de l'amiante dont l'étude est opportune en matière de barèmes (§2).

§1 La spécificité de la réparation des préjudices corporels issus du quotidien

41. Il y a deux domaines où la réparation des préjudices corporels comporte des spécificités connues et développées : en matière d'accidents médicaux (A) et d'accidents de la circulation (B).

A/ La spécificité de la réparation des préjudices corporels nés d'accidents médicaux

42. Parfois, il arrive que le corps humain défaille de lui-même ou qu'il ait au moins besoin d'une aide extérieure et spécialisée pour pouvoir se rétablir. L'individu dont il est l'enveloppe fait donc appel à la médecine. Mais les savoirs et compétences des soignants ne sont pas absolument infaillibles. Ainsi il peut arriver qu'un accident intervienne au sein même d'un établissement de soins. Comme il est souvent rappelé, les médecins n'ont pas une obligation de guérir mais bien de soigner. De plus, leur obligation n'est pas une obligation de résultat mais une obligation de moyens, du fait de l'existence d'un certain aléa. « L'homme est objet de tous les soins et de toutes les attentions de la part des médecins. Pourtant, c'est en soit « *une matière périssable* » et un être fragile. La médecine a toujours essayé d'abord de « *ne pas nuire* » (*primum non nocere*) et donc lorsque l'on prescrit et lorsqu'on envisage d'effectuer un traitement, de ne pas entraîner de complication iatrogène.⁵⁸ » Le patient n'est donc jamais à l'abri d'un accident médical.

1) L'accident médical

43. Un accident médical est défini comme recouvrant les hypothèses où un dommage corporel, de l'aggravation de l'état au décès, survient dans le cadre de l'activité médicale, que les conséquences soient issues d'un problème iatrogène, c'est-à-dire dû à l'activité médicale, ou d'une abstention⁵⁹. Il s'agit donc d'une situation qui est susceptible de se produire dans de nombreux cas. L'Observatoire des risques médicaux (ORM), organisme attaché à l'ONIAM, créé par une loi du 13 août 2004⁶⁰,

58 Dr D. POITOUT, Me I. POITOUT, « L'Homme blessé. Approche médico-légale des dommages corporels » in *Le Corps & la loi*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Organisé par l'Association Internationale pour l'Etude du Corps et de son Image, Avec la participation de l'Institut André Tunc, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, 2010

59 Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Précis Dalloz, Décembre 2015, édition n°8, n°780, p.678

60 Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie

dans son rapport de 2015⁶¹, à propos des années de 2009 à 2014, a analysé 9 384 dossiers pour un montant de prise en charge de 1 091 266 066 euros.

2) *Le Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles (FITH)*

44. Le FITH – Il faut noter aussi l'existence d'un autre fonds qui prenait en charge l'indemnisation d'un accident médical très spécifique : le Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles (FITH) qui indemnisait les victimes du SIDA contaminées par transfusion, notamment des personnes hémophiles, créé en 1991⁶². Ce fonds indemnisait un préjudice créé spécialement pour que cela concerne ce cas, le préjudice de contamination. Il recouvrait les troubles dans les conditions d'existence qui sont entraînés par la séropositivité et la survenance de la maladie elle-même et comprend tous les préjudices particulièrement liés à la contraction du virus du SIDA, c'est-à-dire la réduction de l'espérance de vie, l'incertitude sur l'avenir, la crainte de souffrances physiques et morales, l'isolement, les perturbations dans sa vie familiale et sociale, le préjudice sexuel⁶³.

45. Une première tentative de barème – Un barème avait été établi en la matière par le fonds. Il s'agissait d'un barème dégressif prenant en compte l'âge de la personne contaminée. Il était établi sur la base de la moyenne des sommes allouées par les juridictions judiciaires et administratives. Un plafond de deux millions de Francs était prévu pour être versé aux victimes ayant moins de dix-huit ans au jour de la contamination et ensuite selon l'âge le montant était dégressif. Pour une personne de quatre-vingt ans le montant était ainsi de 461 000 Francs⁶⁴. Ainsi cela montre que l'idée des barèmes dans des domaines très particuliers n'est pas nouvelle. Mais depuis la loi du 9 août 2004⁶⁵, c'est l'ONIAM qui s'est substitué au FITH dans sa compétence.

3) *L'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) et son référentiel*

46. L'ONIAM – Un organisme spécifique et dédié à l'indemnisation des dommages dus aux accidents médicaux a été créé par la loi du 4 mars 2002 : l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM). C'est l'article L1142-22 du Code de la santé publique qui le prévoit. Son rôle est de gérer l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux de manière amiable, plus rapide que la justice et gratuitement⁶⁶. L'ONIAM est un établissement public ayant un conseil d'administration composé de vingt-deux membres : onze représentants de l'Etat, neuf membres désignés par arrêté du ministre pour une durée de trois ans et deux représentants du personnel de

61 Rapport d'activité 2015 de l'Observatoire des risques médicaux

62 Loi n°91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social

63 P. JOURDAIN, « Sida : le préjudice des transfusés contaminés devant la Cour de cassation », *RTD civ.*, 1995, 626

64 *Ibidem*

65 Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique

66 <http://www.oniam.fr/indemnisation-accidents-medicaux/oniam>

l'office élus pour trois ans⁶⁷ et il est placé sous la tutelle du ministre de la Santé. C'est une dotation de l'assurance maladie qui le finance⁶⁸.

47. Le domaine de l'ONIAM – Il passe par la solidarité nationale pour pouvoir indemniser les victimes d'accidents médicaux graves en matière de vaccinations obligatoires, de contamination par le virus de l'hépatite B et C du SIDA suite à la disparition du FITH ou du T-Lymphotrope humain, de dommages causés par des mesures d'urgence nécessaire pour préserver la santé publique ou lors de soins accomplis par un professionnel en dehors de son champ de compétence, de dommages causés par l'hormone de croissance suite à la contamination par la maladie de Creutzfeldt-Jakob, de dommages causés par le Benfluorex, de recherche biomédicale si la responsabilité du promoteur n'est pas engagée⁶⁹.

48. La mission de l'ONIAM – Sa mission est double. D'un côté, l'ONIAM est débiteur des indemnités dues dans certains domaines (accidents médicaux, infections nosocomiales graves, vaccinations obligatoires, contamination par transfusion du virus du SIDA ou de l'hépatite C), et, de l'autre, il est fonds de garantie en cas de carence de l'assureur concerné en dépit de l'existence d'une responsabilité civile médicale obligatoire des professionnels de santé depuis la loi du 4 mars 2002 à l'exception des établissements publics de santé disposant des ressources suffisantes⁷⁰. Sa compétence est donc très élargie, il est très sollicité, et intervient très souvent dès lors qu'un accident médical est en cause. C'est ainsi que l'ONIAM a mis en place ses propres référentiels. Il existe un référentiel en matière d'accidents médicaux et un référentiel pour les accidents dus à la contamination par le virus de l'hépatite C.

49. L'ONIAM et son référentiel – Le référentiel qui concerne les accidents médicaux est très utilisé et commenté au sein des référentiels pris en compte. Il a été revalorisé à partir du 1er janvier 2016⁷¹.

B/ La spécificité de la réparation des préjudices corporels nés d'accident de la circulation

50. Selon l'Observatoire national interministériel de la sécurité routière, le bilan provisoire du nombre de personnes décédées en 2016 sur les routes en France serait de 3 469 personnes⁷². Le nombre de personnes blessées est encore plus conséquent car il aurait été cette année de 72 199

67 Site internet de l'ONIAM : <http://www.oniam.fr/indemnisation-accidents-medicaux/conseil-administration>

68 Article L1142-23 du Code de la santé publique

69 Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Précis Dalloz, Décembre 2015, édition n°8, n°858, p.751-752

70 Article L1142-2 alinéa 2 du Code de la santé publique et Article L251-1 du Code des assurances qui le reprend

71 C'est à partir du référentiel applicable depuis le 1er janvier 2016 que le travail de recherche a été établi.

72 <http://www.securite-routiere.gouv.fr/la-securite-routiere/l-observatoire-national-interministeriel-de-la-securite-routiere>

personnes⁷³. C'est ainsi que dans ce domaine, la prévention des accidents de la route est un enjeu politique et sociétal crucial. Surtout, que les accidents soient à l'origine de décès ou de blessures, ils peuvent conduire à l'indemnisation des victimes de ces situations. Les dommages qui en découlent sont généralement de toutes sortes : matériels à cause de la destruction ou de l'endommagement des véhicules ou du mobilier urbain, mais surtout corporels en cas de blessure ou moraux en cas de décès, pour les proches des familles. Dès lors, si la prévention des accidents est significative, la prévision des indemnités l'est également, du fait du nombre élevés de ces accidents et de l'importance de cette origine de dommage. C'est ce qui a fait que l'indemnisation des préjudices découlant de dommages liés aux accidents de la circulation est devenue spécifique.

1) Un texte dédié aux accidents de la circulation

51. La loi de 1985 – La première spécificité de la réparation de ce dommage est sans doute la mise en place d'une norme particulière : la loi du 5 juillet 1985⁷⁴ dite « Loi Badinter ». Cette loi s'applique dès lors qu'un véhicule terrestre à moteur, autre que ceux suivant des rails, est *impliqué* dans un accident, c'est à dire un événement indépendant de l'intention d'une personne de provoquer la situation, accident de la circulation⁷⁵. Le responsable, auteur du dommage, sera le conducteur du véhicule, puisque gardien. Comme il s'agit d'une responsabilité de plein droit, il n'y a pas à démontrer pour la victime une faute de l'auteur du dommage pour engager sa responsabilité. La seule façon pour lui d'être exonéré est de prouver une faute inexcusable de la victime entendue au sens de la loi de 1985 comme « la faute volontaire d'une exceptionnelle gravité exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience »⁷⁶. Quant aux victimes, elles sont particulièrement diverses : il peut s'agir d'une personne placée à l'intérieur du véhicule, un conducteur ou un passager, comme d'un piéton ou un cycliste.

2) L'omniprésence des assureurs par l'assurance automobile obligatoire

52. L'autre spécificité de la réparation de ce préjudice est qu'il existe en matière de circulation routière une assurance obligatoire depuis 1958⁷⁷. Ainsi, en France, tout propriétaire de véhicule doit souscrire une assurance automobile quel que soit l'état de celui-ci. C'est un avantage pour les victimes qui ont une quasi-certitude d'être indemnisée en cas d'accident si l'assurance a bien été

73 <http://www.securiteroutiere.gouv.fr/content/download/36255/346734/version/1/file/2017+01+23+Accidentalité+routière+2016v3.pdf>

74 Loi n°85-677 du 5 juillet 1985 *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, dite loi Badinter*

75 Article 1er de la Loi du 5 juillet 1985 : « Les dispositions du présent chapitre s'appliquent, même lorsqu'elles sont transportées en vertu d'un contrat, aux victimes d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur ainsi que ses remorques ou semi-remorques, à l'exception des chemins de fer et des tramways circulant sur des voies qui leur sont propres. »

76 Civ. 2e, 20 juillet 1987 n°86-16.287, Bull. 1987 II N° 160 p. 90 et Ass. Plén. 10 juillet 1995 n°94-13.912, Bull. 1995 A. P. N° 6 p. 11

77 Loi n°58-208 du 27 février 1958 *Institution d'une obligation d'assurance en matière de circulation de véhicules terrestres à moteur*

souscrite. L'intervention de l'assureur est d'autant plus évidente que la loi du 5 juillet 1985 a créé un dispositif d'offre d'indemnisation dans la Section III du Chapitre 1er aux articles 12 à 27 qui est codifié aux articles L 211-9 à L 211-25 et R 211-29 à R 211-44 du Code des assurances. C'est donc l'assureur qui est à l'origine des sommes qui seront proposées au titre de la réparation. Il y a donc bien un terrain privilégié à prévoir des barèmes pour qu'à chaque indemnisation l'assureur puisse savoir quels dédommagements proposer.

53. Un fonds d'indemnisation – En outre, pour être encore plus certain que les victimes puissent être indemnisées, le législateur a créé, en 1951⁷⁸, en cas de carence de souscription d'assurance de la part d'un propriétaire de véhicule, un fonds spécifique, le Fonds de garantie automobile, devenu le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO) en 2003⁷⁹. Dès lors, aussi bien les assurances qu'au moins un fonds de garantie subsidiaire sont concernés par la réparation des dommages issus d'accidents de la circulation.

54. La référentialisation prévue par la loi – Si la loi du 5 juillet 1985 en matière d'accidents de la circulation a mis en place une responsabilité indépendante dans sa mise en œuvre, elle est aussi innovante en matière de référentiels et de barèmes et cette loi témoigne du fait que l'idée d'un référentiel n'est pas nouvelle⁸⁰. En effet, l'article 26 de la loi prescrit que « Sous le contrôle de l'autorité publique, une publication périodique rend compte des indemnités fixées par les jugements et les transactions ».

Comme les compagnies d'assurances sont très sollicitées dans ce domaine, elles ont mis en place en matière d'indemnisation des accidents de la circulation des référentiels d'indemnisation. Chaque compagnie semble avoir son propre référentiel. Mais, conséquence de la disposition de la loi du 5 juillet 1985, une base de données a été mise en place par l'AGIRA (Association pour la gestion des informations sur les risques en assurance)⁸¹. Elle regroupe ainsi des groupements d'assureurs et le fonds propre à l'indemnisation des accidents de la circulation : la Fédération française des sociétés d'assurance, le Groupement des entreprises mutuelles d'assurances et le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages. Il s'agit d'un référentiel qui recense les indemnisations qui sont accordées en matière de transactions. Certains le critiquent car, *in fine*, il a été placé aux mains des assureurs uniquement et ne serait donc pas assez indépendant.

78 Article 15 de la loi n°51-1508 du 31 décembre 1951 relative aux comptes spéciaux du Trésor pour l'année 1952

79 Articles 80 et suivants de la loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière

80 B. MORNET, « Le référentiel indicatif régional d'indemnisation du préjudice corporel » in *Le Droit mis en barème ?*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, p.214

81 L. MAURIN, « Le droit souple de la responsabilité civile », *RTD Civ.* 2015 p.517

A côté, il existe un autre fichier, le FVI (Fichier des victimes indemnisées), consultable sur l'internet, pour « informer le public des indemnités allouées aux victimes d'accidents de la circulation dans le cadre de décisions prises soit par accord transactionnel, soit par voie judiciaire »⁸². Ce fichier a été créé en 1988 par les professionnels de l'assurance avec le concours du Gouvernement. Une « Commission technique FVI » permet de le contrôler et comprend des représentants de la Fédération Française de l'Assurance (FFA), le Fonds de Garantie des Assurances Obligatoires de dommages (FGAO) et l'Association pour la Gestion des Informations sur le Risque en Assurance (AGIRA) et ceux du ministère de la Justice et du ministère de l'Économie et des Finances. Mais ce qui est reproché à ces référentiels par des auteurs ou par les défenseurs des victimes, c'est qu'ils ne sont élaborés qu'unilatéralement et le risque d'opacité sur leur élaboration et de partialité existe⁸³.

55. Une tentative avortée – En matière d'accidents de la circulation et d'adoption de barèmes, il y a eu également une tentative du législateur. Dans une proposition de loi dite *Proposition Lefrand*⁸⁴, celui-ci envisageait plusieurs éléments en la matière. L'article 6⁸⁵ de la proposition prévoyait d'adopter une nomenclature des postes de préjudices qui serait alors fixée par un décret en Conseil d'Etat. L'article 2 envisageait qu'une commission *ad hoc* devrait élaborer un barème médical unique et « élaborer et mettre à jour la base de données en matière de réparation du dommage corporel visée à l'article L. 211-23 du code des assurances ». Pour la Chancellerie, cette proposition allait dans le sens de la mise en place d'un référentiel national d'indemnisation⁸⁶. Mais les dispositions ont été introduites dans proposition de loi dite Loi Fourcade⁸⁷ sur la réforme de l'hôpital et le Conseil constitutionnel a déclaré les dispositions sur la responsabilité non conformes à la Constitution⁸⁸ en considérant qu'il s'agissait d'un « cavalier législatif » sans lien avec la proposition de loi où elles avaient été intégrées. Il est à noter également que l'indemnisation en matière d'accidents de la circulation est un terrain privilégié pour les transactions par l'intervention des assureurs qui doivent proposer une offre d'indemnisation. Or, ces transactions ne sont pas toujours très équitables⁸⁹.

82 <http://www.victimesindeemisees-fvi.fr>

83 L. MAURIN, « Le droit souple de la responsabilité civile », *RTD Civ.* 2015 p.517 : « Il est permis de douter de la transparence et de l'indépendance de ces référentiels puisque ceux-ci sont alimentés et coordonnés par les compagnies d'assurance. »

84 *Proposition de loi visant à améliorer l'indemnisation des victimes de dommages corporels à la suite d'un accident de la circulation*, votée par l'Assemblée nationale le 17 févr. 2010, Sénat, n°301

85 Article 6 : Au début de l'article 31 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 précitée, il est inséré un alinéa ainsi rédigé : « Dans le cadre des procédures amiables ou contentieuses, les dommages corporels pour lesquels la victime peut prétendre à indemnisation sont déterminés suivant une nomenclature non limitative de postes de préjudice, patrimoniaux et extrapatrimoniaux, fixée par décret en Conseil d'État. »

86 Rép. Min. 80346, JO 19/10/2010, p. 11444.

87 Loi n°2011-940, 10 Août 2011 : JO 11 Août 2011, p.13787 dite « Loi Fourcade »

88 C.C., 4 Août 2011 n°2011-640 DC, JO 11 Août 2011, p.13787

89 *Voir infra n°166 et s.*

§2 La spécificité de la réparation des préjudices corporels issus de l'exercice de son activité

Deux domaines peuvent être concernés par la réparation de préjudices corporels dus à une activité professionnelle : les accidents du travail (A) et les préjudices liés à l'amiante (B).

A/ La spécificité de la réparation des préjudices corporels nés d'accidents du travail

56. A la fin du XIX^e siècle, le législateur a créé un régime spécial pour indemniser les dommages dus aux accidents du travail, notamment par une loi du 9 avril 1898⁹⁰. Si avant ces dommages étaient réparés dans le cadre des règles de droit commun exigeant la preuve d'une faute de l'employeur, c'est à cette période qu'apparaissent aussi les responsabilités sans faute dès lors que l'auteur du dommage a fait courir à risque à la victime. Cette loi fait notamment suite au célèbre arrêt *Teffaine* rendu en 1896⁹¹ et qui reconnaît la responsabilité du fait des choses à partir de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil qui ne nécessite pas non plus la preuve d'une faute.

Non seulement il n'y a plus de faute à prouver quant au fait générateur, mais l'indemnisation est aussi distincte du droit commun par cette loi puisqu'elle ne suit plus la logique du principe de réparation intégrale mais celui de la réparation forfaitaire. Il y a même une interdiction du recours de l'employé contre son employeur sur le fondement du droit commun et du principe de réparation intégrale⁹². Aussi la loi de 1898 prévoyait déjà un barème médical spécifique. Les dispositions de cette loi ont été modifiées et intégrées dans le Code de la Sécurité sociale par une loi du 30 octobre 1946 qui a également transféré aux caisses de Sécurité sociale l'indemnisation forfaitaire. Il convient de définir dans quels cas il y a accident du travail avant d'évoquer le barème médical et le barème d'indemnisation dans ce domaine.

1) L'accident du travail

57. Aujourd'hui, avec l'amélioration des conditions de travail et la prévention des accidents du travail, le nombre de ces accidents a diminué mais il reste toutefois une catégorie d'accidents à part entière et tout de même nombreux. L'article L411-1 du Code de la Sécurité sociale définit l'accident du travail comme, « quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail à toute personne salariée ou travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs ou chefs d'entreprise ». Le législateur a étendu la protection quant aux accidents du travail aux maladies professionnelles par une loi du 25 octobre 1919⁹³. Est également considéré comme un accident du travail l'accident de trajet en vertu de l'article L411-2 du Code de

⁹⁰ Loi du 9 avril 1898 *concernant les responsabilités dans les accidents du travail*, JORF du 10 avril 1898 p. 2209

⁹¹ Civ. 16 juin 1896 D.P. 1897, I, 433, note SALEILLES, concl. SARRUT ; S. 1897, I, 17, note ESMEIN

⁹² Article 451-1 du Code de la Sécurité sociale jugé conforme à la Constitution par le Conseil Constitutionnel (C.C., 18 juin 2010, QPC n° 2010-8)

⁹³ Loi du 25 octobre 1919 *Etend aux maladies d'origine professionnelle la loi du 9-04-1898 sur les accidents du travail*

la Sécurité sociale et ce depuis la loi du 30 octobre 1946⁹⁴ et celle du 23 juillet 1957⁹⁵. Est ainsi considéré comme un accident du travail un accident intervenu pendant le temps où le salarié est soumis à l'autorité de son employeur⁹⁶. Il s'agit donc bien d'un domaine où les causes de dommages et cas de dommages peuvent être nombreux.

2) L'existence d'un barème médical en matière d'accident du travail

58. Il existe un barème spécifique intitulé « Barème indicatif d'invalidité des accidents du travail »⁹⁷. Il est comme tous les barèmes en France aujourd'hui seulement indicatif. Il a pour objectif de permettre au médecin du travail de déterminer le taux d'incapacité de la victime avant de procéder à toute indemnisation en fonction de plusieurs critères : l'infirmité, l'état général, l'âge, les facultés physiques et mentales, les aptitudes et la qualification professionnelle.

3) Le caractère forfaitaire de l'indemnisation des dommages liés à un accident du travail

59. Certains estiment que les juges ont finalement toujours eu un besoin de se référer à des barèmes et que parfois cette référence est obligatoire, notamment en matière d'accidents du travail⁹⁸. La spécificité des barèmes dans le monde du travail est que ceux-ci peuvent prévoir non des montants ou des fourchettes de sommes exactes mais une variation de l'indemnité due en fonction du salaire de la victime lorsque la réparation ne se fait pas en nature.

60. Prestations en nature – Un certain nombre de frais n'ont pas à être avancés par la victime de l'accident du travail. Ainsi, le principe est celui de la gratuité des soins médicaux avec prise en charge à 100%, et du bénéfice du tiers payant qui lui permet de ne pas avancer les frais médicaux⁹⁹. L'autre principe est celui de l'aide à la réinsertion professionnelle avec la rééducation fonctionnelle et la réadaptation professionnelle et la victime bénéficie pour cela d'indemnités journalières¹⁰⁰. C'est la Caisse primaire d'assurance maladie qui prend en charge toutes ces sommes. Ainsi, il n'est pas question d'un barème quelconque dans cette situation.

61. Prestations en espèce – Les prestations en espèces sont des revenus de remplacement pour l'employé victime dont il faut prévoir quels en seront les montants. En cas d'incapacité temporaire de travail, des indemnités journalières sont versées selon un pourcentage du salaire journalier de

94 Loi n° 46-2426 du 30 octobre 1946 sur la prévention et la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles

95 Loi n° 57-821 du 23 juillet 1957 accordant des congés non rémunérés aux travailleurs en vue de favoriser l'éducation ouvrière

96 Chambre mixte, 28 juin 1962, n°59-50495 et n°59-50496

97 Annexes I de l'article R434-32 du Code de la Sécurité sociale

98 X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, 2004, n°242 et suivants

99 Articles L431-1 1° et L432-1 du Code de la Sécurité sociale

100 Articles L432-7 et L432-9 du Code de la Sécurité sociale

base. En cas d'incapacité permanente, si elle est inférieure à 10%, l'indemnisation se fait par le versement d'un capital selon le taux d'incapacité de 1% à 10%¹⁰¹. Si elle est supérieure à 10%, l'indemnité est une rente dont le calcul complexe est prévu par le Code de la Sécurité sociale¹⁰². C'est le cas aussi en cas de décès où une rente sera versée aux ayants-droit avec un pourcentage du salaire de la victime en fonction de leur lien avec celle-ci¹⁰³.

B/ La spécificité de la réparation des préjudices corporels dus à l'amiante

62. Le préjudice de l'amiante est un préjudice à part. Il est opportun de l'étudier dans le cadre des régimes spécifiques puisqu'un barème important en pratique a été créé : le barème du FIVA, le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante. Aussi, comme pour les accidents de la circulation ou les accidents médicaux, le nombre de victimes concernées est particulièrement conséquent. Si on a pu créer un fonds spécial suite à « l'affaire du sang contaminé », de nombreuses mesures ont également été prises suite à « l'affaire de l'amiante », notamment la création du fonds qui est dédié à l'indemnisation des dommages qu'elle a causés.

1) La mise à part du préjudice lié à l'amiante

63. L'amiante est un minéral qui se présente sous forme de fibres et qui a beaucoup été utilisé au niveau de l'isolation des bâtiments. Le problème de ce matériau est que les fibres d'amiante, une fois inhalées, peuvent causer de graves problèmes pulmonaires et peut causer la mort d'une personne ou des cancers de la plèvre si elle y est exposée pendant longtemps, mais seulement au bout d'un certain nombre d'années. Les personnes qui sont soumises à l'amiante le sont généralement dans le cadre de leur travail, surtout les ouvriers qui ont pu être chargés d'installer ce matériau ou qui doivent aujourd'hui désamianter les nombreux établissements qui en contiennent dans leurs murs, ou les personnes travaillant ou habitant dans des lieux où les particules d'amiante ont pu s'échapper.

64. Après une pluralité d'affaires et de rapports¹⁰⁴ mettant en lumière les dangers de cette matière, un décret du 24 décembre 1996¹⁰⁵ a interdit, sauf exceptions, l'utilisation de l'amiante en France. En effet, déjà en 1996, selon le ministère de la Santé, les mésothéliomes, cancers provoqués à 80% par

101 Article D434-1 du Code de la Sécurité sociale, Sommes prévues depuis le 1er avril 2016 : 411,12€ pour 1% de taux d'incapacité permanente, 668,20€ pour 2%, 976,44€ pour 3%, 1 541,13€ pour 4%, 1 952,33€ pour 5%, 2 414,71€ pour 6%, 2 928,25€ pour 7%, 3 493,59€ pour 8%, 4 110,06€ pour 9%.

102 Articles R434-26 et s. du Code de la Sécurité sociale

103 Articles L434-7 et s. du Code de la Sécurité sociale

104 J. PETO, J. T. HODGSON, F. E. MATTHEWS, J. R. Jones, *Continuing increase in mesothelioma mortality in Britain. Lancet*, 1995, 345(8949): 535-9 : Rapport de l'épidémiologiste J. PETO, publié en 1995, estimant que le nombre de décès dus à l'amiante en France entre 1995 et 2025 serait de 100 000.

105 Décret n°96-1133 du 24 décembre 1996 relatif à l'interdiction de l'amiante, pris en application du code du travail et du code de la consommation

l'amiante, avaient augmenté de 25% entre 1979 et 1990¹⁰⁶. Aussi, désormais, un propriétaire d'un immeuble construit avant l'année 1980 doit rechercher la présence d'amiante¹⁰⁷. Civilement, même si l'immeuble a été construit après cette date et que le propriétaire n'a donc pas l'obligation de vérifier la présence d'amiante, en cas de vente, il a un devoir général de loyauté d'informer l'acheteur de la présence de ce matériaux s'il en avait connaissance et si cela aurait empêché l'acquéreur de contracter dans les mêmes conditions sous peine que la réticence dolosive soit reconnue¹⁰⁸. Enfin, la commercialisation et l'industrialisation des fibres d'amiante sont interdites dans l'Union européenne par une directive depuis 1999¹⁰⁹. Mais, l'interdiction étant assez récente, de nombreuses personnes ont été exposées à l'amiante et la maladie a pu se développer chez elles, et d'autres le sont toujours car tous les bâtiments n'ont pas été désamiantés. De nombreuses indemnisations peuvent encore intervenir.

65. Aussi, l'autre particularité des dommages liés à l'amiante, est le temps qui peut exister entre l'exposition à ce matériaux et le déclenchement d'une maladie ou un décès. Cela crée donc pour les individus une certaine angoisse. En matière d'exposition à l'amiante, la Cour de cassation a d'ailleurs reconnu le préjudice d'anxiété pour les personnes qui n'ont pas nécessairement été reconnues comme atteintes d'une pathologie mais qui seraient de l'inquiétude permanente de l'être dans une décision de la chambre sociale du 11 mai 2010¹¹⁰. Mais il s'agit d'un préjudice qui fait partie de ceux qui sont peut-être les plus difficiles à évaluer d'où l'idée qu'il puisse exister un barème ou un référentiel afin que les victimes soient indemnisées de la même manière.

Le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante a ainsi créé ses propres barèmes.

106Bulletin épidémiologique hebdomadaire n°12, 18 mars 1996 : « Incidence du mésothéliomes dans les registres des cancers français : estimation dans la France entière »

107Article R1334-15 du Code de la santé publique

108Civ. 3e, 16 mars 2011 n°10-10.503

109Directive 1999/77/CE DE LA COMMISSION du 26 juillet 1999 portant sixième adaptation au progrès technique (amiante) de l'annexe I de la directive 76/769/CEE du Conseil concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la limitation de la mise sur le marché et de l'emploi de certaines substances et préparations dangereuses

110Soc., 11 mai 2010 n°09-42.241 à 09-42-257, D. 2010, 2048

2) *Le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA) et ses barèmes*

66. Il a été fait appel à la solidarité nationale afin d'indemniser les victimes de l'amiante puisqu'un fonds dédié à la réparation de leurs dommages a été créé par une loi du 23 décembre 2000¹¹¹ : le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA). Il peut être saisi aussi bien par les victimes elles-mêmes que par les ayants-droit de celles-ci en cas de décès dès lors que deux éléments sont établis : l'exposition à l'amiante et une atteinte avérée à la santé de la personne¹¹². Mais comme la maladie liée à l'exposition à l'amiante a été reconnue comme étant une maladie professionnelle¹¹³, il existe une présomption d'imputabilité et du lien de causalité entre l'exposition à l'amiante et la maladie ou le décès opposable au FIVA dès lors que le caractère professionnel de la maladie est admis¹¹⁴. Tout comme en matière d'accidents de la circulation ou d'accidents médicaux pour les assureurs, le fonds est soumis à l'offre obligatoire, pour chaque chef de préjudice. Ainsi, comme c'est le fonds qui est à l'origine de la proposition du montant de l'indemnisation, il était opportun de créer un barème pour l'aider à fixer les sommes proposées. Le FIVA a donc créé, d'une part, son propre barème médical et d'autre part, un barème indicatif d'indemnisation en 2003.

67. Le barème médical du FIVA – Ce barème a pour objectif de fixer un taux d'incapacité plancher en fonction de la pathologie qui pourra être majoré en fonction des symptômes de la victime¹¹⁵. Ainsi, en cas de plaques pleurales ou d'épaississements pleuraux (lésions de la plèvre), les taux sont respectivement de 5% et 8%, pour l'asbestose (fibrose ayant des effets sur la fonction respiratoire), c'est 10%, pour un cancer ayant un lien de causalité avec l'inhalation d'amiante c'est 100% avant réévaluation après opération et 70% s'il n'y a plus d'évolutivité et pour un mésothéliome, c'est toujours 100% car c'est un cancer dû à 80% à l'amiante et incurable¹¹⁶.

68. Le barème d'indemnisation du FIVA – Le barème d'indemnisation du FIVA reprend les distinctions de la nomenclature Dintilhac car il distingue l'indemnisation des victimes directes de celle des victimes indirectes, les ayants-droit, et à l'intérieur de chaque catégorie il distingue les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux. La dénomination des postes de préjudices de chaque catégorie reprend aussi celle de la nomenclature Dintilhac. Ce qui change ce sont surtout les sommes allouées ce qui peut montrer que le FIVA est plus ou moins favorable aux victimes que les autres organismes ayant des référentiels.

111 Article 53 de la Loi n°2000-1257 du 23 décembre 2000 *de financement de la sécurité sociale pour 2001* et Décret n°2001-963 du 23 octobre 2001 *relatif au fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante*

112 Civ. 2e, 20 novembre 2014 n°13-26.693

113 Annexe II : Tableaux des maladies professionnelles prévus à l'article R. 461-3 du Code de la sécurité sociale, Tableau n°30

114 Civ. 2e, 21 décembre 2006, n°06-13.056 et n°06-13.545, Dalloz Actualité, 5 févr. 2007, obs. Cortot ; Civ. 2e, 18 mars 2010 n°09-65.237

115 M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, LexisNexis, 2015, édition n°20, Annexe 7, « L'indemnisation des victimes de l'amiante » par N. MELIN p. 411 et s.

116 *Barème médical du FIVA* consultable sur l'internet : <http://www.fiva.fr/fiva-pro/bareme-m.php>

Chapitre 2 : La question de la supériorité du préjudice corporel

69. Selon Monsieur Xavier Pradel, il existerait une supériorité du préjudice corporel¹¹⁷, que ce soit en droit français ou même dans les droits étrangers en raison de l'éminence de la dignité de la personne humaine et de l'inviolabilité du corps humain qui sont des principes fondamentaux. Il explique qu'il y aurait récemment eu un redécoupage des différentes catégories de préjudices et que nous sommes passés d'une classification bipartite opposant les préjudices patrimoniaux aux préjudices extra-patrimoniaux en mettant en relief en son sein le préjudice corporel, à une classification tripartite constatant la cohabitation entre préjudices corporels, patrimoniaux et extra-patrimoniaux, avec une vraie mise à part des premiers.

Partant des théories développées par Boris Starck dans sa thèse, il explique que la supériorité du préjudice corporel peut aussi être expliquée par la nouvelle focalisation sur l'indemnisation de la victime plutôt que sur la faute et que c'est en matière de dommages corporels qu'est apparue la notion de responsabilité sans faute. Plus pragmatiquement, il reprend les explications d'André Tunc¹¹⁸ qui a proposé de créer des systèmes d'indemnisation qui seraient spécifiques aux accidents causant des dommages corporels tels que les accidents de la circulation ou des accidents médicaux et de distinguer ce qui relève de la preuve d'une faute de ce qui relève des accidents.

Il est possible de soutenir que les préjudices corporels ont une certaine supériorité selon deux composantes distinctes. D'abord, la supériorité passe par le fait que ce sont des préjudices qui sont associés à un domaine particulièrement signifiant puisqu'ils touchent à la personne humaine et au corps humain (**Section 1**). Ensuite, il faut remarquer qu'il semble que le préjudice ait en plus d'une supériorité plutôt symbolique une supériorité quantitative (**Section 2**).

117X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, 2004, n°242 et suivants

118Rapport au colloque franco-germano-suisse sur les fondements et les fonctions de la responsabilité civile, Editions Helbing et Lichtenhahn (Bâle, Suisse), Coll. D'Etudes de l'Institut de droit international et de relations internationales, éd. bilingue, n°18, 1973, pp. 19-25, cité par X. PRADEL

Section 1 : Une évaluation des dommages touchant à la personne humaine et au corps humain

70. L'évaluation des dommages corporels est nécessairement particulière puisqu'elle touche à la personne humaine et au corps humain. Il s'agit d'une spécificité du *Droit du dommage corporel* découlant de principes fondamentaux que sont le droit à l'intégrité physique et le principe de dignité humaine (§1) et qui font que la réparation de tels dommages doit être encore plus tournée vers la victime (§2).

§1 Une réparation particulière du dommage corporel découlant du droit à l'intégrité physique et du principe de dignité humaine

71. Il semble que le droit à voir son dommage corporel réparé découle de deux droits fondamentaux. D'abord, le dommage corporel serait *avant tout* l'atteinte portée à l'intégrité physique de la personne¹¹⁹. Or, le droit à l'intégrité physique est bien considéré comme un droit fondamental. Ainsi, si le dommage corporel est une atteinte à l'intégrité physique, c'est nécessairement aussi une atteinte au droit à l'intégrité physique. Donc, il est possible de dire que le droit à voir réparer le dommage corporel découle directement de ce droit fondamental. Ensuite, ce droit aurait pour origine « la prééminence du préjudice corporel découle directement de l'éminente dignité de la personne humaine »¹²⁰.

Il découlerait donc bien de deux droits fondamentaux : celui du droit à l'intégrité physique et celui du droit à l'intégrité humaine. Ce qui fait la force de ces droits et qui explique toute l'importance de ce qui en est la conséquence est leurs fondements (A) et le droit à voir son dommage corporel réparé est bien associé à ces droits (B).

A/ Les fondements du droit à l'intégrité physique et du principe de dignité humaine

72. La promotion et la protection des droits fondamentaux se fait d'abord surtout dans les textes internationaux et ces droits sont également repris dans les textes nationaux. C'est le cas du droit à l'intégrité physique et du principe de dignité humaine que l'on retrouve aux deux niveaux. C'est justement par leur valeur normative internationale, légale voire constitutionnelle que ces droits ont une place privilégiée. Ainsi il convient d'étudier la place du droit à l'intégrité physique et du principe de dignité humaine dans les textes internationaux (1) et en droit français (2) pour voir en quoi l'indemnisation des préjudices corporels qui en découle serait supérieure.

119F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 11e éd., n°708, p.767

120X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, 2004, n°242 et suivants

1) Le droit à l'intégrité physique et le principe de dignité humaine dans les textes internationaux

73. Il existe de multiples conventions, chartes, déclarations internationales à propos des droits fondamentaux. Les principales d'entre elles qui prévoient des droits d'un point de vue général et non dans des domaines particuliers et qui pourront concerner le principe d'intégrité physique et de dignité humaine sont la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (CEDH)¹²¹, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹²², le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)¹²³, la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH)¹²⁴.

Les conventions qui ont le plus d'impact sont sans doute les conventions européennes car des juridictions particulières, la Cour européenne des droits de l'Homme au niveau du Conseil de l'Europe et la Cour de justice de l'Union européenne au niveau des communautés européennes en assurent l'application et ont des jurisprudences fructueuses dans ce domaine.

74. Le droit à l'intégrité physique et le principe de dignité humaine dans la Convention européenne des droits de l'Homme – Le mot « dignité » ne figure pas expressément dans le corps de la Convention mais deux de ses articles rendent bien compte de son attache à son respect. En effet, les articles 3 et 4 sont des articles qui prohibent la torture, les peines ou traitements inhumains ou dégradants ainsi que l'esclavage et le travail forcé. Aussi, le Protocole n°13 à la Convention qui interdit la peine de mort en toutes circonstances considère que cette prohibition est « essentielle [...] à la pleine reconnaissance de la dignité inhérente à tous les êtres humains ». C'est surtout dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme que le renvoi à ce droit existe et est rattaché aux articles 3 et 4¹²⁵.

Le terme de droit à « l'intégrité physique » ne figure pas non plus mais il découle au moins de l'article 3¹²⁶. Il peut aussi découler de l'article 8 sur le droit au respect de sa vie privée¹²⁷.

121 *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Rome, 4 novembre 1950

122 *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2000/C 364/01, Journal officiel des Communauté européennes, 18 décembre 2000

123 *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, New York, 16 décembre 1966

124 *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Assemblée général des Nations Unies, Paris, 10 décembre 1948

125 Pour le renvoi à la **dignité humaine**, par exemple, dans l'arrêt CourEDH, 26 juillet 2005, *Siliadin contre France*, il est fait référence à la dignité humaine à de nombreuses reprises puisque le but de l'arrêt est de savoir si les conditions de travail et d'hébergement de la requérante étaient ou non « incompatibles avec la dignité humaine » et donc attentatoire à l'article 4 de la Convention.

126 CourEDH, 25 avril 1978, *Tyrer contre Royaume-Uni* : les « buts principaux » de l'article 3 sont « la dignité et l'intégrité physique »

127 Que le droit à l'intégrité physique et morale soit englobé par le droit au respect de sa vie privée protégé par l'article 8 de la Convention a été consacré dans un arrêt CourEDH, 26 mars 1985, *X. et Y. contre Pays-Bas* et il s'agit d'une « jurisprudence constante » (voir par exemple CourEDH, 25 mars 1993, *Costello-Roberts contre Royaume-Uni*).

75. Le droit à l'intégrité physique et le principe de dignité humaine dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Le droit à la dignité est essentiel selon la Charte des droits fondamentaux puisqu'il est prévu dans le Chapitre 1er de ce texte. Ainsi l'article 1er consacre que « la dignité humaine est inviolable ». Et le droit à l'intégrité physique découle de ce droit à la dignité puisque l'article 3 dispose que « Toute personne a droit à son intégrité physique et mentale ».

76. Le principe de dignité humaine dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques – Dans le préambule du pacte, non seulement la dignité est reconnue, mais il est précisé que les droits énoncés dans le pacte « découlent de la dignité inhérente à la personne humaine ». Elle est donc considérée comme l'un des premiers droits fondamentaux. L'article 10 lui consacre le droit à la dignité pour les personnes privées de liberté. C'est donc le premier droit et un droit applicable à tous. Comme la France est partie à ce pacte depuis le 4 novembre 1980¹²⁸, elle se doit donc de faire appliquer ce principe.

77. Le droit à l'intégrité physique et le principe de dignité humaine dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme – A nouveau la Déclaration Universelle des droits de l'Homme, comme les autres textes, de la dignité un principe dont découle les autres droits fondamentaux et qui en est le fondement dans son préambule. Dès son article 1er, il est indiqué que « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ». Même si ce document n'a pas de valeur contraignante, il a tout de même une aura non négligeable en ayant inspiré de nombreux textes consacrant des droits fondamentaux.

Le droit à la dignité et à l'intégrité physique étant consacrés dans des textes de droits fondamentaux dont la France est partie, cette dernière se doit de les faire appliquer dans sa législation.

2) *Le droit à l'intégrité physique et le principe de dignité humaine en droit français*

78. C'est la loi bioéthique du 29 juillet 1994¹²⁹ qui a reconnu le caractère inviolable du droit à l'intégrité corporelle. En effet, l'article 16 introduit dans le Code civil par cette loi dispose que « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie » tandis que l'article 16-1 pose le principe selon lequel le corps humain est « inviolable ». L'article 16-3 pose quant à lui la limite selon laquelle « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain » que dans des cas limités.

128P.-H. IMBERT, « La France et les traités relatifs aux droits de l'Homme », *Annuaire français de droit international*, Année 1980, Volume 26, Numéro 1, p. 31 à 43

129Loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JO 30 juillet 1994

Ainsi le principe est celui de la protection de l'intégrité physique et du respect de la dignité avec des exceptions qui ne peuvent être prévues que par la loi. Ces exceptions touchent principalement à la « nécessité médicale » ou « l'intérêt thérapeutique d'autrui » sous réserve du consentement de la personne¹³⁰. Donc, chacun devrait pouvoir agir pour garantir le respect de son intégrité physique et de sa dignité.

79. La constitutionnalisation des droit à la dignité et à l'intégrité physique – Non seulement la loi pose comme droit le respect des principes de dignité et d'intégrité physique, mais ils ont également une valeur constitutionnelle¹³¹. Dans sa décision du 27 juillet 1994 sur les lois de bioéthique¹³², le Conseil constitutionnel a estimé que « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle » et que l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine, principes énoncés par les lois de 1994, tendaient à assurer le respect du principe de sauvegarde de la dignité humain.

Le droit à la dignité et à l'intégrité physique sont donc des droits essentiels parmi les droits fondamentaux et comme la réparation du dommage corporel en découle, ce dernier est lui tout aussi fondamental.

B / L'application du droit à l'intégrité physique et du principe de dignité humaine aux préjudices corporels

80. La valeur des principes de respect de la dignité humaine et de protection de l'intégrité physique permettent de mettre en évidence tout l'importance de la réparation des dommages corporels **(1)**. On peut se demander si les référentiels et barèmes leurs font référence **(2)**.

1) La nécessaire indemnisation des préjudices corporels comme conséquence de droits fondamentaux

81. Si ont été reconnus les droits fondamentaux que sont le droit à la dignité et et le droit à l'intégrité physique comme ayant une valeur constitutionnelle, le droit à réparation pour une victime de son dommage a également été reconnu de la sorte. En effet, dans une décision du 9 novembre

130Article 16-3 du Code civil

131A noter que le respect de la dignité n'est pas inscrit dans la Constitution et que seules les décisions du Conseil Constitutionnel l'ont consacré mais une proposition de révision de l'article 66 de la Constitution du Comité VEDEL qui n'a pas abouti prévoyait qu'il soit inscrit que « Chacun a droit au respect de sa vie privée et de la dignité de sa personne ». (Proposition de révision de l'article 66 de la Constitution rendue par le Comité Consultatif pour la révision de la Constitution au Président de la République le 15 février 1993, JO, 16 février 1993, p.2537 et s.)

132Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*

1999¹³³, le Conseil Constitutionnel que la faculté d'agir en responsabilité découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 qui prescrit que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». Selon les juges constitutionnels, ce qui était prescrit par l'ancien article 1382 du Code civil, découle de la Déclaration de 1789.

82. La problématique que peuvent soulever certains auteurs, notamment ceux qui soutiennent la thèse selon laquelle le préjudice corporel serait supérieur¹³⁴, avec la constitutionnalisation, c'est que le droit à réparation de tous les dommages est érigé à un rang supérieur et non seulement le droit à réparation des dommages corporels. Comme a pu le souligner Madame Geneviève Viney à propos de cette décision des juges constitutionnels, cela peut ainsi conduire à « rigidifier »¹³⁵ le droit positif d'autant que le lien entre l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen n'est pas évident selon elle. Il ne suffit donc pas de consacrer le droit à réparation de manière globale pour légitimer un traitement spécifique qui serait mis en place pour la réparation du dommage corporel.

Pourtant, cela permet de donner une valeur constitutionnelle à la réparation des préjudices car les textes qui ont cette valeur ne les évoquent pas. Seuls l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen consacre que la propriété est un droit inviolable et sacré, l'article 11 prohibe l'abus du droit à la liberté d'expression et l'article 4 réprime l'abus de droit¹³⁶. Cela ne concerne aucunement la réparation du dommage corporel.

83. Mais, il y a d'un côté, en plus, les principes de dignité humaine et d'intégrité physique qui sont primordiaux et doivent être appliqués et de l'autre, le principe de la réparation d'un dommage est également inévitable. Or, un dommage corporel crée nécessairement une atteinte à l'intégrité physique voire à la dignité. Le droit d'agir en réparation de son préjudice corporel est donc doublement fondamental parce qu'il porte sur le corps humain. Cela fonde le droit à réparation intangible de ce préjudice.

La conséquence, c'est que la reconnaissance du droit à réparation d'un préjudice corporel permettrait de tenir en échec toute tentative de limitation de ce droit par la loi ou par une convention¹³⁷. Ainsi, le dommage corporel serait « assurément caractérisé » avec tous ces principes fondamentaux¹³⁸.

133 Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*

134 Xavier PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, 2004, n°242 et suivants

135 G. VINEY, « Responsabilité civile », *JCP G* n°50, 13 décembre 2000, n°280

136 Xavier PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, 2004, note de bas de page n°1093, p.315

137 Xavier PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, 2004, n°256, p.314

138 J. BOURDOISERAU, *L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations*, LGDJ 2010, n°226 et s.

2) La référence aux droits fondamentaux et les référentiels

84. En théorie, les référentiels devraient permettre de mieux arriver à déterminer l'évaluation d'un dommage en étant un outil privilégié pour leur indemnisation et ainsi permettre d'appliquer le droit à voir son dommage corporel réparé qui découlerait des droits fondamentaux que sont le droit à la dignité et à l'intégrité physique. D'ailleurs, les référentiels eux-mêmes évoquent ces droits.

En effet, dans les référentiels ou barèmes, il est donnée une définition développée pour chaque chef de préjudice prévu. Certains d'entre eux, que l'on va retrouver dans bon nombre de cas d'indemnisation car ils ne sont pas forcément spécifiques mais vont toucher presque toutes les victimes de dommages corporels, permettent selon le référentiel l'indemnisation de l'atteinte à la dignité ou à l'intégrité physique.

85. Ainsi, dans le référentiel inter-cours de 2013, le préjudice extra-patrimonial, direct et temporaire que sont les souffrances endurées, sont définies comme s'agissant « d'indemniser les souffrances tant physiques que morales endurées par la victime du fait des atteintes à son intégrité, dignité et intimité présentées et des traitements, interventions, hospitalisations qu'elle a subis depuis l'accident jusqu'à la consolidation »¹³⁹. Cette référence existe également à propos de la définition du déficit fonctionnel permanent où il s'agit de « réparer à la fois l'atteinte au droit, à la dignité et à l'intégrité de la personne et le choc ou l'émotion subis par cette personne qui ne relèvent pas de la science médicale ».

Dans les deux cas, il est mis en évidence que la réparation de ces atteintes là ne peuvent pas relever du médical et qu'il faut bien distinguer deux préjudices, le préjudice qui relève des constatations médicales et le préjudice « résultant de la commission de l'infraction, indépendamment des constatations médicales ». Il y aurait d'un côté, l'atteinte au corps humain identifiable par la médecine et de l'autre l'atteinte aux droits fondamentaux. Cela veut bien dire que parce que les préjudices corporels ont parfois une origine qui tient à la préservation de l'intégrité du corps humain et de la dignité humaine, il y a nécessairement une part de subjectivité dans l'évaluation du dommage qu'il est difficile de combler par un simple barème qui s'appliquerait à tous de façon identique.

86. Enfin, l'atteinte à la dignité permet également d'inscrire au titre des préjudices réparables dans les référentiels et barèmes celui des besoins en tierce personne. Selon le Rapport Dintilhac, les sommes dues au titre de l'assistance tierce personne ont notamment pour objectif de permettre à la

¹³⁹Référentiel inter-cours, Version de Mars 2013, 3.3.2. *Souffrances endurées*

victime de voir restaurer une part de sa dignité, elles « visent à indemniser le coût pour la victime de la présence nécessaire, de manière définitive, d'une tierce personne à ses côtés pour l'assister dans les actes de la vie quotidienne, préserver sa sécurité, contribuer à restaurer sa dignité et suppléer sa perte d'autonomie »¹⁴⁰.

87. Donc, non seulement la réparation du dommage corporel est couverte par la nécessaire protection de deux droits fondamentaux que sont le respect de la dignité humaine et de l'intégrité physique mais en outre, la réparation spécifique de ces atteintes est prévue par la réparation de préjudices particuliers tels que celle des souffrances endurées, du déficit fonctionnel ou du remboursement de l'assistance tierce personne et l'on retrouve bien cette idée dans les référentiels. On y retrouve également l'idée que désormais le *Droit du dommage corporel* est essentiellement tourné vers l'indemnisation de la victime.

§2 Un Droit du dommage corporel tourné vers l'indemnisation de la victime

88. Pour le professeur Stéphanie Porchy-Simon¹⁴¹, et d'autres auteurs¹⁴², l'origine de la démarcation du *Droit du dommage corporel* par rapport au reste de la responsabilité civile remonte à la thèse de Boris Starck sur la théorie de la garantie¹⁴³. Elle explique que contrairement à la vision traditionnelle de la responsabilité civile, il ne faut pas se focaliser sur le comportement de l'auteur du dommage mais sur la victime elle-même. Déjà depuis plusieurs siècles, le rôle de la responsabilité civile n'est pas pour la victime une volonté de vengeance dans le même ordre d'idée que la loi du talion, ni celui de sanction de l'auteur du dommage car c'est une mission réservée au droit pénal. Aujourd'hui, le *Droit du dommage corporel* et la responsabilité civile sont tournés vers l'indemnisation de la victime. C'est ce qui compte, c'est l'enjeu sous-jacent qu'il faut garder en mémoire dans le cadre de toute indemnisation en matière civile. Si la réparation de tout dommage est tournée vers cette indemnisation de la victime (A), c'est encore plus vrai pour la réparation du dommage corporel (B).

A/ Une réparation du dommage tournée vers l'indemnisation de la victime

89. Si les auteurs ont souligné que la réparation était tournée vers la victime, c'est d'abord en observant l'émergence de la responsabilité sans faute (1), puis le législateur et la jurisprudence semblent avoir repris aussi cette idée (2).

140 *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, Groupe de travail présidé par J.-P. DINTILHAC, Juillet 2005, p.34

141 S. PORCHY-SIMON, « Brève histoire du droit de la réparation du dommage corporel » : *Gaz. Pal.*, 9 avr. 2011, p. 9 et s., 15438.

142 X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, 2004, n°242 et suivants

143 B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. Rodstein, 1947

1) *L'émergence d'une responsabilité sans faute*

90. Le droit de la responsabilité civile est chargé de permettre l'indemnisation des victimes de dommages. Mais il y a eu une évolution quant au type de responsabilité. L'article essentiel et presque fondateur de la responsabilité est l'ancien article 1382 du Code civil qui prescrivait que « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » et qui a été repris à l'article 1240. Aussi bien l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile d'avril 2016 que le projet de réforme de mars 2017 mentionnent également en leurs articles 1241 l'exigence d'une faute de l'auteur du dommage entraînant la mise en œuvre de la responsabilité¹⁴⁴. Ainsi selon ces articles la victime doit prouver la faute de l'auteur du dommage pour que sa responsabilité soit reconnue. Il y avait finalement un lien entre culpabilité et responsabilité.

91. Responsabilité sans faute – Mais on sait que depuis la fin du XIXe siècle a été découverte une responsabilité sans faute avec le mouvement de l'objectivisation de la faute. En effet, le fait générateur de responsabilité suppose au départ un élément matériel, c'est-à-dire la commission ou l'omission de l'acte de l'auteur du dommage et un élément moral, son intention. Dès lors qu'on ne se concentre que sur l'objectif d'indemniser la victime, l'élément moral disparaît.

92. Prises de risques – Si ce mouvement a en effet eu lieu, c'est parce qu'il est devenu primordial d'accorder une indemnisation aux victimes dans des cas particuliers et nouveaux. C'est surtout l'apparition de nouveaux risques qui a contribué à cette idée. Dès lors que la situation ne pose pas de spécificité quant au risque, il faut prouver une faute d'un individu pour engager sa responsabilité. Mais en cas de prise de risque il n'y a plus de faute à prouver et la mise en cause de la responsabilité est plus simple. L'auteur du dommage sera responsable seulement car il a créé un risque. Il y a une réelle distinction entre le comportement de l'auteur du dommage et la nécessité de l'indemnisation. Il est possible d'être responsable mais pas nécessairement aussi coupable.

Ainsi, si on met de côté le comportement fautif ou non de l'auteur du dommage et la nécessité de punir de dernier, il y a alors objectivisation du fait générateur du dommage. Mais il est possible d'envisager aussi une objectivisation de la réparation, en mettant en place des référentiels ou barèmes dénoués de toute connexion avec le comportement des individus et la situation. Cela remettrait profondément en cause le principe d'individualisation de l'indemnisation.

¹⁴⁴Article 1241 de l'Avant-projet de réforme de la responsabilité civile d'avril 2016 : « Toute faute oblige son auteur à réparer le préjudice qu'elle a causé. » et Article 1241 du Projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017 : « On est responsable du dommage causé par sa faute ».

Ces considérations ont une conséquence : en cas de dommage corporel, parce que l'essentiel y est encore davantage l'indemnisation de la victime, il ne doit pas être nécessaire de prouver une éventuelle faute du responsable du dommage pour que la victime voie son dommage réparé puisque ce qui compte est l'indemnisation de la victime.

2) Un législateur et une jurisprudence dévouée à la cause des victimes de dommages corporels

Il semble que la jurisprudence française essaie d'être la plus favorable possible aux victimes.

93. Aide à la preuve du lien de causalité – La victime est avantagée dans un cas où elle a subi un dommage à cause d'une personne mais que les événements ou la science sont incapables de faire ressortir qui parmi les potentiels responsables doit engager sa responsabilité, dont on est certain qu'un seul est *in fine* l'est. En effet, la jurisprudence a reconnu la théorie de la causalité alternative. Elle pose ainsi une règle de preuve en créant une présomption selon laquelle s'il y a deux potentiels responsables et la certitude qu'au moins l'un est responsable, alors les deux engagent leur responsabilité, à charge pour eux de prouver qu'ils ne le sont pas avec un renversement de la charge de la preuve. La question se retrouve presque uniquement dans des cas où un dommage corporel a été subi et le plus souvent en matière médicale. Cela a été consacré dans l'affaire du Distilbène¹⁴⁵, ou de l'hépatite B¹⁴⁶. Ainsi il semble qu'en cas de dommage corporel les juges essaient de trouver un moyen pour favoriser les victimes.

94. L'éviction des causes d'exonération – D'abord, il faut savoir que les clauses limitatives de responsabilité ne peuvent être prévues en matière de responsabilité délictuelle puisqu'il n'y a possiblement qu'en matière de responsabilité contractuelle, basée sur un outil prévisible, le contrat, qu'elles seraient envisageables.¹⁴⁷ Ensuite, sont reconnues comme causes d'exonération traditionnellement la force majeure ou le cas fortuit, le fait d'un tiers ou la faute de la victime¹⁴⁸. Mais une place particulière est faite au dommage corporel. Ainsi, l'article 1254 du projet de réforme de la responsabilité civile prévoit que dans ce cas, seule la faute lourde de la victime peut entraîner une exonération partielle de la responsabilité de l'auteur du dommage.

145Civ. 1ère, 24 septembre 2009 n°08-16.305, Bull. civ. I, n°187 ; JCP G 2009, n° 44, 381, obs. S. Hocquet-Berg ; D. 2009. AJ 2342, obs. I. Gallmeister, et 2010. Pan. 51, obs. P. Brun ; RDSS 2009. 1161, obs. J. Peigné ; RTD civ. 2010. 111, obs. P. Jourdain : « Qu'en se déterminant ainsi, après avoir constaté que le DES avait bien été la cause directe de la pathologie tumorale, partant que Mme Y... avait été exposée in utero à la molécule litigieuse, de sorte qu'il appartenait alors à chacun des laboratoires de prouver que son produit n'était pas à l'origine du dommage, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

146Civ. 1ère, 22 mai 2008 n°06-10.967, Bull. civ. I, n° 149 ; D. 2008, p. 1544

147Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Précis Dalloz, 2015, n°607, p.557

148Ibidem, n°611 et s., p.560 et s.

95. Influence sur les organismes d'indemnisation – Lorsque les possibilités d'indemnisation sont favorisées pour les victimes pour qu'elles soient plus sûres d'être indemnisées, cela va avoir pour effet d'augmenter les contributions des assureurs ou des fonds d'indemnisation sur qui pèse au final la charge de l'indemnisation. Ces derniers ne sont pas favorables à cela. C'est aussi pour cette raison qu'ils vont essayer de rationaliser l'indemnisation en fixant des sommes selon leurs barèmes ou référentiels afin d'éviter les dérives.

B/ Une réparation du dommage corporel tournée vers l'indemnisation de la victime

96. Pour Mesdames Yvonne Lambert-Faivre et Stéphanie Porchy-Simon dans leur Précis de *Droit du dommage corporel*, la distinction entre responsabilités objective et subjective aurait pour critère de distinction l'atteinte à l'intégrité physique¹⁴⁹. Ce qui compterait ne serait pas de savoir si la personne auteur du dommage a commis une faute mais l'impératif serait de préserver une exigence de sécurité particulière résultant du fait que le dommage corporel porte atteinte, comme il l'a déjà été exposé, à des droits fondamentaux cruciaux tels que le droit à la protection de l'intégrité physique ou même selon les auteures du Précis à la sécurité publique et à la paix sociale. En revanche, elles soulignent que les dommages matériels ou moraux ne mettent pas en jeu de telles considérations où il est « normal que la responsabilité pour faute demeure ». La conséquence est que, spécifiquement en matière de dommage corporel, la réparation sera tournée vers la victime, tantôt directe (1), tantôt indirecte (2).

1) Une réparation du dommage corporel tournée vers l'indemnisation de la victime directe

97. La première des personnes vers laquelle le droit semble vouloir se tourner à propos de l'indemnisation des dommages corporels est sans doute la victime directe elle-même, puisque c'est elle qui a subi les dommages sur son propres corps et sur laquelle les préjudices découlant de ces dommages vont se répercuter en premier. D'ailleurs, dans les classifications des préjudices présentées par la nomenclature Dintilhac et reprise par les juges ou les référentiels, c'est la première grandes catégories. A l'intérieur de cette catégorie, sont distingués les préjudices patrimoniaux des préjudices extrapatrimoniaux. Or, la justification de l'indemnisation des premiers lorsque l'idée à maintenir est l'indemnisation de la victime, est légèrement différente de celle qu'on peut donner à l'indemnisation des seconds. Et dans les deux cas, l'évaluation du dommage suivra une méthode différente.

98. La nécessaire indemnisation des frais exposés– *In fine*, indemniser les préjudices patrimoniaux de la victime directe, c'est surtout lui permettre de se voir rembourser les frais qu'elle

149Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Précis Dalloz, 2015, n°24, p.16

a du exposer pour lui permettre de voir son état revenir si possible à ce qu'il était avant l'accident au nom du principe de réparation intégrale et du principe même de la responsabilité civile qui a et effet pour objet de permettre à la personne touchée de pouvoir revenir à son état antérieur. C'est la responsabilité civile dans sa fonction de *réparation*. C'est bien cette fonction qui est mise en exergue par rapport aux fonctions de prévision ou de sanction. La fonction indemnitaire se traduirait notamment par la construction d'un régime propre à la responsabilité civile¹⁵⁰.

Mais cela permet aussi à tous les acteurs de cette remise en état antérieure, notamment aux professionnels de santé, aux agents de l'économie qui fournissent des prestations ou des biens, d'être certains de se voir payés. Il y aurait ainsi aujourd'hui la recherche d'un équilibre entre l'utilité économique, la responsabilisation des acteurs, notamment économiques, et la justice sociale, notamment dans l'esprit des textes de projets de réformes¹⁵¹.

99. Au niveau des référentiels qui reprennent ces classifications, cette justification là témoigne d'une véritable différence de traitement accordée pour l'indemnisation des préjudices qui en découlent. En effet, généralement, pour l'indemnisation des préjudices patrimoniaux, dans les référentiels, il n'y a pas de montants précis indiqués pour déterminer les sommes dues mais plutôt des indications pour savoir quels frais sont à prendre en compte et comment.

Liste des préjudices patrimoniaux subis par la victime directes selon la nomenclature Dintilhac¹⁵² :

- **Préjudices patrimoniaux temporaires (avant consolidation)**
 - Dépenses de santé actuelles
 - Frais divers
 - Pertes de gains professionnels actuels
- **Préjudices patrimoniaux permanents (après consolidation)**
 - Dépenses de santé futures
 - Frais de logement adapté
 - Frais de véhicule adapté
 - Assistance par tierce personne
 - Pertes de gains professionnels futurs
 - Incidence professionnelle
 - Préjudice scolaire, universitaire ou de formation

Il s'agit bien majoritairement de frais exposés ou de pertes d'argent qui sont à rembourser.

150M. MEKKI, « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile : maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile », *Gaz. Pal.*, 14 juin 2016, p. 17 à 19.

151Ibidem

152Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, *La Documentation française*, juillet 2005

100. La nécessaire indemnisation des répercussions sur la personne de la victime – L'autre catégorie de préjudices directs sont les préjudices extrapatrimoniaux. Pour ces préjudices en particulier, il s'agira d'une indemnisation plus subjective où les disparités entre les indemnisations selon les juridictions pourront être les plus présentes.

Liste des préjudices extrapatrimoniaux subis par la victime directes selon la nomenclature Dintilhac¹⁵³ :

- **Préjudices extra-patrimoniaux temporaires (avant consolidation) :**
 - Déficit fonctionnel temporaire
 - Souffrances endurées
 - Préjudice esthétique temporaire
- **Préjudices extrapatrimoniaux permanents (après consolidation):**
 - Déficit fonctionnel permanent
 - Préjudice d'agrément
 - Préjudice esthétique permanent
 - Préjudice sexuel
 - Préjudice d'établissement
 - Préjudices permanents exceptionnels
- **Préjudices extrapatrimoniaux évolutifs (hors consolidation):**
 - Préjudices liés à des pathologies évolutives

Ces préjudices portent davantage la marque de l'atteinte à l'intégrité physique de la personne. Pour les préjudices patrimoniaux ils se conjuguaient avec le verbe *avoir* tandis que ceux-ci se conjuguaient avec le verbe *être*.¹⁵⁴ Les préjudices extrapatrimoniaux ne sont pas une simple compensation économique d'une valeur patrimoniale mais la « réparation satisfaisante de l'atteinte à un droit de la personnalité fondamentale : *l'intégrité de l'être* »¹⁵⁵. C'est ainsi que l'évaluation ne pourra pas suivre la même méthode. C'est ici que les référentiels ou barèmes vont venir créer des fourchettes d'indemnisation pour savoir dans quel ordre de grandeur se situe la somme à allouer selon tel préjudice mais en faisant en sorte que le juge ait une marge de manœuvre pour prendre en compte la situation des personnes. Ainsi, pour les souffrances endurées ou le préjudice esthétique permanent, le référentiel inter-cours ou le référentiel de l'ONIAM prévoient des montants d'indemnisation selon le degré de gravité fixé par l'expert sur une échelle sur sept¹⁵⁶.

153 *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, La Documentation française, juillet 2005*

154 Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Précis Dalloz, 2015, n°195, p.170-171

155 *Ibidem*

156 *Référentiel inter-cours*, Version de septembre 2016, p.53 et p.57 ; *Référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM*, Version applicable au 1er janvier 2016, p.10 et p.13

2) *Une réparation du dommage corporel tournée vers l'indemnisation des victimes indirectes*

101. Les victimes indirectes ou victimes « par ricochet » sont des tiers qui vont devenir victimes du fait du dommage corporel initial dont est directement atteinte la victime immédiate¹⁵⁷. Le dommage par ricochet est ainsi un préjudice matériel ou moral éprouvé par répercussion du dommage subi par la victime directe par les personnes qui lui sont proches, proches par la parenté ou l'alliance, l'affection ou la profession¹⁵⁸.

102. Consécration de l'indemnisation des victimes indirectes – C'est la jurisprudence qui a ajouté ce type de préjudice indemnisable, le législateur n'ayant jamais prévu de liste des préjudices indemnisables. Elle a notamment admis l'indemnisation du préjudice matériel subi par la concubine de la victime décédée¹⁵⁹ ou la transmission de l'action en réparation du dommage moral subi par la victime avant sa mort¹⁶⁰. Comme toute victime, le critère pour que la victime par ricochet puisse voir son préjudice indemnisé est que le préjudice soit certain, direct, personnel et licite¹⁶¹.

103. Une indemnisation présente uniquement en cas de dommage corporel de la victime directe – Mais la victime par ricochet ne subit nullement un dommage corporel puisque ce dernier ne peut être subi que par la victime directe sur son propre corps. Elle subit un dommage matériel, par exemple par la privation de subsides du fait du décès de son parent, ou un dommage moral, notamment le préjudice d'affection. En revanche, la victime directe va toujours subir un dommage corporel, et généralement celui-ci consistera en son décès. L'indemnisation des victimes par ricochet a donc essentiellement pour domaine la réparation de dommages subis du fait du dommage corporel.

104. La seconde catégorie de préjudices indemnisables – Les préjudices subis par la victime par ricochet se placent donc à côté des préjudices subis par la victime directe comme une seconde catégorie avec laquelle elle ne peut se confondre. C'est ainsi que la nomenclature Dintilhac a d'abord opposés comme deux grands types de préjudices, avant de distinguer les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux ou temporaire et permanent, que sont les autres grandes divisions des préjudices corporels, les préjudices subis par la victime directe des préjudices subis par les victimes indirectes. A l'intérieur de ces deux grandes catégories, on retrouve les deux autres types de caractérisations susmentionnées.

157Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Précis Dalloz, 2015, n°231, p.219

158« Dommage par ricochet », *Lexiques des termes juridiques*, Dalloz, 2016/2017, p.400

159Chambre mixte, 27 février 1970, *Dangereux*, n°68-10276, GAJC, Vol. II, 13e éd., n° 188-189 ; D. 1970, note Combaldieu ; *JCP G* 1970, II, 16305, concl. Lindon, note Parlange

160Chambre mixte, 30 avril 1976, n°74-90.280 ; D. 1977, p.185, note M. Contamine-Raynaud

161Chambre mixte, 27 février 1970, *Dangereux*, n°68-10276, préc.

D'autres auteurs distinguent eux les préjudices subis en cas de blessure et ceux subis en cas de décès¹⁶² qui reprend quasiment la même distinction puisque les préjudices par ricochet seront plus facilement indemnisable dans le second cas.

105. Une place essentielle dans les référentiels et barèmes – Comme les référentiels et les barèmes reprennent le plus souvent la classification des préjudices établie par la nomenclature Dintilhac, la deuxième partie de ceux-ci est donc consacrée à l'indemnisation de des préjudices subis par les victimes indirectes. Comme la victime directe va nécessairement subir un dommage corporel, et que dans ce domaine les référentiels et barèmes sont une source qui devient inévitable, l'indemnisation de ces préjudices indirects est donc directement concernée par le phénomène de barémisation.

106. L'indispensable barémisation pour l'indemnisation du préjudice d'affection – C'est d'ailleurs à propos d'un préjudice particulier subi par les victimes indirectes uniquement que l'utilisation des barèmes ou référentiels et la différence entre eux seront très significatives : le préjudice d'affection. En effet pour les préjudices patrimoniaux que sont les frais d'obsèques, les pertes de revenus ou autres frais, généralement cela ne pose pas de difficulté et les référentiels se contentent d'indiquer quels seront les frais à prendre en compte ou non et tout se jouera avec les preuves apportées par les victimes, notamment des factures. Pour l'autre préjudice extrapatrimonial des victimes indirectes, le préjudice d'accompagnement, cela dépend des référentiels. Par exemple le référentiel inter-cours ne fixe pas de fourchette d'indemnisation¹⁶³ alors que le référentiel de l'ONIAM prévoit une « base forfaitaire de 300€ à 500€ par mois selon le cas d'espèce »¹⁶⁴.

Pour le préjudice d'affection, les référentiels et barèmes principaux, même celui du FIVA, prévoient des tableaux de correspondance où sont fixées des sommes ou fourchettes de montants en fonction des proches touchés et de leur lien avec la victime directe. Il semble qu'en cela la barémisation est un outil indispensable pour les juges car il est très difficile d'estimer en argent quelle pourrait être la valeur du préjudice moral, du sentiment de peine subi par le proche d'une personne disparue. D'ailleurs, les souffrances sentimentales ne seraient jamais vraiment « réparées » par le paiement d'une somme¹⁶⁵.

162M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, LexisNexis 2015, éd. n°20

163Référentiel inter-cours, Version de septembre 2015, p.57 et Version de septembre 2016 p.69

164Référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM, Version applicable au 1er janvier 2016, p.16

165Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Précis Dalloz, 2015, n°262, p.237

107. Mais cela permet de donner un ordre d'idée d'indemnisation aux magistrats qui pourraient se sentir démunis face à une telle demande d'indemnisation s'ils la reconnaissent. L'indemnisation de ce préjudice est parfois critiquée même si elle est aujourd'hui admise¹⁶⁶ et « entrée dans nos mœurs juridique »¹⁶⁷. Et le passage par la barémisation est d'ailleurs pour certains auteurs inévitable¹⁶⁸ malgré le principe de réparation intégrale.

108. Ce qui est significatif, est que la prise en compte de ces préjudices indirects est bien tourné uniquement vers le motif d'indemnisation des victimes et non vers la mise en cause de la responsabilité de l'auteur car elle étend la nécessité de l'indemnisation à d'autres individus que ceux ayant réellement subis le dommage corporel.

Section 2 : Une évaluation des dommages corporels supérieure par sa mesurabilité

109. Il y a deux façons de mesurer une données : il est possible de faire une étude quantitative ou bien une étude qualitative. Mesurer la quantité, c'est donner un résultat en terme de nombre quand l'objet d'étude peut être compté. Mesurer la qualité, c'est plutôt donner un résultat en terme de valeur. Il semble possible d'affirmer que, concernant le préjudice corporel, celui-ci peut paraître aussi bien supérieur quantitativement que qualitativement. Quantitativement, il pourrait être supérieur en ce que l'indemnisation met en jeu des sommes plus importante (§1). Qualitativement, il pourrait être supérieur par la valeur qui lui est donnée avec le renvoi aux référentiels et barèmes (§2).

§1 Une indemnisation du préjudice corporel coûtant plus cher que l'indemnisation des autres préjudices

110. La réparation du préjudice corporel serait un enjeu supplémentaire qui marquerait sa supériorité aux autres préjudices, non seulement parce qu'il touche à l'humain, mais aussi parce que sa réparation semble mettre en jeu des sommes d'argent plus importantes que plus la réparation d'autres préjudices. Ce préjudice serait donc supérieur du point de vue de la valeur numéraire. Le préjudice corporel coûterait plus cher que les autres et, indéniablement, coûterait très cher selon une analyse quantitative¹⁶⁹. Si les enjeux économiques posés par l'indemnisation du préjudice corporel sont indéniables (A), ils vont parfois conduire à une limitation de cette indemnisation (B).

166CE, 24 novembre 1961, *Consorts Letisserand*, n°48841 : admission de la réparation du préjudice d'affection par le Conseil d'Etat à partir de cet arrêt.

167*Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel*, Juin 2003 dit « Rapport Lambert-Faivre », p.28

168 Martine BOURRIE-QUENILLET, « Pour une réforme conférant un statut juridique à la réparation du préjudice corporel », *JCP G* n°14, 3 avril 1996, I 3919, note n°18 : « G. Viney, dans son commentaire du projet Tunc, déclarait en 1981 : "La réparation du préjudice d'affection n'est, à note avis, acceptable, que si elle est forfaitaire" »

169X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, 2004, n°250

A/ Les enjeux économiques de l'indemnisation du préjudice corporel

111. Ce qui va surtout se jouer lors de la réparation du dommage corporel une fois celui-ci reconnu, c'est de savoir quel sera le montant de la somme engagée par la personne qui va payer. Et dans la majorité des cas, la véritable entité qui verse les sommes dues *in fine* est soit une compagnie d'assurance, soit un fonds d'indemnisation.

112. Les différences entre barèmes et référentiels – Ceci pourrait expliquer en partie pourquoi les barèmes et référentiels ne prévoient pas les mêmes indemnisations selon les rédacteurs de ceux-ci, d'autant plus que ces barèmes sont relativement fréquents en ce domaine puisqu'il est plus difficile de chiffrer le préjudice. Les référentiels définis par des fonds d'indemnisation ou des assureurs devraient alors être globalement moins favorables aux victimes, moins généreux, qu'un référentiel uniquement basé sur des décisions de justice rendues par des juges censés respecter le principe de la réparation intégrale et non être en faveur d'une partie ou d'une autre.

113. Les différences entre les indemnisations – Cela explique aussi les divergences d'indemnisation selon non plus ceux qui indemnisent mais ceux qui décident de l'indemnisation. Souvent, le règlement de litiges liés à l'indemnisation de préjudices corporels est considéré comme plus défavorable aux victimes lorsqu'il se joue par l'intermédiaire d'une transaction plutôt que tranché par un juge¹⁷⁰.

B/ L'encadrement économique de l'indemnisation du préjudice corporel

114. Si le dommage corporel présente une supériorité économique quant à l'indemnisation, au nom du principe de réparation intégrale, il ne faudrait pas que les juges, par un excès sentimentalisme soient excessivement généreux avec les victimes de dommages corporels. C'est ainsi qu'on peut observer des limitations économiques prévues pour cette indemnisation (1) et surtout un bornage de celle-ci avec le phénomène de barémisation (2).

1) Les limitations économiques de l'indemnisation du préjudice corporel

115. Les impératifs monétaires sont tellement importants qu'ils peuvent conduire à porter atteinte au principe de réparation intégrale. En effet, certains systèmes juridiques, notamment le droit français, au nom de considérations économiques, créent des dérogations à ce principe dans des régimes particuliers d'indemnisation des préjudices pour plafonner les indemnisations en créant des barèmes forfaitaires¹⁷¹. C'est le cas en France pour la réparation des préjudices résultant d'accidents du travail ou en matière de responsabilité des transporteurs.

¹⁷⁰Voir *infra* n°166 et s.

¹⁷¹Ph. PIERRE et F. LEDUC, *La réparation intégrale en Europe*, étude effectuée par l'Iode de Rennes et le centre de recherche de droit privé de Tours, Larcier, 2012, p.36-37

116. Mais si le coût plus important de la réparation du préjudice corporel peut parfois aller dans le sens de ceux qui indemnisent au détriment des victimes, des auteurs soulignent aussi qu'il peut être observé l'effet inverse. Ainsi, Monsieur Xavier Pradel, dans sa thèse sur le préjudice dans le droit civil de la responsabilité, soutient qu'il existerait des « dérives » dans l'indemnisation des préjudices corporels extra-patrimoniaux. Il explique qu'il y aurait deux causes à cet effet qui porterait atteinte au principe de réparation intégrale : l'existence d'une double indemnisation et d'évaluations exagérées. Il cite un arrêt de la Cour d'appel de Paris ayant octroyé en 1989 la somme de deux millions trois cent mille francs à une personne âgée de soixante-deux ans contaminée par le virus du SIDA à la suite d'une transfusion¹⁷². Aujourd'hui, cela correspondrait à une somme d'un peu plus de cinq cent trente mille euros¹⁷³.

2) *La solution du bornage des montants alloués pour l'indemnisation du préjudice corporel par les référentiels*

117. L'intérêt du barème ou du référentiel est qu'il va permettre de fixer un minimum et un maximum. Le coût de la réparation des dommages corporels pose deux problématiques.

L'exigence d'un minimum d'indemnisation – D'un côté, il a été démontré que le dommage corporel touchant au corps humain et ayant souvent des répercussions entraînant des frais importants, il faut faire en sorte que la victime soit correctement indemnisée, que les dommages-intérêts qui lui sont attribués ne soient pas dérisoires, et cela que ce soit au nom du principe de réparation intégrale ou de la focalisation sur l'indemnisation de la victime. Il y aurait donc une sorte de minimum sous-jacent que cette dernière devrait recevoir en terme de sommes d'argent.

L'idée d'un maximum d'indemnisation – Mais d'un autre côté, il a aussi été observé que parfois, comme les considérations quant à la personne humaine sont importantes, des dérives peuvent se faire sentir quant à l'indemnisation alors que le principe de réparation intégrale a pour conséquence qu'il faut réparer tout le préjudice mais rien que le préjudice parce que le but n'est pas de punir l'auteur du dommage mais seulement d'indemniser. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas reconnus en droit français et ne sont pas prévus dans la réforme de la responsabilité civile¹⁷⁴. D'où l'idée qu'il serait possible d'envisager un maximum d'indemnisation si l'on tient tout de même compte de celui qui indemnise.

¹⁷²CA Paris, 7 juillet 1989, Courtellemont, *Gaz. Pal.* 1990 II, p.752

¹⁷³Source : Site de l'INSEE, *Convertisseur Franc-euro*, <https://www.insee.fr/fr/information/2417794>, somme exacte : 538 719,36 € en 2016

¹⁷⁴Il y a seulement un article 1266 dans l'Avant-projet et un article 1266-1 dans le Projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 consacrés à l'amende civile mais elle n'est envisageable qu'en cas de faute lourde et s'agissant d'une amende elle n'est pas versée à la victime.

118. Le référentiel ou le barème comme outil de fixation d'un minimum et d'un maximum –

Ainsi, l'outil qui reprend le plus cette idée de bornage de montants à attribuer au titre de l'indemnisation, est le référentiel ou le barème sous forme de fourchettes d'indemnisation que ce soit pour prévoir un minimum ou un maximum. Que l'on soit face à un barème ou à un référentiel, généralement, les sommes qui sont prévues d'être allouées pour un chef de préjudice particulier ou pour une graduation de gravité du préjudice ne sont pas des sommes fixes mais des fourchettes de montants. Ce sera le cas quand il est difficile de donner un montant fixe ou une méthode de calcul ou de prise en compte des frais engagés. Par exemple, en matière de préjudice scolaire, et en cas de perte d'une année scolaire, le référentiel inter-cours prévoit quatre montants différents selon que la victime était écolier, collégien, lycéen ou étudiant donc parvient à fixer des sommes fixes car il n'y aura probablement pas à moduler en fonction des circonstances¹⁷⁵. En revanche, le référentiel de l'ONIAM considère que ce préjudice doit être indemnisé selon le cas d'espèce¹⁷⁶. D'autres fois il s'agit de donner une méthode de calcul. Ainsi, pour les préjudices professionnels temporaire ou permanents, il est généralement indiqué une méthode pour calculer les pertes de gains professionnels en fonction du salaire¹⁷⁷. Pour les dépenses de santé actuelles, notamment les frais d'hospitalisation, les référentiels indiquent quels frais engagés doivent être pris en compte¹⁷⁸.

Mais concernant certains préjudices ce sont des fourchettes de montants qui sont souvent prévus. C'est remarquable concernant le préjudice d'affection. Ainsi, le référentiel inter-cours¹⁷⁹ et le référentiel de l'ONIAM¹⁸⁰ présentent en fonction du proche touché par le décès de la victime dans quel écart doit se situer l'indemnisation.

Si l'on peut considérer que de prévoir un maximum peut être une contrainte pour l'indemnisation des victimes, le fait qu'il s'agisse d'une variation permet de retrouver l'application du principe d'individualisation de l'indemnisation car ce sera au juge de l'indemnisation, s'il se réfère au barème ou au référentiel, de trancher entre une indemnisation plus faible ou plus forte à l'intérieur de cet écart. Par exemple, pour le préjudice d'affection du concubin, partenaire ou conjoint, le référentiel de l'ONIAM prévoit une fourchette de 15 000€ à 25 000€, celui du groupe de travail de Monsieur Benoît Mornet de 20 000€ à 30 000€. L'écart reste significatif pour le juge qui doit trouver la bonne indemnisation.

175Référentiel inter-cours, Version de septembre 2015, p.25 et Version de septembre 2016 p.51

176Référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM, Version applicable au 1er janvier 2016, p.9

177Référentiel inter-cours, Version de septembre 2015, p.23 et p.29, Version de septembre 2016 p. 37 s., p.43 s., p.46s.

178Référentiel inter-cours, Version de septembre 2015, p.23, Version de septembre 2016 p.36 ; Référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM, Version applicable au 1er janvier 2016, p.8

179Référentiel inter-cours, Version de septembre 2015, p.56, Version de septembre 2016 p.83

180Référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM, Version applicable au 1er janvier 2016, p.17

§2 Une démarcation du préjudice corporel par sa valeur : le renvoi à des barèmes et référentiels

119. La barémisation de la justice est un mouvement dont l'étude est très actuelle¹⁸¹, même si la référence à de tels outils n'est pas si récente. C'est surtout leur évocation dans des textes de lois et leur prise en compte par le Gouvernement ou les parlementaires¹⁸² qui sont prenantes actuellement. Ainsi, dans les deux textes préparant la prochaine grande réforme de la responsabilité civile, l'avant-projet de réforme d'avril 2016¹⁸³ et le projet de réforme de mars 2017¹⁸⁴, une place est consacrée à la question des barèmes et des référentiels, du moins pour la réparation du préjudice corporel. A nouveau, cela montre qu'une valeur particulière est attribué à la réparation de ces préjudices en particulier car des outils spécifiques seront probablement intégrés spécialement dans les normes françaises, au moins à titre indicatif, pour leur réparation. Toutefois, il convient de revenir sur le fait qu'actuellement, les barèmes et les référentiels ne sont que purement officieux (**A**) avant d'expliquer ce qu'il en cas de la future réforme de la responsabilité civile les concernant (**B**).

A/ L'absence actuelle de nomenclature et de méthode d'indemnisation des préjudices dans les textes

120. Pour l'instant, tous les référentiels ou barèmes étudiés ne sont qu'officieux. En effet, le législateur n'a jamais reconnu de référentiel ou de barème existant ou n'a jamais été au bout de l'élaboration d'un tel outil. Non seulement il n'y a pas de barème ou de référentiel d'indemnisation officiel, mais encore faudrait-il pour qu'il en existe qu'il y ait une classification des préjudices, une nomenclature, reconnue (**1**), avant de pouvoir penser à l'idée de créer ou reconnaître un référentiel ou un barème (**2**).

1) L'absence historique de classification des préjudices par le législateur

121. Aucune classification des préjudices n'a jamais été reconnue juridiquement. Pourtant, dans les décisions de justice, les juges du fond classent souvent les préjudices et utilisent généralement les mêmes intitulés de préjudices, que les avocats leur demandent eux-mêmes d'indemniser en reprenant aussi ces intitulés. La création d'une nomenclature a paru devenir une nécessité¹⁸⁵.

181« La barémisation de la justice », *Projet de recherche présenté par le Centre de recherches juridiques sous la direction scientifique du professeur S. GERRY-VERNIÈRES*, En cours

182Réponse ministérielle n°8576, JOAN Q, 5 mars 2013, p. 2620 : Hervé Gaymard, député de la Savoie pose une question à Mme Taubira alors Ministre de la Justice à propos de l'éventuelle élaboration d'un référentiel indicatif national d'indemnisation des victimes qui lui répond sur la position du Gouvernement à ce sujet.

183*Avant-projet de loi « Réforme de la responsabilité civile »*, présenté par le Ministre de la justice le 29 avril 2016

184*Projet de réforme de la responsabilité civile*, présenté par le Ministre de la justice le 13 mars 2017

185O. GOUT, « L'émergence de nomenclatures relatives au dommage corporel », in *Le droit mis en barèmes ?*, Dalloz 2014, p.223

L'initiative de nommer les préjudices corporels provient en partie de l'Union européenne. En effet, dans la Résolution 75 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relative à la réparation des dommages en cas de lésions corporelles et de décès, il a été posé la nécessité de faire figurer dans les jugements « dans la mesure du possible », « le détail des indemnités accordées au titre des différents chefs de préjudice subis par la victime »¹⁸⁶. Une Commission fut désignée au début des années 1980 pour établir les bases d'évaluation commune des chefs d'indemnisation des victimes sans succès. Le rapport Lambert-Faivre de 2003¹⁸⁷ a impulsé l'adoption d'une nomenclature des postes de préjudice. Enfin, fut adoptée en 2006 la nomenclature Dintilhac¹⁸⁸. Celle-ci a été reprise par les juridictions, les professionnels de l'indemnisation et les avocats.

2) L'absence actuelle de renvoi à des barèmes ou à des référentiels

122. A ce jour, aucun barème ou référentiel officiel n'a été reconnu par la loi ou la jurisprudence. La loi ne fait qu'appeler à l'outil de la base de données dans la loi du 5 juillet 1985 sur la responsabilité en matière d'accidents de la circulation. Quant à la jurisprudence, la Cour de cassation est hostile au renvoi à un seul barème ou référentiel et même si elles ne les prohibent pas entièrement les juges doivent toujours motiver leur décision. Pourtant, il est connu que des barèmes officieux sont utilisés.

B / Le traitement particulier des dommages corporels par le renvoi à des barèmes et référentiels dans le projet de réforme de la responsabilité civile

123. Comme les barèmes de capitalisation traitement d'une autre question que celle des barèmes ou référentiels d'indemnisation car ils vont servir à déterminer un capital et non à savoir combien la victime doit recevoir en fonction des préjudices, la concentration de cette partie est faite sur les méthodes qui sont utilisées par la Chancellerie dans le projet de réforme concernant cette dernière mission. Dans l'avant-projet de réforme et le projet de réforme de la responsabilité civile, ces questions sont traitées aux articles 1269 à 1271. Il s'agit donc de savoir ce qu'a prévu le Ministère de la Justice à ce sujet (1) avant d'apprécier ces choix (2).

186 Article 3 du 1^o de la résolution, adoptée par le Conseil des ministres le 14 mars 1975, lors de la 243^e réunion des délégués des ministres

187 « L'indemnisation du dommage corporel », *Rapport du groupe de travail présidé par Y. Lambert-Faivre*, Conseil national de l'aide aux victimes, 2003

188 *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, La Documentation française, juillet 2005

1) Le renvoi à des barèmes et référentiels prévus par des règlements dans les textes sur la réforme de la responsabilité civile

124. Le renvoi à une nomenclature des postes de préjudices par décret – L'article 1269 de l'avant-projet et du projet de réforme de la responsabilité civile énonce que « les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux résultant d'un dommage corporel sont déterminés, poste par poste, suivant une nomenclature non limitative des postes de préjudices fixée par décret en Conseil d'Etat. ». Ainsi, si aucune classification des préjudices n'avait encore été établie, même en grandes catégories, le législateur semble prêt à adhérer à l'idée d'une nomenclature de ces préjudices, au moins en ce qui concerne les préjudices issus de dommages corporels qu'ils soient patrimoniaux ou extrapatrimoniaux ce qui montre bien qu'ils ont un traitement spécifique.

Il est indiqué que, si référence à une nomenclature il y aura, elle sera faite par un renvoi à un décret pris en Conseil d'Etat. Elle n'aura pas une valeur législative mais une valeur réglementaire, probablement pour pouvoir être plus malléable et modifiable dans le temps. Il est aussi précisé que cette nomenclature doit prévoir une liste « non limitative » ce qui confirme que celle-ci ne serait pas figée. Enfin, il n'est rien indiqué sur l'élaboration de cette nomenclature, mais tout laisse à penser qu'il s'agirait d'une référence à la nomenclature Dintilhac qui est très utilisée aujourd'hui que ce soit dans les référentiels, dans les ouvrages traitant de l'évaluation du dommage corporel ou par les juges eux-mêmes dans leurs décisions. Surtout, le projet Catala prévoyait déjà cette idée avec l'énumération des préjudices et la distinction entre préjudices directs ou indirects¹⁸⁹, et le projet Terré lui renvoyait à une nomenclature, sous-entendant la nomenclature Dintilhac¹⁹⁰.

125. Le renvoi à un barème médical indicatif par voie réglementaire – L'article 1270 traite non d'une méthode d'indemnisation par le barème mais d'un barème médical et prescrit que « sauf disposition particulière, le déficit fonctionnel est mesuré selon un barème médical unique, indicatif, dont les modalités d'élaboration, de révision et de publication sont déterminées par voie réglementaire ». Une précision particulière est donc faite pour l'indemnisation d'un préjudice précis, le déficit fonctionnel. En effet, il existe déjà des barèmes médicaux très utilisés pour déterminer son indemnisation¹⁹¹. Il s'agirait de reconnaître officiellement cette méthode et surtout de prévoir un barème unique pour éviter les disparités. A nouveau, un renvoi est fait au pouvoir réglementaire pour son élaboration, ses modifications et son mode de publication.

189P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. Fr. 2006, article 1370

190F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, article 57

191Référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM, Version applicable au 1er janvier 2016, p.12 pour le déficit fonctionnel permanent ; Référentiel inter-cours, Version de septembre 2015, p.42, Version de septembre 2016 p.55, Barème des invalidités en accidents du travail, JO., 30 décembre 1982...

126. Le renvoi à un référentiel indicatif d'indemnisation et la création d'une base de données –

Enfin, l'article 1271 dispose, en son alinéa 1er, que « un décret en Conseil d'État fixe les postes de préjudices extrapatrimoniaux qui peuvent être évalués selon un référentiel indicatif d'indemnisation, dont il détermine les modalités d'élaboration et de publication. Ce référentiel est réévalué tous les trois ans en fonction de l'évolution de la moyenne des indemnités accordées par les juridictions » et en son second alinéa que « à cette fin, une base de données rassemble, sous le contrôle de l'Etat et dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat, les décisions définitives rendues par les cours d'appel en matière d'indemnisation du dommage corporel des victimes d'un accident de la circulation ».

Deux apports sont réalisés à travers cet article et deux outils mobilisés. D'abord, il est utilisé pour la première fois le terme de « référentiel indicatif d'indemnisation ». Il s'agirait donc d'un unique référentiel qui se substituerait probablement à tous les référentiels officieux en devant officiel mais il serait toujours seulement indicatif donc ne faisait pas nécessairement disparaître en pratique ces documents. Ce qui est à noter est que dans la version d'avril 2016 de la réforme, des crochets avaient été mis autour de cette disposition ce qui laissait présager une incertitude quant à son maintien et qui montre que cette solution peut être discutée.

Ensuite, serait mise en place une base de données qui rassemblerait les solutions des cours d'appel pour l'indemnisation des dommages corporels mais seulement en cas d'accident de la circulation. Cette référence à une base de données dans ce domaine existait déjà dans la loi du 5 juillet 1985 car en son article 26 était prévu de manière moins précise la même idée. Sont donc évoqués deux outils différents : le référentiel qui reprend les solutions en en donnant une moyenne par type de préjudice indemnisé et la base de données qui se contentent de reprendre les solutions.

Pour l'instant, ces trois articles sont dans la réforme, qui a des chances d'aboutir. Mais il y a systématiquement des renvois au pouvoir réglementaire ce qui ne fixe pas encore entièrement les choses.

2) L'appréciation du renvoi à des barèmes et référentiels prévus par des règlements dans les textes sur la réforme de la responsabilité civile

127. Appréciation générale – Comme il s'agit de renvoi aux règlements, on peut éventuellement douter de la mise en place de ces outils car dans de très nombreux domaines du droit, des références à l'adoption de décrets ont été faites par le législateur sans qu'une concrétisation n'ait été poursuivie¹⁹².

¹⁹²Rapport d'information sur le bilan annuel de l'application des lois au 31 mars 2016, Sénat, 31 mai 2016, n°650,

128. Appréciation de l'article 1269 – Pour tous, si le projet de réforme de la responsabilité civile fait une référence à une nomenclature, il s'agit de la nomenclature Dintilhac¹⁹³ et il semble falloir s'en féliciter car elle est très utilisée même si certains voudrait l'améliorer¹⁹⁴. En effet, tous les acteurs de l'indemnisation du dommage corporel semblent l'avoir adoptée malgré son absence d'officialisation. Cela confirmerait l'abandon de la tentative de nomenclature évoquée en 2014 par un projet de décret¹⁹⁵.

129. Appréciation de l'article 1270 – L'article 1270 prévoit l'instauration d'un barème médical pour l'indemnisation du déficit fonctionnel. Toutefois, comme il ne serait qu'indicatif, les auteurs soulignent que probablement, les autres barèmes contractuels des assureurs continueraient d'être utilisés¹⁹⁶ d'autant que les dispositions s'appliquent aussi aux transactions dont les assureurs sont les parties fortes selon l'article 1267 du projet. Aussi, il s'agirait de supprimer la mention « sauf disposition particulière » pour éviter encore plus de disparités et améliorer l'harmonisation¹⁹⁷.

130. Appréciation de l'article 1271 – L'article 1271 fait appel à l'outil du référentiel d'indemnisation. Or, du point de vue de la jurisprudence, la Cour de cassation a toujours condamné l'indemnisation qui serait trop générale par barémisation que ce soit la chambre criminelle ou la deuxième chambre civile¹⁹⁸. Elle admet toutefois l'invocation d'un référentiel dès lors que les juges motivent leur décision et que cette référence n'est qu'une partie de leurs motifs¹⁹⁹.

Certains se félicitent de cette prescription car cela permettrait d'harmoniser les solutions entre juridictions territorialement et entre ordres judiciaire et administratif mais il faudrait ajouter que la base de donnée comprend aussi les données sur les transactions²⁰⁰. Certains estiment que dans tous les cas, le principe de réparation intégrale n'est qu'un mythe²⁰¹.

« Le taux de parution des textes d'application atteint environ 80 %, en hausse sensible par rapport aux 65 % de l'an dernier. Rapporté à la seule année parlementaire 2013-2014, ce taux s'élevait au 31 mars 2016 à 62 %. »

193J.-S. BORGHETTI, « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *D.*, 2016, p.1442, n°53

194Groupe de travail de l'Institut DroitSanté, « Projet de réforme de la responsabilité civile et santé », *RDSS*, 2016, p. 904

195Projet de décret instaurant une nomenclature des postes de préjudices résultant d'un dommage corporel : <http://www.justice.gouv.fr/publication/dacs/consult/20141120-projetdecret.pdf>

196Groupe de travail de l'Institut DroitSanté, préc., *RDSS*, 2016, p.904

197Ibidem

198Anciennement : Crim., 3 novembre 1955, *D.* 1956, p.577, note Savatier ; Civ. 2e, 27 janvier 1965, *Bull.* p.55

Récemment : ; Civ. 2e, 7 avril 2011, n°10-15918 : « Attendu que pour allouer aux consorts X... une certaine somme en réparation de leurs préjudices moraux, l'arrêt retient que les sommes allouées par le tribunal sont conformes à la jurisprudence habituelle de la cour d'appel ; Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à justifier la réparation intégrale des préjudices moraux dont elle constatait l'existence, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes et du principe susvisés »

199Civ. 2e, 10 septembre 2015, n°14-24.447

200Groupe de travail de l'Institut DroitSanté, préc., *RDSS*, 2016, p.904

201J.-S. BORGHETTI, « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *D.*, 2016, p.1442, n°53

Titre 2 : La conciliation entre les principes fondamentaux du *Droit du dommage corporel* face à l'adoption de référentiels

131. Le *droit de la responsabilité civile*, comme tous les domaines du droit, est encadré par des principes qui doivent être respectés dans chaque situation qu'il régle. Le *Droit du dommage corporel* obéit également à ceux-ci puisqu'il respecte le droit de la responsabilité civile en ce que son but est également la réparation des dommages, mais de dommages particuliers, les dommages corporels. Or, les deux grands principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit français sont le principe de réparation intégrale du dommage et le principe d'individualisation de la réparation. Le premier impose que tout dommage soit indemnisé, mais qu'en outre, la compensation obtenue ne soit jamais plus importante que ce qu'il faut attribuer pour une réparation équitable, ni plus réduite qu'une réparation juste. Quant au second, il contraint de faire en sorte que soit tenue compte de la situation personnelle de chaque victime pour préparer l'indemnisation. Mais, d'un autre côté, plus récemment, est apparu comme précepte à respecter fondamentalement la nécessité d'essayer de mettre en œuvre une égalité entre les victimes afin que certaines ne soient pas moins indemnisées que les autres alors placées dans la même situation, aussi pour respecter le postulat de la réparation intégrale. La solution trouvée fut notamment de créer des outils de référence pour que dans chaque règlement d'une indemnisation, chaque personne concernée puisse avoir la même base pour décider, en particulier des référentiels ou des barèmes. Mais il s'est avéré que, même en poursuivant un nouvel objectif louable qu'est celui de l'égalité, ces techniques pouvaient aller à l'encontre des principes de bases.

Ainsi, il faudrait chercher à trouver un juste équilibre entre, d'une part, les principes primaires de réparation intégrale et d'individualisation de l'indemnisation qui peuvent aller à l'encontre des référentiels (**Chapitre 1**), et de l'autre, le principe plus récent de l'égalité entre les victimes censé être favorable à l'adoption des référentiels ou des barèmes (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Les principes à l'encontre de l'adoption de référentiels : les principes d'individualisation et de réparation intégrale

132. Les référentiels et les barèmes semblent mettre à l'épreuve les principes de la responsabilité civile, notamment ceux de la réparation du dommage dont les principaux sont le principe d'individualisation de l'indemnisation et le principe de la réparation intégrale du dommage²⁰². C'est en cela que ces outils sont critiqués en ce moment même²⁰³. En effet, d'un côté, les référentiels peuvent porter atteinte aux principes qui permettent d'adapter l'indemnisation du dommage corporel aux spécificités de la situation et de la victime et de le réparer intégralement car le but est de replacer la victime dans l'état où elle se trouvait antérieurement dans la mesure du possible. Mais, d'un autre côté, en pratique, il est connu que les référentiels sont utilisés par les juges, les assureurs ou les avocats. Il s'agit donc de savoir dans quelle mesure les référentiels mettent à l'épreuve les deux principes fondamentaux que sont le principe d'évaluation *in concreto* du préjudice et le principe de réparation intégrale.

Il faut d'abord commencer par expliquer quels sont les fondements de ces principes pour déterminer ce en quoi ils sont fondamentaux et qu'elles basent ils ont. Puis il s'agit de savoir s'ils sont compatibles avec les barèmes ou les référentiels. Il convient de comprendre comment s'opposent principe d'individualisation de l'indemnisation et les référentiels (**Section 1**), avant viser le même objectif avec le principe de réparation intégrale (**Section 2**).

202S. PORCHY-SIMON, « L'utilisation des barèmes en droit du dommage corporel au regard des principes fondamentaux du droit de la responsabilité civile », in *Le Droit mis en barèmes ?*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, p.202 et s.

203C. COUSIN, « Le débat sur le référentiel indicatif d'indemnisation du préjudice corporel à l'heure des bases de données », *JCP*, 24 avril 2017, p. 830

Section 1 : L'opposition de l'adoption de référentiels au principe d'individualisation de l'indemnisation

133. Il n'y a pas, dans un texte du Code civil, ou même dans les « Principes du droit européen de la responsabilité civile »²⁰⁴ de consécration du principe de l'évaluation *in concreto* du dommage. Pourtant, ceux qui s'opposent aux barèmes invoquent surtout celui-ci en sus du principe de réparation intégrale pour justifier leur position. Ainsi, il convient de déterminer quelles sont les justifications du principe d'individualisation de l'indemnisation (A) avant de questionner la possibilité de sa mise en œuvre (B).

§1 Les justifications du principe d'individualisation de l'indemnisation

134. Le principe d'individualisation de l'indemnisation n'est pas inscrit par la loi, c'est surtout la Cour de cassation qui le rappelle régulièrement et depuis un certain nombre d'années en considérant que les juges du fond, malgré leur pouvoir souverain, ne peuvent se référer uniquement à des règles préétablies pour évaluer le dommage²⁰⁵. C'est surtout la doctrine qui a donné des justifications à ce principe. Pour les défenseurs de l'appréciation *in concreto* du dommage, la première justification est que l'impact d'un accident corporel n'étant pas le même selon la victime et la situation, il faut tenir compte de la spécificité du cas présenté (1). Egalement, cela permet de considérer les victimes en tant qu'humains (2).

A/ Les divergences de conséquences d'un dommage corporel d'une victime à une autre

135. **Le refus de la barémisation** – Il existerait un mythe selon lequel un dommage causerait pour toute personne les mêmes préjudices, notamment les mêmes préjudices extrapatrimoniaux. Mais cette affirmation est, pour beaucoup d'auteurs, fautive. Madame Porchy-Simon est ainsi contre toute barémisation financière²⁰⁶ qui « attribue une valeur monétaire, déterminée par un barème, à un étalonnage médical des préjudices »²⁰⁷, c'est-à-dire qui pour un préjudice donné ou une gravité de préjudice donnée attribue une valeur financière dans un barème. Pour elle, lorsque le dommage crée un préjudice moral, cela crée une lésion quant aux sentiments et donc il n'est pas possible que les répercussions soient les mêmes d'une victime à l'autre car le terrain psychologique de chacun est différent²⁰⁸. Elle explique également que l'incidence physiologique est différente selon les particularismes de la victime qui doivent être pris en compte par le juge pour évaluer le dommage.

204 *Les principes du droit européen de la responsabilité civile*, Vol. 11, 2011, Société de législation comparée.

205 Crim. 4 février 1970, n°68-93.464 : « Si, en matière de dommages provenant d'un crime ou d'un délit, les juges de répression apprécient souverainement, dans les limites des conclusions de la partie civile, l'indemnité due à celle-ci, ils ne sauraient se référer, dans une espèce déterminée à des règles établies à l'avance pour justifier leur décision. »

206 S. PORCHY-SIMON, « La nécessaire réforme du droit du dommage corporel », *Etudes offertes à H. Groutel*, Litec 2006 p. 359 s.

207 *Rapport sur L'indemnisation du dommage corporel au Ministre de la Justice*, 2003, par Y. LAMBERT-FAIVRE

208 S. PORCHY-SIMON, « L'utilisation des barèmes en droit du dommage corporel au regard des principes fondamentaux du droit de la responsabilité civile », in *Le Droit mis en barèmes ?*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, p.202 et s.

136. Les critères à prendre en compte pour individualiser l'évaluation du dommage – Il faudrait prendre en compte un certain nombre de critères pour personnaliser le dommage. Il faudrait notamment prendre en compte l'âge de la victime, son état physique antérieur, sa réaction face à l'accident, les incidences dans sa vie quotidienne²⁰⁹, son sexe.

Par exemple, pour *l'évaluation du préjudice esthétique temporaire ou permanent*, en plus de considérations objectives, comme des photographies montrant l'état de la victime, il faut tenir compte des particularités de la victimes telles que son âge, son sexe, son mode de vie, ses habitudes sociales et professionnelles et de ses doléances comme la perception personnelle du regard d'autrui, l'absence de reconnaissance de sa propre image. Une jeune femme célibataire subirait ainsi un préjudice esthétique plus important qu'un homme âgé et marié.

Aussi, pour *l'évaluation du déficit fonctionnel permanent*, le critère central serait celui de l'âge mis en concordance avec le taux du déficit lui-même. L'indemnisation devrait être linéaire par tranches d'âge²¹⁰ avec l'utilisation du calcul du point. Est ainsi souvent utilisé un graphique avec en abscisse le taux du déficit en pourcentages et en ordonnée le prix du point en euros. Pour calculer le point il faut diviser le montant alloué en réparation du préjudice résultant de l'incapacité physiologique ou psychique par le taux d'incapacité. Selon le graphique, plus la victime est jeune et plus le point est élevé à égalité de taux d'incapacité. Aussi, les référentiels prévoient des tableaux qui expriment selon l'âge de la victime voire selon son sexe, par rapport au taux de déficit en pourcentage, quel montant doit être attribué lorsqu'on multiplie le montant prévu dans le tableau par le taux²¹¹.

137. Ainsi, attribuer une valeur monétaire à tel ou tel préjudice ne permet pas de prendre en compte les spécificités de chacun. Même une évaluation pourtant subjective mais barémisée est rejetée par Benoît Mornet lorsqu'il présente les différentes méthodes d'évaluation²¹². En outre, il semble que cela soit contraire au caractère humain des victimes et au caractère non patrimonial et inestimable de la vie.

« *La vie ne vaut rien, mais rien ne vaut la vie.* »²¹³

209S. PORCHY-SIMON, « La nécessaire réforme du droit du dommage corporel », *Etudes offertes à H. Groutel*, Litec 2006 p. 359 s.

210B. MORNET, « Pour un référentiel national d'indemnisation du dommage corporel », *Gaz. Pal.* 3 juin 2010 p. 8

211Référentiel *inter-cours*, Version de septembre 2015, p.42, Version de septembre 2015 p.55 ; *Référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM*, Version applicable au 1er janvier 2016, p.12

212B. MORNET, « Pour un référentiel national d'indemnisation du dommage corporel », *Gaz. Pal.*, 3 juin 2010 p. 8

213A. MALRAUX, *Les conquérants*, Grasset, 1928

B/ La prise en compte du caractère humain de l'impact du dommage corporel

138. L'importance de la vie humaine en jeu – Ce qui fait qu'un dommage n'aura pas les mêmes conséquences sur telle ou telle personne, aussi bien physiquement que psychologiquement, montre sans doute aussi que les humains sont tous très différents et qu'il serait impossible de confondre leur indemnisation ou même d'essayer de faire des catégories de personnes pour indemniser leurs dommages corporels. D'un autre côté, il n'est pas non plus admissible de penser qu'on puisse faire une quelconque hiérarchie entre les personnes. On pourrait considérer que « philosophiquement, une vie en vaut une autre »²¹⁴ et que pour les conséquences économiques, on puisse faire des généralisations. Mais pour les conséquences plus personnelles et notamment la réparation des préjudices extrapatrimoniaux, les indemnisations doivent varier d'une personne à une autre. Certains sont mêmes contre tout lien entre argent et corps humain car « donner un prix à la vie humaine participerait d'un déclasserement de l'humain en le faisant passer du monde de l'être au monde de l'avoir »²¹⁵. Le rejet de la barémisation elle-même est donc bien présent. En revanche, l'idée de la mise en place de référentiels indicatifs n'est pas forcément complètement contraire à l'individualisation.

139. La relativisation du principe avec les référentiels – Les référentiels relèvent davantage de la prise en compte de statistiques²¹⁶ reprenant les montants habituellement alloués aux victimes. Aussi, ces outils prévoyant généralement des fourchettes ou des moyennes, du fait de ce caractère statistique, il est toujours possible d'appliquer le principe d'individualisation en tenant compte de la marge de manœuvres qu'ils permettent. Toutefois, derrière ces méthodes, se cacherait en réalité un simple « repère confortable » pour le juge, et qui priverait tout de même les victimes d'une appréciation humaine du dommage en les faisant « entrer dans des cases », en « mécanisant » l'indemnisation en supprimant l'individualisation²¹⁷. Mais il ne faut pas oublier que les juges peuvent toujours avoir un esprit critique²¹⁸ vis-à-vis de ces outils.

214S. BOUVET, « L'équité dans la réparation du préjudice : de quelle équité me parlez-vous ? », *RCA* 2007, chron. N°10

215L. NEYRET, « La normalisation, entre référentiels et barèmes », *Gaz. Pal.*, 16 juin 2012 n°168, p.40

216S. PORCHY-SIMON, « La nécessaire réforme du droit du dommage corporel », *Etudes offertes à H. Groutel*, Litec 2006 p. 359 s.

217C. COUSIN, « Le débat sur le référentiel indicatif d'indemnisation du préjudice corporel à l'heure des bases de données », *JCP*, 24 avril 2017, p. 830

218Ibidem

§2 L'interrogation sur la possibilité d'individualiser in concreto le dommage corporel

140. Ceux qui défendent l'édiction de barèmes et de référentiels en matière de *Droit du dommage corporel* soutiendraient qu'en réalité, il est impossible de respecter l'individualisation de l'indemnisation et d'évaluer in concreto le dommage. Ainsi, ce principe serait plus un outil permettant de créer une fiction juridique (1), puisque la possibilité de quantifier certains dommages corporels est parfois remise en question (2).

A/ L'individualisation de l'indemnisation, une fiction juridique

141. Une croyance du juge ? – L'évaluation *in concreto* ne reposerait que sur « la croyance du juge, croyance selon laquelle la somme qu'il accorde répare intégralement le préjudice »²¹⁹. Or, c'est le principe de réparation intégrale qui serait facteur d'individualisation²²⁰. Donc, la réparation intégrale étant une fiction, l'individualisation en serait une aussi. Le versement de dommages-intérêts ne pourrait jamais vraiment compenser la perte subie et compenser objectivement la différence entre le préjudice qui a été subi et la valeur qui a été perdue²²¹.

Mais les juges du fond semblent pris en étau entre d'un côté, le principe d'individualisation de la réparation, prescrit par la Cour de cassation, et de l'autre, le fait qu'ils doivent passer d'une règle générale et abstraite à un cas concret, puisque l'article 12 du Code de procédure civile lui prescrit qu'il tranche conformément aux règles de droit applicables, pour uniquement le cas précis qui lui est présenté et les demandes qui lui sont faites (article 5). L'office du juge est « dans cette application de la règle de droit générale et abstraite au cas particulier et concret, au terme d'une démarche de type hypothético-déductive, articulante une phase de qualification, généralisante, et une phase de décision, individualisante »²²². Or, l'utilisation des barèmes ou référentiels sont bien des normes abstraites qui peuvent être appliquées à un cas concret.

142. Une croyance justifiant l'adoption de référentiels – Ceux qui soulignent le caractère fictif du principe proposent comme solution l'adoption de référentiels voire la barémisation. Ils permettent de suppléer le fait qu'individualiser pour chaque indemnisation l'évaluation des dommages est complexe à mettre en pratique en donnant des clés pour la prise de décision, un repère commun pour au moins les éléments qui semblent converger dans le même sens pour toute réparation de tel ou tel dommage.

219H. GROUDEL, « Réparation intégrale et barémisation : l'éternelle dispute », RCA 2006, Repère 11

220 *Ibidem*

221S. PORCHY-SIMON, « L'utilisation des barèmes en droit du dommage corporel au regard des principes fondamentaux du droit de la responsabilité civile », in *Le Droit mis en barèmes ?*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, p.202 et s.

222L. CADIET, « Introduction » à la Quatrième partie, « Des barèmes entre individualisation et standardisation des décisions » in *Le Droit mis en barèmes ?*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, p.185 et s.

Si le principe d'évaluation *in concreto* du dommage serait une fiction juridique, il l'est surtout concernant les préjudices extrapatrimoniaux qui seraient trop subjectifs.

B/ La question de la possibilité de quantifier individuellement certains dommages corporels

143. L'existence d'un aléa pour l'indemnisation des préjudices extrapatrimoniaux – Un certain nombre d'auteurs font bien la distinction entre l'évaluation des préjudices patrimoniaux issus de dommages corporels et celle des préjudices extrapatrimoniaux et leur adéquation avec les principes de la responsabilité civile. Ce qui ressort, à propos des préjudices extrapatrimoniaux, c'est qu'ils ont un caractère subjectif par rapport aux premiers. Ils seraient même sous la dépendance de cette subjectivité et d'un certain arbitraire²²³. Or, la subjectivité laisserait place à une incertitude²²⁴ puisqu'elle ne permettrait jamais de pouvoir rendre prévisible le montant des dommages-intérêts alloués *in fine* par le juge.

Ce caractère subjectif tient bien du fait que, plus encore que pour les préjudices patrimoniaux ou économiques, la répercussion d'un dommage corporel par l'apparition d'un préjudice extrapatrimonial va être propre à tel ou tel individu et qu'il faut prendre en compte ce phénomène par l'individualisation. De fait, non seulement il existe une insécurité car une victime d'un préjudice extrapatrimonial ne peut pas anticiper son indemnisation, mais cela crée un terrain privilégié pour que les indemnisations attribuées par l'ensemble des juridictions du fond ne soient pas identiques pour un même cas présenté devant elles. L'équité serait « contraire à l'idée de hasard » et rien ne justifierait que pour une même atteinte corporelle, qui générerait les mêmes séquelles, d'égale intensité et qui se traduirait par le même taux d'incapacité, chez deux personnes du même sexe, du même âge, il y ait un traitement inégalitaire²²⁵. Pour rendre l'indemnisation équitable, il faudrait des référentiels ou des barèmes.

144. La prégnance de l'équité sur l'importance de l'individualisation – La trop grande place laissée à l'individualisation, notamment en matière de préjudices dont l'évaluation serait « subjective », ferait perdre en équité. Le risque est alors la perte de confiance des victimes envers les acteurs de l'indemnisation que ce soit dans une procédure judiciaire ou en concernant une transaction. Il conviendrait de mettre en place *a minima* des méthodes identiques pour tous pour assurer l'équité car elles seraient alors « garantes d'une réparation intégrale et individualisée »²²⁶. Ces méthodes seraient notamment l'adoption de nomenclatures ou de référentiels et barèmes.

223S. BOUVET, « L'équité dans la réparation du préjudice : de quelle équité me parlez-vous ?, *RCA* 2007, chron. N°10

224 *Ibidem*

225 *Ibidem*

226A. BOYER, « Référentiel d'indemnisation : des mines anti-personnel : discours sur la méthode », *Gaz. Pal.*, 10 août 2010 p. 5

145. Une évaluation *in concreto* pour les préjudices patrimoniaux – Benoît Mornet estime que finalement, l'évaluation *in concreto* qu'il appelle « évaluation objective », par opposition aux évaluations subjectives barémisée ou référencée, permettrait surtout d'évaluer les préjudices économiques selon une évaluation comptable avec une motivation compensatoire²²⁷. Déjà en 2000, au niveau européen, la Recommandation de Trêves²²⁸ estimait qu'il fallait différencier les préjudices économiques évaluables *in concreto* et les préjudices non économiques ou moraux²²⁹. Il y a donc bien une vraie distinction entre l'évaluation des préjudices patrimoniaux et celle des préjudices extrapatrimoniaux, même dans leurs fondements. Finalement, le principe d'évaluation *in concreto* est surtout vrai pour les préjudices économiques.

146. Ainsi, la place du principe de l'individualisation de l'évaluation du dommage corporel semble être importante, surtout pour l'évaluation des préjudices patrimoniaux. L'utilisation des référentiels, qui ne seraient qu'indicatifs, semble plus adaptée pour celle des préjudices extrapatrimoniaux sans que la barémisation pure et simple ne soit admise car il faut justement préserver le pouvoir d'appréciation *in concreto* du juge pour personnaliser la réparation. Même si un référentiel est utilisé, le magistrat conserve son pouvoir critique et une marge de manœuvre²³⁰. Mais il faudra surtout éviter qu'il n'y ait trop de disparités entre évaluations d'un juge à l'autre (*voir infra, Chapitre 2 : Le principe récent de l'égalité en faveur de l'adoption de référentiels*).

227B. MORNET, « Le référentiel indicatif d'indemnisation du dommage corporel des cours d'appel » in *Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel*, CDPPOC, Faculté de droit de l'Université Savoie Mont-Blanc, 1er déc. 2016, p. 188 : http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/328/328366_B_Mornet.pdf

228Recommandation de Trêves relative aux accidents de la circulation suite d'un colloque européen, juin 2000

229Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Précis Dalloz, 2015, n°44, p.33

230L. MAURIN, « Le droit souple de la responsabilité civile », *RTD Civ.*, 2015 p.517

Section 2 : L'opposition de l'adoption de référentiels au principe de réparation intégrale

147. La réparation intégrale est l'un des principes essentiels de la responsabilité civile, pas seulement en droit français mais aussi dans la plupart des pays européens²³¹. Il est par ailleurs inscrits dans la Résolution 75 du Conseil de l'Europe. C'est aussi un principe qui ne figure pas en droit positif dans le Code civil mais qui a d'abord été dégagé par la jurisprudence, il y a plusieurs décennies²³². Il prévoit que « le propre de la responsabilité est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage, et de placer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu »²³³ ou encore plus simplement que « les dommages-intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit »²³⁴. Enfin c'est un principe constamment réaffirmé par la doctrine²³⁵ et pris en compte dans les méthodes d'évaluation des dommages²³⁶.

Toutefois, si la réparation intégrale ne semble pas être remise en cause dans son principe, elle peut parfois poser des difficultés dans son application concrète. Aussi, c'est un principe qui pour les opposants à la barémisation remet en cause cette dernière technique. Pour savoir quelle est l'importance de celui-ci, et comprendre comment il peut affronter la barémisation il convient d'en dévoiler les fondements (§1).

Il faut remarquer aussi que la plupart des indemnisations sont versées suite au déroulé d'une transaction. Or, beaucoup soulignent les disparités entre victime et assureur qui existe dans ce cadre et le fait que les dommages-intérêts obtenus y sont moins élevés. Ainsi l'inégalité entre les parties lors d'une transaction serait contraire au principe de réparation intégrale et cela encouragerait la mise en place de référentiels pour harmoniser la situation des justiciables (§2).

§1 Les fondements du principe de réparation intégrale

148. Pour expliquer pourquoi le principe de réparation intégrale est fondamental, pouvant remettre en cause les méthodes utilisées pour l'évaluation du dommage, il faut nécessairement souligner quelle est sa légitimité (A). Mais certains font valoir que si en théorie c'est un principe essentiel, en pratique sa possible application est complexe (B).

231Ph. PIERRE et F. LEDUC, *La réparation intégrale en Europe*, étude effectuée par l'Iode de Rennes et le centre de recherche de droit privé de Tours, Larcier, 2012 p.389

232Civ. 2e, 28 octobre 1954, JCP 1955, II, 8765, note SAVATIER, D. 1954 somm. 32

233Civ. 2e, 1er avril 1963, n°JCP 1963. II. 13408, note ESMEIN

234Civ. 2ème, 23 janvier 2003, n°01-00.200, Bull. II, n° 20

235Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Précis Dalloz, 2015, n°31 et s., p.22 et s. ;

236M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, LexisNexis 2015, éd. n°20, n°3, p.5

A/ La légitimité du principe de réparation intégrale

149. Il est envisageable de déterminer la légitimité d'un principe en énonçant ses sources (1), et en essayant de rechercher sa valeur (2). C'est aussi le cas pour le principe de réparation intégrale.

1) Les sources du principe de réparation intégrale

150. Comme l'explique Madame Evelyne Serverin²³⁷, pour la matière délictuelle, le principe de réparation intégrale provient de l'interprétation jurisprudentielle de l'ancien article 1382 selon lequel « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » puisque ce principe conduit à obliger celui qui a causé un dommage à remettre les choses en état, donc à réparer intégralement le dommage avant de devenir un principe général.

151. Dans un arrêt du 9 novembre 1976, la Cour de cassation a clairement affirmé le principe de réparation intégrale en le nommant : « attendu que l'auteur d'un dommage est tenu à la réparation intégrale du préjudice cause, de telle sorte qu'il ne puisse y avoir pour la victime ni perte, ni profit »²³⁸. En outre, dans un arrêt du 28 mai 2009²³⁹, la Cour de cassation a admis le principe « de la réparation intégrale du préjudice sans perte ni profit » d'où la maxime selon laquelle il faut réparer *tout le préjudice, rien que le préjudice*.

152. C'est le premier principe donné par la résolution 75 du Conseil de l'Europe du 14 mars 1975 concernant la réparation des dommages en cas de lésions corporelles : « compte tenu des règles concernant la responsabilité, la personne qui a subi un préjudice a droit à la réparation de celui-ci, en ce sens qu'elle doit être placée dans une situation aussi proche que possible de celle qui aurait été la sienne si le fait dommageable ne s'était pas produit ».

153. Il convient de souligner que le principe de réparation figure bien dans le projet de réforme de la responsabilité civile²⁴⁰. L'article 1258 le porte en substance car il indique que : « 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 ». L'article 1259 le nomme car il rappelle que pour « assurer la réparation intégrale du préjudice » réparation en nature et par équivalent ne peuvent se cumuler. Et l'article 1276, à propos de la réparation des dommages corporels, rappelle encore le principe de « l'indemnisation intégrale » en précisant que dans cette matière la victime prévaut sur le tiers payeur en cas d'insolvabilité du responsable.

237E. SERVERIN, « Le principe de réparation intégrale des préjudices corporels, au risque des nomenclatures et des barèmes », in *Le droit mis en barèmes ?*, Dalloz 2014, p.245

238Civ. 2ème, 9 nov. 1976, n°75-11.737 : Bull. civ. II, n°302

239Civ. 2e, 28 mai 2009, n°08-16.829 : Bull. civ. II, n°131

240Projet de réforme de la responsabilité civile, présenté par le Ministre de la justice le 13 mars 2017

2) *La valeur du principe de réparation intégrale*

154. Une consécration jurisprudentielle et une valeur législative – Le principe de réparation intégrale des dommages quelle que soit leur nature n'est pas inscrite dans un texte normatif. C'est la jurisprudence qui l'a dégagé depuis de nombreuses années. Ainsi, en 1954, la chambre civile de la Cour de cassation affirmait que : « le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu »²⁴¹. Les juges le déduisent des quelques articles du Code civil sur la responsabilité civile, c'est-à-dire les articles 1382 et suivants pour la responsabilité délictuelle²⁴² et l'article 1147 du Code civil pour la responsabilité contractuelle²⁴³ et y font référence dans les visas des arrêts qu'ils rendent²⁴⁴.

155. Une valeur constitutionnelle ? – Le 22 octobre 1982²⁴⁵, le Conseil Constitutionnel a affirmé que le législateur ne pouvait « dénier dans son principe même le droit des victimes d'actes fautifs ». Certains y voient une consécration de la valeur constitutionnelle du principe de réparation intégrale, pas tous²⁴⁶. Mais si tel était le cas, les juges constitutionnels auraient probablement été plus clairs au moins dans d'autres décisions portant véritablement sur une question de responsabilité civile pure. En réalité, le droit à réparation en lui-même aurait une telle valeur mais pas la réparation intégrale²⁴⁷. Cette dernière aurait donc seulement une valeur législative.

156. Une valeur conventionnelle ? – Ainsi, pour certains auteurs, la valeur normative du principe de réparation intégrale est incertaine, que ce soit au niveau national ou au niveau européen²⁴⁸. Pourtant, ils estiment que dans ce dernier cas de figure, ce principe pourrait être fondé sur certaines dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, à savoir le protocole n°1 sur le droit de propriété ou l'article 14 prohibant les discriminations. Si la valeur peut être contestée, il a été acquis que le principe de réparation intégrale est consacré dans tous les pays de l'Union européenne que la reconnaissance soit franche ou en retrait²⁴⁹.

241Civ. 28 octobre 1954, Bull. Civ. 1954, II, n°328, JCP 1955.II.8765, note Savatier, D. 1954 somm. 32

242Civ. 2e, 18 janvier 1973, n°71-14.282, rendu au visa de l'article 1382 suivi de l'attendu suivant : « Attendu que le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu »

243Civ., 15 janvier 1957 : D. 1957, I, p.161-162, rendu au visa de l'article 1147 suivi de l'attendu suivant : « l'auteur d'un fait dommageable est tenu de réparer le préjudice qu'il a causé par sa faute ; que cette réparation doit toujours être intégrale, sans jamais pouvoir être dépassée ».

244Civ. 2e, 26 octobre 2006, n°05-10.729 : « Vu l'article 1382 du code civil et le principe de la réparation intégrale du préjudice »

245C.C., 22 octobre 1982, n° 82-144 DC, *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel*

246POUR : C. RADE, « Liberté, égalité, responsabilité », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Juin 2004, n°16

CONTRE : P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 3e éd., 2014, p.403

247C. RADE, « Liberté, égalité, responsabilité », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Juin 2004, n°16

248M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, LexisNexis 2015, éd. n°20, n°5, p.6

249Ph.. PIERRE et F. LEDUC, *La réparation intégrale en Europe*, étude effectuée par l'Iode de Rennes et le centre de recherche de droit privé de Tours, Larcier, 2012, p.32

B/ L'interrogation sur la possibilité de la réparation intégrale des dommages

157. Comme pour le principe de l'évaluation du dommage *in concreto*, le principe de réparation intégrale est souvent questionné sur sa mise en pratique concrète, sur sa possibilité²⁵⁰. Or, si la réparation intégrale n'est pas applicable totalement, cela remet en question la portée du principe (1). La réponse à au questionnement selon lequel la mise en œuvre du principe est possible ou impossible met en jeu également l'interrogation de savoir si pour réaliser totalement ou tendre vers la réparation intégrale il faut plutôt une évaluation globale des préjudices ou par préjudices (2) et s'il faut des barèmes ou des référentiels ou non (3).

1) La portée du principe de réparation intégrale

158. Le constat d'une réparation en nature complète impossible – Est donc souvent posée la question de l'impossibilité de la réparation intégrale des préjudices corporels. Une majorité d'auteurs soutient que la réparation intégrale est délicate, d'abord car il est impossible de réparer ces préjudices en nature²⁵¹ et que la réparation intégrale n'a qu'un caractère « satisfactoire »²⁵². Il y a des préjudices qui ne peuvent être réparés que par équivalent et il n'y a alors pas de satisfaction directe de la victime et de réel remplacement de celle-ci dans la situation où elle se trouvait antérieurement. Elle ne reçoit pas exactement ce qu'elle a perdu, elle devient titulaire d'une créance indemnitaire. Ainsi, si la réparation intégrale n'est que chimère, il faudrait trouver d'autres solutions pour s'en rapprocher le plus possible afin de conserver l'esprit de ce principe. D'une part, il faut des mécanismes qui permettent au justiciable de voir le plus possible de ses préjudices réparés et indemnisés en totalité pour rechercher une « exactitude indemnitaire »²⁵³ et une « restauration individuelle »²⁵⁴. D'autre part, il faut des principes qui permettent de ne pas pouvoir aller au-delà de la réparation.

159. Le non-cumul des indemnisations – Pour que tout le dommage, rien que le dommage soit réparé, il faut que chacun des préjudices qui en découlent soit réparé sans qu'un seul ne puisse être réparé deux fois. D'où l'intérêt de créer une nomenclature de tous les préjudices susceptibles d'en être la conséquence, quitte à créer des rubriques « *pêle-mêle* » qui sont assez larges. Par exemple, la nomenclature Dintilhac prévoit comme préjudices les *préjudices liés à des pathologies évolutives*, les *frais divers des proches*, les préjudices extrapatrimoniaux exceptionnels qui peuvent englober un certain nombre de situations. Ce sera éventuellement à des référentiels de les délimiter.

250« Réparation intégrale : mythe ou réalité », Colloque du CNB, Gaz. Pal. 2010, 1198 s.

251M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, LexisNexis 2015, éd. n°20, n°7, p.10

252Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Précis Dalloz, Décembre 2015, éd. n°8, n°34 p.24

253M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, LexisNexis 2015, éd. n°20, n°8, p.11

254Ibidem n°17, p.14

160. L'évaluation au jour de la décision – Le principe est que les juges doivent évaluer l'indemnité selon la valeur du dommage au jour du jugement²⁵⁵. Cela permet de tenir compte de la dépréciation monétaire ou de l'inflation en cas de prise en compte du salaire pour le calcul de l'indemnité. N'importe quelle méthode utilisée doit tenir compte de ces impératifs.

161. L'interdiction de l'obligation de limiter son préjudice pour la victime – Contrairement au droit anglais, qui prévoit la *mitigation of damage*²⁵⁶, c'est-à-dire l'obligation de limiter son préjudice dans certains cas, le droit français la prohibe. Au nom du principe d'indisponibilité du corps humain, il n'est pas possible de limiter l'indemnisation d'une personne dont l'état s'est aggravé parce qu'elle n'a pas accepté un traitement particulier²⁵⁷. Il est donc seulement nécessaire de prendre en compte l'état de la victime et rien d'autre pour fixer son indemnisation. On ne prend pas forcément en compte les agissements de la victime d'où le fait qu'il puisse exister des cas où l'individualisation n'a pas sa place.

Quelle que soit la méthode choisie, il faudra tenir compte de ces impératifs qui découlent de la réparation intégrale. Il est possible d'affirmer que ce principe vient encadrer l'indemnisation.

2) Réparation intégrale et globalisation de l'indemnisation

162. Une option – Pour indemniser totalement le dommage, les juges peuvent essayer de l'évaluer globalement. Il n'y a pas de raison que l'indemnisation soit minimisée ou augmentée par cette méthode. Mais il serait également possible d'évaluer le dommage subi préjudice par préjudice. « Nous avons donc deux pôles antagonistes qui produisent une tension problématique dans la mesure où l'un tend vers une spécification, l'autre vers une généralisation. »²⁵⁸

163. L'ancienne méthode de la globalisation de l'indemnisation – Le préjudice corporel était auparavant évalué « toutes causes de préjudice confondues », de manière globale²⁵⁹. Cela a été critiqué par la doctrine qui estimait qu'il fallait que la Cour de cassation exerce son contrôle pour imposer « une ventilation détaillée des indemnités correspondant à chacun des chefs de dommage

255Crim. 29 mai 1957, n°, Bull. Crim. 1957, n°456, p.820

256L. REISS, *Le juge et le préjudice, Etude comparée des droits français et anglais*, PUAM n°353 et s.

257Civ. 1ère, 15 janvier 2015, n°13-21.180, Bull. Civ. 2015, *Gaz. Pal.* 15-17 février 2015, p.26 : « le refus d'une personne, victime d'une infection nosocomiale dont un établissement de santé a été reconnu responsable en vertu du deuxième de ces textes, de se soumettre à des traitements médicaux, qui, selon le troisième, ne peuvent être pratiqués sans son consentement, ne peut entraîner la perte ou la diminution de son droit à indemnisation de l'intégralité des préjudices résultant de l'infection ».

258J.-B. PREVOST, « Justice de la justesse », *Gaz. Pal.* 31 janvier 2009, p.6

259Civ. 3e, 19 mars 1969, Bull. n°245 : la cour d'appel « a évalué l'indemnité principale en précisant les bases sur lesquelles elle la calculait, sans être tenue de chiffrer chaque élément du préjudice » ; Ass Plén., 26 mars 1999, n°95-20640 : « la cour d'appel a apprécié souverainement le montant du préjudice dont elle a justifié l'existence par l'évaluation qu'elle en a faite, sans être tenue d'en préciser les divers éléments ».

constatés »²⁶⁰. Cela permettait aussi pour eux aux juges d'éviter d'avoir à motiver leur décision et de leur permettre de « faire ce qu'ils veulent, du moment qu'ils n'en disent rien dans leur décision »²⁶¹. Peu à peu, les juges du fond se sont mis à évaluer poste par poste les dommages.

164. La remise en cause de la globalisation – Aujourd'hui l'évaluation globale est semble dépassée. Ainsi, le nouvel article 31 de la loi du 5 juillet 1985 impose que les recours des tiers payeurs doivent être opérés « poste par poste ». La Cour de cassation considère également qu'il doit y avoir une indemnisation séparée des préjudices²⁶². Le projet Catala a admis également l'évaluation distincte des chefs de préjudices en son article 1374. Le projet de réforme de 2017, en son article 1262 écarte définitivement la globalisation de l'indemnisation et adopte l'évaluation séparée en consacrant que « chacun des chefs de préjudice est évalué distinctement ». Si l'on écarte l'évaluation dans son ensemble du dommage, cela pourrait laisser la porte ouverte pour la barémisation ou l'utilisation de référentiels.

3) *Réparation intégrale et barémisation*

165. Beaucoup d'auteurs estiment que, en utilisant des barèmes ou des référentiels ou non, officiels ou officieux, nationaux ou régionaux, il n'est pas possible d'atteindre complètement l'objectif de réparation intégrale. Il ne s'agirait que d'une « pure fiction »²⁶³. Les barèmes limiteraient l'indemnisation²⁶⁴, surtout si ce sont les organismes d'indemnisation qui ont la main mise sur leur élaboration. La réparation passant par un barème étant forfaitaire, ce serait tout le contraire de la réparation intégrale²⁶⁵.

Mais d'un autre côté, si le principe de réparation intégrale est imposé, rien ne précise la méthode d'application²⁶⁶ et c'est au juge d'essayer de trouver la meilleure. Aussi, s'il s'agit d'un référentiel donc pas d'un outil purement barémisé, basé sur une nomenclature, l'outil utilisé permet de n'oublier aucun préjudice à indemniser, tout en les séparant bien pour éviter un surplus d'indemnisation. Cela respecte bien le principe de réparation de tout le préjudice et rien que le préjudice.

260G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, LGDJ, n°66, p.189

261G. VINEY, JCP G 2000, I, 199, chron. 12

262Civ. 2e, 12 mai 2011, n°10-17148 : l'arrêt de cour d'appel est cassé en ce que les juges du fond englobent le préjudice d'établissement avec le préjudice d'agrément et le préjudice sexuel.

263Ph.. PIERRE et F. LEDUC, *La réparation intégrale en Europe*, étude effectuée par l'Iode de Rennes et le centre de recherche de droit privé de Tours, Larcier, 2012, p.55 : « Fabrice Leduc nous a démontré que, lorsque l'on touche à la « compensation consolation » - spécialement pour les chefs de préjudice extrapatrimoniaux – en l'absence de mesure objectivable l'édiction de barèmes officiels ne saurait en soi garantir une réparation intégrale, qui relève ici de la pure fiction. »

264M.-C. LAGRANGE, « Les référentiels d'indemnisation : un outil pertinent ? », Gaz. Pal., 10 nov. 2012, p. 22

265H. GROUDEL, « Réparation intégrale et barémisation : l'éternelle dispute », RCA 2006, Repère 11

266C. COUSIN, « Le débat sur le référentiel indicatif d'indemnisation du préjudice corporel à l'heure des bases de données », JCP, 24 avril 2017, p. 830

§2 Le problème de l'inégalité entre indemnisation par transaction et indemnisation par le juge contraire au principe de réparation intégrale

166. Il existe un domaine où le principe de réparation intégrale est remis en cause alors qu'en pratique, c'est la méthode la plus utilisée pour trancher l'indemnisation : la transaction. En outre, c'est un domaine qui pose aussi question au regard des référentiels car il s'agit de savoir si ces derniers doivent s'appliquer lorsqu'il y a un règlement conventionnelle de l'affaire et surtout comment.

La transaction est définie à l'article 2044 du Code civil comme étant « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître ». Cela fait partie des règlements amiables des litiges. Cela devrait donc être bénéfique pour la société de retrouver régulièrement ce mode de règlement des conflits car cela évite une procédure contentieuse juridictionnelle.

Or, en matière de réparation des dommages corporels, il y a bien un conflit à régler, celui de savoir à quelle hauteur la victime sera indemnisée. La transaction est donc présente dans ce domaine-là. Il serait un mode normal et toujours souhaitable pour un règlement équitable des dommages corporels²⁶⁷. Cependant, concrètement, la transaction dans cette matière est généralement déséquilibrée entre les parties puisqu'elle a lieu entre un assureur, professionnel de l'indemnisation, expérimenté, ayant comme objectif de ne pas indemniser les victimes excessivement pour des raisons économiques, et une victime, peu avertie et pas nécessairement habituée à cette méthode.

Ainsi, d'une part, la transaction est un domaine de disparités entre victime et partie indemnissante (**A**) et, d'autre part, la réparation intégrale y est remise en cause (**B**).

A/ La transaction, domaine de disparités entre victime et partie indemnissante

167. Depuis de nombreuses années, il est connu que les assureurs ont pris la main sur le responsable et certains se demandent depuis longtemps si le droit des assureurs ne l'aurait pas emporté sur le droit de la responsabilité civile²⁶⁸, surtout dans les transactions. Mais si les assureurs prennent le pas sur l'indemnisation, un autre acteur tend à perdre de l'importance : la victime. Ainsi, d'une part, il existe une prégnance des assureurs sur les victimes (**1**) et, la conséquence est que les victimes ont des indemnisations plus faibles (**2**).

267Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation, Précis Dalloz, Décembre 2015, éd. n°8, n°657 p.596

268J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 1996, n°242

1) La prégnance des assureurs sur les victimes

168. Un déséquilibre avéré – Le déséquilibre entre l'assureur et la victime n'est pas une impression, c'est un fait avéré. Dans bien des cas, la victime n'a pas un consentement entièrement éclairé contrairement à l'assureur qui propose l'indemnisation et la transaction n'est plus une négociation mais la simple acceptation par la victime d'une indemnité proposée par l'assureur²⁶⁹. Or, le but de ce dernier est d'attribuer le moins d'indemnisation possible tout en ayant le plus de cotisations possibles, puisqu'il s'agit d'entreprises privées dont l'objectif est de faire des bénéfices. Egalement, l'inégalité serait présente en raison du manque de victimes assistées par un avocat spécialisé en *Droit du dommage corporel* puisque cette assistance n'est pas obligatoire²⁷⁰.

169. Une majorité de transactions – Sur l'ensemble des traitements de l'indemnisation des dommages corporels, dans 95% des cas, il y aurait une transaction plutôt que la saisine d'un juge²⁷¹. Non seulement au cours de la transaction c'est l'assureur qui a la main mise sur la victime, mais c'est aussi l'ensemble des assureurs qui a la prégnance sur l'ensemble des victimes de dommages corporels puisque dans la quasi-totalité des cas, c'est eux qui traitent directement avec elles. Mais ce résultat est à relativiser puisque si les assureurs estiment qu'il y a une prépondérance de la procédure par transaction en matière d'accidents de la circulation²⁷², en réalité une transaction finale serait précédée d'une procédure permettant de mettre en place le dossier de sinistres dans 63% des dossiers graves et 15% de dossiers légers²⁷³. Il y a donc bien toujours en général un contexte judiciaire qui fait que même si le nombre de transactions est significatif, les juges ont une grande influence dans l'indemnisation.

2) La remise en cause de la réparation intégrale à cause d'une indemnisation plus faible des victimes dans les transactions

170. Des assureurs peu généreux – Les transactions représenteraient 95% des dossiers de dommages corporels mais seulement 55% des indemnités versées. Inversement, les 45% des indemnités versées correspondraient à 5% des dossiers, dossiers traités par une juridiction²⁷⁴. Les juges sont donc en pratique beaucoup plus généreux avec les victimes que ne le sont les assureurs. Cette distinction est significative et son constat n'est pas récent²⁷⁵.

269B. MORNET, « Le référentiel indicatif régional d'indemnisation du préjudice corporel » in *Le Droit mis en barèmes ?*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, p.218-219

270S. PORCHY-SIMON, « La nécessaire réforme du droit du dommage corporel », Etudes offertes à H. GROUDEL, Litec 2006 p. 359 s.

271 *Ibidem*

272Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Précis Dalloz, Décembre 2015, éd. n°8, n°36 p.27

273E. SEVERIN, *L'accident corporel de la circulation entre transactionnel et juridictionnel*, Enquête de l'Université de Saint-Etienne, CNRS, 1997

274B. MORNET, « Le référentiel indicatif régional d'indemnisation du préjudice corporel », préc., p.218-219 ; B.

MORNET, « Le référentiel indicatif d'indemnisation du dommage corporel des cours d'appel » préc., 1er déc. 2016

275M. NEHER-SCHRAUB, « Bilan et perspectives, le point de vue du magistrat » in *Dixième anniversaire de la loi*

Si une différence est explicable, en raison des différents objectifs que poursuivent un juge ou une compagnie d'assurance, celle-ci reste particulièrement large. Cela remet surtout en cause le principe de réparation intégrale car si les victimes ont moins en matière de transaction, et plus lors d'un procès, l'indemnisation est soit trop importante soit pas assez et donc non ajustée.

171. Toutefois, les assureurs ne sont pas entièrement libres. En effet, il y a des cas où l'assureur est tenu de proposer une offre d'indemnisation. Cela a été introduit par la loi du 5 juillet 1985 pour les accidents de la circulation. Or, dans ce domaine, si les assureurs sont tenus de proposer une offre d'indemnisation, celle-ci ne doit pas être « manifestement insuffisante ». L'article L211-14 du Code des assurances prévoit que « si le juge qui fixe l'indemnité estime que l'offre proposée par l'assureur était manifestement insuffisante, il condamne d'office l'assureur à verser au fonds de garantie prévu par l'article L. 421-1 une somme au plus égale à 15 % de l'indemnité allouée, sans préjudice des dommages et intérêts dus de ce fait à la victime. ». Cette limite existe aussi concernant l'offre obligatoire de l'assureur aux victimes d'accidents médicaux²⁷⁶. Encore faut-il que le juge soit saisi à un moment précis.

B/ Transactions et référentiels d'indemnisation

172. Comme il a pu être souligné que la part des transactions est très importante pour le règlement de la réparation des dommages corporels alors que l'indemnisation des victimes y est plus faible, il convient de se demander s'il est possible d'utiliser les référentiels aussi pour les transactions et pas seulement les laisser aux juges. Deux questions peuvent se poser : la prise en compte des transactions par les référentiels (1) et l'application des référentiels aux transactions (2).

1) La question de la prise en compte des transactions par les référentiels

173. Sur quelle base créer un référentiel ? – La question que certains spécialistes du *Droit du dommage corporel* posent à propos des référentiels est de savoir si, pour leur élaboration, qui consiste à prendre les sommes allouées aux victimes par type de préjudice, d'en faire une moyenne, et d'obtenir une somme ou une fourchette de montants, il faut, en sus des montants alloués par les juridictions, ajouter les dommages-intérêts obtenus lors de transactions²⁷⁷.

Badinter sur la protection des victimes d'accidents de la circulation, n° spécial, *Resp. civ. et assu.* Avril. 1996, p. 14 : « Chaque fois que nous avons à connaître d'une transaction, nous sommes surpris car les montants alloués par voie de transaction sont inférieurs de moitié voire parfois des deux tiers aux sommes que nous aurions accordées dans de même circonstances »

²⁷⁶Article L1142-14 alinéa 9 du Code de la santé publique

²⁷⁷B. MORNET, « Le référentiel indicatif régional d'indemnisation du préjudice corporel » in *Le Droit mis en barèmes ?*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, p.218-219

174. La prise en compte du déséquilibre présent dans les transactions dans l'idée de créer des référentiels – Le nombre de transactions est d'autant plus important en matière d'indemnisation de préjudices corporels découlant d'accidents de la circulation. Certains se sont aperçus qu'il existait une inégalité dans cette matière depuis la loi du 5 juillet 1985 en ce qu'elle eu pour but d'accélérer l'indemnisation des victimes d'accidents de la route conduisant à une augmentation du nombre de transactions par rapport au nombre de règlements judiciaires de ces litiges alors que les traitements des affaires sont pour eux moins favorables aux victimes en matière de traitement amiable.

C'est ainsi que Madame la Garde des Sceaux, en 2009, puis en 2010, a affirmé que tout en étant attachée au principe de la réparation intégrale et à celui de l'individualisation de l'indemnisation, souhaitait une réflexion autour d'une harmonisation entre les victimes entre celles dont le traitement est effectué par voie transactionnelle et celles, moins nombreuses, voyant leur affaire traitée par un juge. Elle a notamment expliqué que cette harmonisation pouvait passer par l'instauration de référentiels indicatifs et de bases de données de jurisprudence avec l'aval des associations représentatives de victimes et des praticiens du *Droit du dommage corporel*²⁷⁸.

175. Ne prendre que les décisions de justice ou ajouter les transactions ? – D'une part, se pose la question de l'emploi de barèmes ou de référentiels. D'autre part, est présent le constat que les transactions sont moins favorables aux victimes que les procès et que les indemnisations y sont plus faibles. Ainsi, se pose le problème essentiel de savoir si les bases de données et les référentiels doivent voir intégrer en plus des montants alloués par les juges, le chiffre moyen des transactions. Il faut savoir aussi, qu'aujourd'hui, comme première étape aux référentiels, il y a des bases de données. Mais il y a d'une part, la base de données JURICA pour les décisions de justice et de l'autre, le fichier AGIRA qui lui regroupe les transactions, au niveau national et il s'agirait pour Monsieur Benoît Mornet de regrouper dans une même base les résultats des transactions avec les assureurs et ceux des cours d'appel²⁷⁹. Encore faut-il que les assureurs acceptent le principe.

2) *La question de l'application des référentiels lors des transactions*

176. Faut-il imposer les référentiels aux assureurs lors des transactions ? – L'autre enjeu est de savoir si les référentiels doivent être appliqués lors des transactions. Les assureurs devraient alors s'aligner sur la moyenne de l'ensemble des dommages-intérêts alloués par les juridictions ou par eux ce qui aurait probablement pour conséquence de faire augmenter les indemnisations. Pour aller plus loin, il faudrait à partir de la base qui regroupe toutes les indemnisations, construire un référentiel de base pour que cela serve dans le cadre des indemnisations.

278 Réponse Ministérielle n° 54439, JO du 8 décembre 2009, p. 11759 ; Réponse Ministérielle n°80346, JO 19 octobre 2010, p. 11444.

279B. MORNET, « Le référentiel indicatif d'indemnisation du dommage corporel des cours d'appel », préc.,

Mais cela aurait sans doute pour conséquence de faire baisser la moyenne des montants alloués tandis que s'il n'est pas tenu compte des sommes obtenues dans le cadre des transactions, les assureurs ne voudraient probablement plus s'y référer et ils le pourraient du fait de leur caractère indicatif²⁸⁰. Madame Stéphanie Porchy-Simon propose de créer un référentiel à « double entrée » qui indiquerait à la fois le montant des indemnisations octroyé par les juges et à la fois celui obtenu en matière transactionnelle²⁸¹. Il faudrait trancher entre harmonisation complète et méfiance des assureurs.

177. Il y a donc une différence de traitement entre les victimes qui voient leur affaires étudiées par un juge et celles qui acceptent une transaction. Mais cette inégalité de traitement existe plus largement en pratique entre toutes les victimes de dommages corporels du fait de la subjectivité qui entre en considération et des différences de raisonnement des juges. Le principe d'égalité entre les victimes doit donc s'imposer, et l'un des outils qui permettrait le plus son respect serait l'utilisation des barèmes ou des référentiels.

280S. PORCHY-SIMON, La nécessaire réforme du droit du dommage corporel, Etudes offertes à H. GROUDEL, Litec 2006 p. 359 s.

281Ibidem

Chapitre 2 : Le principe récent de l'égalité en faveur de l'adoption de référentiels

178. Le principe d'égalité entre les individus pour ce qui est prévu par la loi lui-même n'est pas récent et est largement consacré depuis des décennies. Mais ce principe tend à s'élargir non pas à ce qui est prévu par la loi mais à ce qui existe en pratique entre les individus. Ainsi, si les règles en matière de responsabilité civile semblent être les mêmes pour les personnes placées dans les mêmes situations, en pratique, les décisions de justice ne sont pas identiques en ce que les juges n'allouent pas les mêmes dommages-intérêts en fonction de la juridiction pour des victimes ayant les mêmes préjudices. Il y a aussi une différence flagrante de traitement des victimes dont l'indemnisation est réglée par un juge ou pour celles dont elle est accordée par voie transactionnelle²⁸².

Pour beaucoup, il semble que la réponse à ces inégalités soit la création de barèmes ou de référentiels permettant d'harmoniser les indemnisations. Mais la critique qui peut être faite est que le mouvement d'harmonisation va à l'encontre des principes de réparation intégrale ou d'individualisation de l'indemnisation. Il convient de revenir sur ce en quoi le principe d'égalité est devenu inévitable et a poussé à la création de référentiels ou de barèmes (**Section 1**) avant de souligner le possible effet pervers de l'application de ce principe (**Section 2**).

²⁸²Voir *supra* n°166 et s.

Section 1 : Le principe d'égalité, moteur de la mise en place de barèmes et référentiels

179. Selon Madame Isabelle Sayn, qui a dirigé le colloque « *Le Droit mis en barème ?* », la barémisation quelle que soit la matière concernée, a trois fonctions : une fonction politique dont l'un des objectifs est d'assurer une égalité des citoyens devant la loi, une fonction instrumentale, pour rendre les décisions plus prévisibles et favoriser l'égalité entre les citoyens et une fonction managériale pour améliorer les rendements et la qualité des services de la justice et de décider plus en diminuant les coûts²⁸³. C'est donc bien le souci d'égalité qui semble au cœur de la barémisation en général et donc comme moteur à ce mouvement en *Droit du dommage corporel*. Il convient de revenir sur les fondements de ce principe pour en dégager toute l'importance de sa protection (§1) avant de voir comment il s'applique grâce aux barèmes ou référentiels (§2).

§1 Les fondements du principe d'égalité en Droit du dommage corporel

180. Il y a deux fonctions des barèmes ou des référentiels qui tournent autour de l'égalité : la recherche de l'égalité des citoyens devant la loi (A) et de l'égalité entre eux (B).

A/ L'égalité devant la loi applicable en Droit du dommage corporel

181. Le 28 janvier 2017, une loi relative à l'égalité et à la citoyenneté a été publiée au Journal officiel²⁸⁴. La notion d'égalité, qui figure parmi les trois objectifs de la devise de la République française, est donc au cœur des réflexions actuelles. Mais c'est un principe ancien qui a des bases solides et qu'il faut donc s'efforcer de promouvoir (1) et, en *Droit du dommage corporel*, cela a conduit à un mouvement de volonté d'harmoniser la réparation (2).

1) L'égalité, un principe ancien

182. L'égalité dans les textes traditionnels et fondamentaux – L'article 1er de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, figurant dans le préambule de la Constitution de la Ve République, dispose que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ». L'article 6 est lui consacré à la proclamation de l'égalité entre tous, car elle doit être « la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». Cela signifie que la loi doit encadrer de la même manière les droits et les devoirs des justiciables et les traiter de la même façon dès lors qu'ils sont placés dans la même situation²⁸⁵.

283I. SAYN, « Les barèmes dans le fonctionnement du droit et de la justice » in *Le Droit mis en barèmes ?*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, p.1 et s.

284Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté

285C.C., 28 janvier 2011, Décision n° 2010-92, QPC, *Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe]* : « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »

La Convention européenne des droits de l'Homme²⁸⁶ protège indirectement l'égalité également en ce qu'elle prohibe les discriminations dans la jouissance des droits qu'elle consacre en son article 14 et toute discrimination dans le Protocole n°12 à la Convention. L'égalité entre citoyens devant la loi doit donc être prise en compte, il faut donc se poser la question de chercher un compromis entre réparation intégrale et évaluation *in concreto* d'un côté, et égalité.

183. L'harmonisation comme solution à la mise en place d'une égalité – Pour permettre une plus grande égalité devant la loi pour les victimes de dommages corporels, la solution trouvée serait l'harmonisation des règles relatives au préjudice²⁸⁷. Cela peut passer par la création d'une nomenclature pour déterminer quels sont les préjudices indemnifiables pour que toutes les victimes voient réparer les mêmes préjudices et par une rationalisation au niveau des montants des indemnités donc possiblement par la création de référentiels ou de barèmes.

2) *L'harmonisation de la réparation du dommage corporel, une idée récente*

184. Les prémices de l'harmonisation en vue d'une égalité – L'un des premiers documents importants qui a lancé le mouvement d'une réflexion autour de la création d'outils pour permettre de rationaliser les indemnisations est le rapport remis au Ministère de la justice en 2003²⁸⁸ suite aux recherches faites par le groupe de travail du CNAV, présidé par Madame Yvonne Lambert-Faivre. Le rapport a deux thèmes de réflexion essentiels, d'abord une définition des postes de préjudices mais surtout « une harmonisation des indemnisations accordées aux victimes par l'élaboration d'un référentiel indicatif national conçu comme un instrument de référence à la disposition des intervenants en matière d'indemnisation »²⁸⁹. Dans sa conclusion²⁹⁰, le rapport préconise plusieurs solutions dans ce sens : élaborer un barème médical unique, créer un « référentiel indicatif national statistique et évolutif ou RINSE et adopter une nomenclature des préjudices. Sur ce dernier point, c'est le rapport de 2005²⁹¹ issu du groupe de travail présidé par Monsieur Jean-Pierre Dintilhac qui a été crucial par la publication d'une nomenclature de préjudices catégorisés. La Chancellerie et la doctrine se sont donc les quinze dernières années mises à travailler autour de l'objectif d'harmonisation. Mais le plus grand changement devrait intervenir avec la réforme de la responsabilité civile qui devrait intervenir suite à la publication de deux projets dans ce sens.

286 *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Rome, 4 novembre 1950

287 L. MAURIN, « Le droit souple de la responsabilité civile », *RTD Civ.*, 2015, p.517

288 Ministère de la justice, Conseil National de l'Aide aux Victimes (CNAV), *Rapport Y. Lambert-Faivre*, « L'indemnisation du dommage corporel »

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000490.pdf>

289 *Ibidem* p.3

290 *Ibidem* p.55 et s.

291 Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, Cour de cassation, 2005

185. Un pas de plus vers l'égalité entre victimes dans le projet de réforme – Dans son discours prononcé lors de la publication du projet de réforme de la responsabilité civile le 13 mars 2017²⁹², le Garde des Sceaux a expliqué que l'une des idées fondatrice était « l'objectif d'égalité de traitement des victimes ». En effet, le projet de réforme de la responsabilité civile²⁹³, à son article 1270, l'élaboration d'un barème médical unique et indicatif pour l'évaluation du déficit fonctionnel et à son article 1271, prévoit l'adoption d'un référentiel indicatif d'indemnisation élaboré par une base de données reprenant les décisions des juges pour certains préjudices extrapatrimoniaux. Les auteurs qui s'en réjouissent invoquent un pas important réalisé pour le rétablissement de l'égalité entre les victimes et entre les débiteurs des indemnités²⁹⁴. Il s'agirait de prendre acte et de corriger les effets pervers de la pratique judiciaire en instaurant une réelle égalité de traitement avec un barème seulement indicatif²⁹⁵. Le mouvement de la barémisation comme application du principe d'égalité entre les victimes est donc toujours en chemin vers une concrétisation.

B/ L'égalité indispensable entre les justiciables

186. Pour Monsieur Lucien Maurin, il y a deux types d'inégalités qui tendent à mener à une harmonisation des règles : des inégalités liées à la diversification des régimes et des inégalités liées à la diversification des préjudices indemnifiables²⁹⁶. Il y a donc deux raisons pour lesquelles il faudrait tenter une restauration de l'égalité entre victimes de dommages corporels : harmoniser les régimes (1) et harmoniser les indemnisations (2).

1) Créer des référentiels pour harmoniser les régimes

187. Les régimes d'indemnisation sont différents selon les impacts qu'a pu subir la victime d'un dommage corporel. Il existe notamment de multiples régimes d'accidents²⁹⁷. Il existe aussi deux grandes procédures qui ne donnent pas des indemnisations identiques, d'un côté la procédure juridictionnelle, de l'autre la procédure transactionnelle²⁹⁸. « La perte d'une jambe ne sera pas financée de la même manière selon qu'elle résulte d'un accident médical, de la circulation, du travail ou d'un attentat. »²⁹⁹ Il est donc opportun de créer une harmonisation des indemnisations tout en tenant compte de la spécificité de chaque victime.

292 Discours du garde des Sceaux J.-J. URVOAS lors de la présentation du projet de réforme de la responsabilité civile, 13 mars 2017, p. 4

293 *Projet de réforme de la responsabilité civile*, présenté par le Ministre de la justice le 13 mars 2017

294 G. VINEY, « L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile », *D.*, 2016, p.1378

295 J.-S. BORGHETTI, « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *D.*, 2016, p.1442

296 L. MAURIN, « Le droit souple de la responsabilité civile », *RTD Civ.*, 2015, p.517 n°32

297 Voir *supra* n°40 à 68

298 Voir *supra* n°166

299 L. MORLET-HAÏDARA, « Un droit en miettes ou le millefeuille de la réparation du dommage corporel », *RGDM*, n° 31, juin 2009, p. 28

2) Créer des référentiels pour harmoniser les indemnisations

188. A propos des référentiels, l'impératif majeur serait surtout une cohérence des indemnisations en France³⁰⁰. La difficulté est d'abord que les préjudices ne sont pas traités de la même manière selon les juridictions car certains types ne seraient pas indemnisés. Par exemple, concernant le préjudice d'agrément³⁰¹, la deuxième chambre civile a une interprétation stricte de sa définition et ne prend en compte que l'atteinte à la capacité d'exercice d'une activité de loisirs ou d'une activité sportive³⁰² tandis que la chambre sociale a une conception plus large³⁰³. Aussi, même à traitement d'un préjudice également, les montants alloués ne sont pas identiques. Cela pourrait provenir de la façon dont les juges raisonnent. Comme il faut que le magistrat tende vers une individualisation de l'évaluation du dommage et la réparation intégrale, il doit prendre en compte un certain nombre de critères mais rien ne lui dit comment. Il y a un « renvoi à l'imagination du juge »³⁰⁴.

§2 Les barèmes et référentiels comme application du principe d'égalité en Droit du dommage corporel

189. Madame Isabelle Sayn considère que la barémisation peut avoir en plus d'une fonction politique, une fonction typiquement managériale et une fonction instrumentale³⁰⁵. La fonction managériale permettrait d'améliorer les rendements et les performances de la justice et la fonction instrumentale permettrait de renforcer le sentiment de justice en rendant les décisions plus prévisibles avec derrière l'application de l'idée d'égalité. Ainsi, les barèmes ou les référentiels serviraient à lutter contre l'aléa des décisions de justice et à rendre cette dernière plus performante (A) et ce serait également pour les justiciables eux-mêmes un outil pour anticiper les décisions (B). Il convient de savoir si cela est respecté en pratique en matière de *Droit du dommage corporel*.

A/ Les barèmes et référentiels, recours contre l'aléa des décisions de justice

190. Les juristes réfléchissent souvent autour de l'idée d'amélioration du système juridictionnel, en témoigne la réflexion autour de la réforme de la Cour de cassation³⁰⁶. C'est aussi pour cela que de nouveaux outils apparaissent. La barémisation permettrait justement d'améliorer ce service public afin que chacun bénéficie de la même justice (1) et d'une bonne justice (2).

300C. COUSIN, « Le débat sur le référentiel indicatif d'indemnisation du préjudice corporel à l'heure des bases de données », *JCP*, 24 avril 2017, p. 830, n°13

301L. MAURIN, « Le droit souple de la responsabilité civile », *RTD Civ.*, 2015, p.517

302Civ. 2e, 28 févr. 2013, n° 11-21.015 ; N. KILGUS, « Préjudice d'agrément : retour à une définition stricte », *Dalloz Actualité*, 14 mars 2013

303Soc. 5 janv. 1995, Bull. civ. V, n° 10 ; *RTD civ.* 1995. 892, obs. P. Jourdain : le préjudice d'agrément consiste en « la privation des agréments d'une vie normale »

304C. COUSIN, « Le débat sur le référentiel indicatif d'indemnisation du préjudice corporel à l'heure des bases de données », *JCP*, 24 avril 2017, p. 830, n°11

305I. SAYN, « Les barèmes dans le fonctionnement du droit et de la justice » in *Le Droit mis en barèmes ?*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, p.1 et s.

306F. ZÉNATI-CASTAING, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTC Civ.*, 2016 p. 511

1) L'égalité entre justiciables appliquée par les juges avec la barémisation

191. Etablir un accord sur les mêmes préjudices – Pour qu'il y ait le plus d'égalité possible entre victimes au niveau de leur indemnisation, il faut d'abord se mettre d'accord sur les types de préjudices à indemniser et fixer les mêmes. Cela passe par l'élaboration d'une nomenclature. Il faut aussi leur donner des définitions pour qu'ils aient un cadre prédéfini et que tous les utilisateurs du document puissent identifier ces préjudices. Aujourd'hui, c'est la nomenclature Dintilhac qui semble s'être imposée. Mais cette nomenclature n'a de sens en terme d'efficacité quant à l'harmonisation que si elle est suivie de l'élaboration d'un outil faisant attribuer pour tel préjudice telles indemnisations puisque l'objectif de départ est l'harmonisation des indemnités.

192. Trouver un outil d'harmonisation – Pour harmoniser, la solution serait de fixer un barème, dans sa définition large. C'est alors « se doter d'une règle qui égalise la situation des personnes sous certains critères objectifs, en s'affranchissant des circonstances particulières »³⁰⁷. En effet, se placer sur le terrain de l'objectivité, c'est se détacher des particularités, donc, *a contrario*, c'est tendre vers une harmonisation donc une égalité, une égalité horizontale³⁰⁸, entre les justiciables eux-mêmes. L'un des outils permettant cela est le référentiel, lui-même issu d'une base de données ou le barème.

193. Vérifier que l'égalité puisse être respectée – Ce que l'on peut remarquer au niveau de ce qui existe déjà, à savoir les référentiels déjà utilisés, notamment par les juridictions, c'est qu'il y a au moins un raccordement quant à la classification des préjudices puisqu'ils sont basés sur la nomenclature Dintilhac et la rappellent³⁰⁹. Ensuite, il faut rattacher aux préjudices les mêmes indemnisations pour tous. Sur ce point, pour une véritable harmonisation, il va falloir trancher du fait de la diversité des référentiels qui existent et des procédures.

2) L'amélioration du service de la justice par la barémisation

194. De meilleures décisions – La barémisation permettrait de rendre de meilleures décisions de justice car elles permettraient de rétablir la confiance des justiciables. Cela permet donc d'améliorer les performances soit la qualité³¹⁰ du service public de la justice. Elle permet aussi d'utiliser un même support par tous. Un barème ou un référentiel va permettre d'être un document partagé utilisé par plusieurs acteurs de la décision, en l'occurrence de la réparation, pour leur fournir un « langage commun »³¹¹ afin d'établir une plus grande collaboration entre eux. Cela sera surtout significatif si

307E. SERVERIN, « Le principe de réparation intégrale des préjudices corporels, au risque des nomenclatures et des barèmes », in *Le Droit mis en barèmes ?*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, p.245

308 *Ibidem*

309 Exemples : *Référentiel inter-cours*, Version de septembre 2016, p.86, *Référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM*, Version applicable au 1er janvier 2016, p.19-20 en Annexe

310I. SAYN, « Les barèmes dans le fonctionnement du droit et de la justice » in *Le Droit mis en barèmes ?*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, p.1 et s.

311I. SAYN, « Les barèmes dans le fonctionnement du droit et de la justice » in *Le Droit mis en barèmes ?*, Thèmes et

un même outil est utilisé par un juge et en cas de procédure non juridictionnelle, notamment en matière de transaction. Si cela renforce l'autorité de ces outils, cela contribue également bien à l'idée de créer une égalité entre les victimes quel que soit le chemin d'indemnisation choisi.

195. Un outil de désengorgement des tribunaux – Si un juge a sous les yeux un document lui indiquant la marche à suivre pour rendre sa décision, et une idée des montants à allouer, même en gardant en tête le principe d'individualisation de l'indemnisation, il rendra probablement sa décision plus rapidement³¹². La conséquence première et qui motive encore plus les pouvoirs publics à vouloir instaurer des barèmes au sens large, aussi bien pour les victimes individuellement que pour l'intérêt général, c'est que le temps de jugement est moins long. Mais il est possible d'aller plus loin. En effet, on peut penser que le contentieux lui-même, sans que ce ne soit une question de temps, peut baisser, car la victime ou son représentant, ou son assureur, ont déjà un support qui s'il est accepté par tous va permettre plus facilement qu'il y ait directement un accord sur l'indemnisation sans qu'il ne soit besoin d'avoir recours à un juge. Pour certains, cela n'éviterait pas complètement le juge³¹³, mais cela témoigne aussi de l'idée de prévisibilité qui se cache derrière la barémisation.

B/ Les barèmes et référentiels, outils de prévisibilité

196. Selon le rapport dit rapport Guinchard de 2008³¹⁴, qui a proposé des évolutions pour améliorer la justice en France, l'un des objectifs majeurs est d'assurer « une plus grande prévisibilité » et pour ce faire, il préconise de créer des barèmes indicatifs, que ce soit en matière de pensions alimentaires ou en matière d'indemnisation du dommage corporel. L'idée de prévisibilité préside donc également le choix d'adopter des barèmes. En ce sens, en *Droit du dommage corporel*, le fait que les barèmes sont présents pour apporter de la prévisibilité leur offre deux avantages en terme de justice et donc d'égalité : être des déclencheurs de l'action en justice (1) et permettre son bon fonctionnement (2).

1) Les barèmes et référentiels comme déclencheurs de l'action en justice

197. Pour garantir une égalité, l'idée des barèmes « permet aux victimes d'anticiper l'indemnisation à laquelle elles peuvent prétendre et d'évaluer du même coup l'intérêt d'engager une procédure »³¹⁵. C'est en ce sens un outil favorable aux victimes qui soit peuvent être incitées à agir en justice en sachant à l'avance qu'elles devraient avoir droit à une indemnité conséquente ou au contraire se dire que ce n'est pas opportun aux vues de ce qui est prévu pour la réparation de tel ou tel préjudice

commentaires, Dalloz, 2014, p.1 et s.

312 Voir *infra* n°270

313 I. SAYN, préc., p.1 et s.

314 S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La Documentation française, 2008, p.295 et s.

315 L. NEYRET, « La normalisation, entre référentiels et barèmes », *Gaz. Pal.*, 16 juin 2012, n°168, p.40

qu'elle a subi. L'objectif de prévisibilité est également un but promu par la réforme de la responsabilité civile et par l'ensemble de la grande réforme du droit des obligations au sens large avec l'accessibilité et l'attractivité³¹⁶. Ainsi, il convient de constater que le temps judiciaire s'étend de plus en plus à ce qui est possible d'identifier en amont, grâce à ces sources officieuses ou officielles mais non contraignantes que sont les barèmes et les référentiels.

2) Les barèmes et référentiels comme bon exercice de l'action en justice

198. Le caractère prévisible apporté par l'application des barèmes peut permettre de prendre en compte un certain nombre d'éléments pour que les décisions de justice rendues soient meilleures.

199. La prise en compte de la sécurité juridique – La prévisibilité permet également plus de sécurité juridique car elle en serait la composante³¹⁷. La sécurité juridique, c'est le droit de ne pas voir remettre en cause ses prévisions. Les barèmes feraient appliquer plus de cette sécurité en ce que les justiciables seraient plus confiants sur le fait qu'ils aient la même indemnisation que les personnes placées dans la même situation. Toutefois, cela est à relativiser puisque les défenseurs des barèmes considèrent que ceux-ci doivent être évolutifs, modulables. Il faut donc bien que les justiciables en prennent compte. Par exemple, si une victime se réfère au référentiel inter-cours, ou au référentiel de l'ONIAM, il faut qu'elle sache qu'il y a eu plusieurs versions et qu'il y aura probablement des versions ultérieures qui vont modifier les indemnisations prévues.

200. La prise en compte de la prégnance de l'assurance – L'idée de prévisibilité est également un principe significatif en responsabilité civile du fait de la présence prenante des assureurs. L'assurance, qui recoupe aussi le concept de sécurité, a pour objectif de mutualiser et de compenser les risques « conformément aux lois de la statistique »³¹⁸. Il y a donc bien une prégnance de l'anticipation économique de la prise en compte des risques et c'est le cas en matière de dommage corporel avec la multiplication des types de contrats d'assurance. Or, cette assurance, a bien besoin pour exister, de prévisibilité et de sécurité³¹⁹.

316 Discours du garde des Sceaux J.-J. URVOAS lors de la présentation du projet de réforme de la responsabilité civile, 13 mars 2017, p. 5 ; Communiqué de presse de Jean-Jacques URVOAS, Garde des Sceaux, « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », 11 février 2016

317 T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Defrénois, coll. « Doctorat et Notariat », 2009, t. 35, p. 17-73
Cité par L. MAURIN, « Le droit souple de la responsabilité civile », *RTD Civ.*, 2015, p.517 n°32

318 J. HEMARD, *Théorie et pratique des assurances terrestres*, T.1, p.73

319 S. BOUVET, « L'équité dans la réparation du préjudice : de quelle équité me parlez-vous ? », *RCA n°5*, 2007, Chron. n°10

201. La prise en compte de préjudices prévisibles – L'idée de prévisibilité revient dans la construction même des barèmes puisqu'ils permettent une certaine anticipation de l'indemnisation en prévoyant la réparation de préjudices à venir. Comme ils sont fondés sur la nomenclature Dintilhac, ils définissent et complètent les préjudices de dépenses de santé futures, la perte de gains professionnels futurs, ou les préjudices extrapatrimoniaux évolutifs ou les besoins en tierce personne qui doivent anticipés.

Section 2 : L'effet pervers des barèmes et référentiels sur l'égalité entre préjudice subi et indemnisation

202. Monsieur Jean-Baptiste Prévost a pu souligner que les référentiels et les barèmes peuvent, dans un sens, avoir un effet inverse, à leur objectif brandi fermement par leurs défenseurs et aller à l'encontre de l'égalité. En effet, l'égalité peut avoir plusieurs faces. D'un côté, il y a l'égalité des justiciables devant la loi et de l'autre l'égalité entre le dommage et l'indemnité réparatrice³²⁰. L'égalité entre justiciables implique que chacun soit traité de la même manière et ainsi que le juge s'adapte à chacune des victimes, chacun de ses préjudices, à chaque évaluation. L'égalité entre dommage et indemnité entraîne une généralisation pour qu'à tel préjudice reconnu il soit appliquée telle indemnisation.

Mais Monsieur Prévost estime que les deux égalités sont contradictoires puisque pour qu'elles soient en adéquation, il faudrait accepter le postulat selon lequel à un même dommage correspond toujours la même réparation ce qui est plutôt écarté majoritairement à cause des pluralisme de types de victimes et de leur réception très distinctes selon les cas d'un même dommage³²¹. Il se demande même s'il est possible de créer une méthode pouvant permettre de fixer des indemnités égalitaires. Il convient donc de souligner en quoi mettre en œuvre une égalité réelle entre les victimes de dommages corporels est difficile (§1) ainsi que la complexité des outils créés pour cela est présente (§2).

§1 La difficulté à mettre en œuvre une égalité réelle entre les victimes

203. Si le principe d'égalité en matière d'indemnisation des dommages corporels est à relativiser, c'est parce qu'il pourrait s'agir d'une utopie, même avec les référentiels. *A minima*, il y a d'abord un certain nombre de conditions strictes à respecter pour y parvenir (A), et au-delà, il y a quelques obstacles au principe de généralisation de l'indemnisation en utilisant la statistique (B).

A/ Des conditions à respecter pour tendre vers une égalité parfaite

204. La nécessité d'obtenir des référentiels ayant une large application – L'ambition de créer une égalité entre citoyens serait battue en brèche si les barèmes sont le résultat d'une construction locale avec un domaine d'application limité au ressort d'un tribunal, d'un département³²² ou d'une région de France à seulement plusieurs tribunaux. En effet, à l'intérieur du territoire d'application, l'égalité peut s'appliquer, mais cela crée une inégalité entre les justiciables qui y sont soumis et les autres. En matière de *Droit du dommage corporel*, cette difficulté est présente puisqu'il existe

320J.-B. PREVOST, « Justice de la justesse », *Gaz. Pal.* 31 janvier 2009, p.6

321 *Voir supra* n°143

322I. SAYN, « Les barèmes dans le fonctionnement du droit et de la justice » in *Le Droit mis en barèmes ?*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, p.8

plusieurs référentiels qui ne sont pas issus des mêmes sources. Surtout, au niveau des référentiels élaborés à partir des décisions de justice, il n'y a pas de consensus entre toutes les cours d'appel françaises. Seul le référentiel inter-cours a connu un succès important car aujourd'hui vingt-huit ressorts de cours l'utilisent³²³ mais ce n'est pas la totalité. Aussi cela ne concerne que l'ordre judiciaire et non l'ordre administratif où il y a encore des disparités³²⁴. Pour que l'argument selon lequel il faut une barémisation pour plus d'égalité soit valide, il faut donc faire en sorte qu'ils s'appliquent à tous de la même manière.

205. La nécessité de créer des référentiels ayant une autorité certaine – Si est créé un outil pour générer une égalité entre les justiciables, encore faut-il qu'il s'applique dans les faits pour que l'égalité ne reste pas symbolique mais devienne réelle. Ainsi, pour l'instant, il n'y a pas de barème ou de référentiel officiel. Dans le projet de réforme de la responsabilité civile, il s'agit de créer un barème médical unique, un référentiel unique pour certains préjudices extrapatrimoniaux mais dont l'élaboration est applicable par décret. Cependant, même si des référentiels officiels ne voient pas le jour, certains ont déjà une certaine aura, surtout le référentiel inter-cours dans l'ordre judiciaire ou le référentiel de l'ONIAM en matière de réparation de dommages corporels issus d'accidents médicaux.

B/ Les obstacles à la généralisation par la statistique

206. Les obstacles à la généralisation – Monsieur Jean-Baptiste Prévost, dans la liste des inconvénients qu'il liste concernant les barèmes³²⁵, fait valoir que, épistémologiquement, les tentatives de généralisation sont complexes. Il rappelle que la *généralisation*, c'est « faire l'hypothèse que deux états ou propriétés dont on a déjà observé dans un nombre limité de cas qu'ils y sont fréquemment réunis selon un certain rapport, sont identiquement associés dans tous les cas semblables actuels ou futurs, et par conséquent dans tous ceux que nous examinerons à l'avenir ». C'est donc associer deux éléments différents comme formant une seule catégorie homogène, dans le but de les encadrer identiquement. Mais il convient que tout cela est basé sur un postulat qui n'est pas forcément vrai, selon lequel il est impossible d'être certains que la régularité entre les éléments existe. Appliquées aux barèmes de *Droit du dommage corporel*, ces constatations remettent en question leur fondement puisque c'est un domaine privilégié à ce que le rapprochement de deux situations soient presque jamais possible.

³²³Référentiel inter-cours, Version de septembre 2015, p.1

³²⁴Voir *infra* n°348

³²⁵J.-B. PREVOST, « Justice de la justesse », *Gaz. Pal.* 31 janvier 2009, p.6

207. Les obstacles à l'utilisation de la statistique pour la généralisation – Le mouvement de barémisation en *Droit du dommage corporel* passe par un appel fait à la statistique, puisqu'il s'agit de prendre en compte les sommes déjà allouées par les juridictions pour un préjudice donné, d'en faire une moyenne, et d'appliquer les résultats aux victimes à venir en supposant que c'est ce qu'auraient attribué les juges sans barème. Ainsi, le référentiel amorcé par le rapport Lambert-Faivre de 2003 s'intitulait « Référentiel Indicatif National *Statistique* et Évolutif ». Mais Monsieur Jean-Baptiste Prévost souligne que la statistique n'est pas une méthode neutre car des procédés permettent de « travestir » ou « déformer » les données³²⁶ car elles doivent être interprétées. Par exemple, l'utilisation d'une moyenne, obtenue en divisant la somme des résultats par le nombre de termes, ou d'une médiane, obtenue en séparant en deux groupes les résultats les moins élevés et ceux les plus élevés, ne donne pas les mêmes résultats. L'application de médianes serait beaucoup plus défavorables pour les victimes car les résultats les plus élevés auraient moins de poids³²⁷.

Ainsi, si la statistique est moins discutable pour les barèmes médicaux qui ne tiennent pas compte des futures indemnités, cela l'est plus pour les fourchettes indemnitaires, car il s'agit d'indemniser non une personne individualisée mais une « victime moyenne »³²⁸. D'un autre côté, l'utilisation de la statistique permet de faire en sorte que les résultats ne soient pas figés en garantissant le caractère évolutif des référentiels³²⁹. Les auteurs ne sont donc pas d'accord sur le point de savoir si l'utilisation des statistiques est avantageuse. Si l'idée de garantir une égalité n'est pas seulement difficile, elle est aussi complexe.

§2 La complexité d'application des outils censés appliquer une égalité

208. Les barèmes sont difficiles à appréhender mais ils sont également complexes à appliquer, notamment en ce qu'ils doivent s'intégrer dans le système normatif déjà établi. Ainsi, ils restent des normes supplémentaires dans un ensemble déjà garni et riche (A) même si la cause de leur incorporation dans cette agglomération est défendable car ambitieuse (B).

326J.-B. PREVOST, « Justice de la justesse », *Gaz. Pal.* 31 janvier 2009, p.6

327EXEMPLE : On imagine un échantillon de dix indemnisations d'un même préjudice dans dix affaires différentes. Il y a deux affaires où le juge alloue 3000€, trois où il alloue 4000€, quatre où il alloue 2000€ et une où le juge est beaucoup plus généreux et alloue 10 000€.

Calcul de la moyenne : $(2 \times 3000€ + 3 \times 4000€ + 4 \times 2000€ + 10\ 000€) / 10 = 3\ 600€$

Calcul de la médiane : {2000 ; 2000 ; 2000 ; 2000 ; 3000 ; 3000 ; 4000 ; 4000 ; 4000 ; 10000}

Il y a 10 termes, la médiane est entre le 5e et le 6e dont c'est **3000€**.

Dans cet exemple, le calcul de la médiane est donc moins favorable que celui de la moyenne.

328J.-B. PREVOST, « L'évaluation du préjudice en droit du dommage corporel : entre décision et calcul » in *Le Droit mis en barèmes ?*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, p.189 et s.

329O. GOUT, « L'émergence de nomenclatures relatives au dommage corporel », in *Le droit mis en barèmes ?*, Dalloz 2014, p.223 et s.

A/ Des normes supplémentaires dans un système bien garni

209. L'opportunité de normes supplémentaires – Jean-Baptiste Prévost³³⁰ cite une phrase de Montesquieu non dénuée de sens pour cet exposé : « Comme les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires, celles qu'on peut éluder affaiblissent la législation. Une loi doit avoir son effet, et il ne faut pas permettre d'y déroger par une convention particulière »³³¹. Il se questionne en effet sur l'opportunité de créer encore une nouvelle sorte de norme avec les barèmes qui non seulement sont des normes supplémentaires mais aussi une nouvelle catégorie. Comme il existe déjà une accumulation de normes qui ne cesse de s'accroître avec le mouvement d'inflation législative, et une prolifération normative cherchant à toujours prévoir tous les risques possibles³³², et cela s'applique bien en responsabilité civile, il est possible de s'interroger sur la pertinence de créer toujours plus de textes législatifs. Cela peut entraîner un danger pour la cohérence des textes et leur compréhension, ainsi que pour leur accessibilité à l'égard des justiciables. Les nouvelles normes doivent être absolument nécessaires : les référentiels doivent donc réussir ce test de la nécessité.

B/ Des normes supplémentaires pour un résultat ambitieux

210. La nécessité de normes supplémentaires – La norme juridique doit avoir une « nécessité [qui] doit s'imposer d'elle-même » et répondre à un « intérêt supérieur »³³³. Ce devrait être le cas des barèmes en matière de préjudice corporel. D'abord, il faut remarquer que le droit de la responsabilité civile n'est pas le plus dense législativement. Pour l'instant, seuls cinq articles principaux et dix-huit articles concernant à la responsabilité du fait des produits défectueux³³⁴ sont consacrés à ce droit dans le Code civil et aucun n'est dédié exclusivement à la réparation du dommage corporel. Le projet de réforme contient quatre-vingt trois articles mais seulement trois concernent l'adoption de nomenclatures, barèmes et référentiels³³⁵ qui doivent être complétés par des décrets. Ainsi la densité n'est pas présente. La nécessité n'a pas à être trop grande et elle est tout de même présente, et elle passe par l'exigence d'harmonisation des indemnisations. Ainsi c'est la nécessité de l'égalité qui permet de justifier l'opportunité de créer de nouvelles normes.

211. Vers une nouvelle pratique du droit – Enfin, Monsieur Jean-Baptiste Prévost³³⁶ explique que les barèmes et référentiels sont une « solution de facilité » pour une autre raison, car il existe une ambiguïté pour portant sur sa nature juridique, étant du « *droit mou* ». Il s'agit alors d'entrer dans le domaine de la question de l'apparition d'une pratique du droit particulière.

330J.-B. PREVOST, « Justice de la justesse », *Gaz. Pal.* 31 janvier 2009, p.6

331MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Paris, Flammarion, « GF » 1979, p. 305

332Y. BLANC, « L'État survivra-t-il à la prolifération des normes ? », *AJCT*, 2014, p.313

333J.-B. PREVOST, « Justice de la justesse », *Gaz. Pal.* 31 janvier 2009, p.6

334Articles 1240 à 1245-18 du Code civil, *Anciennement 1382 à 1386-18*

335Article 1269 et suivants du *Projet de réforme de la responsabilité civile*

336J.-B. PREVOST, « Justice de la justesse », *Gaz. Pal.* 31 janvier 2009, p.6

Partie 2 : Les référentiels d'indemnisation, apparition d'une pratique du droit

212. *Le droit de la responsabilité civile* est avant tout un droit très dépendant de la pratique. En effet, il est particulièrement lié aux progrès de la science, qui peuvent engendrer la création de nouveaux risques ou au contraire les diminuer, à l'intention de la société d'être plus favorable aux victimes ou aux auteurs de dommages, à l'émergence de la solidarité nationale pour la compensation de certains dommages, à la multiplicité des domaines où un préjudice peut impacter les individus. Il a justement été choisi de faire en sorte que ce droit puisse suivre la pratique. En effet, le mutisme du législateur y est particulièrement présent, favorisant le développement du rôle du juge³³⁷, pour que la jurisprudence puisse effectivement « adapter le droit de la responsabilité civile aux besoins de la pratique »³³⁸.

Le Droit du dommage corporel est donc également dépendant de la pratique, d'autant qu'il n'existe aucun texte de base le concernant. Il a donc nécessairement pour source cette pratique, notamment avec l'apparition des référentiels aux origines diverses (**Titre 1**). En vertu de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : « la loi doit être la même pour tous soit qu'elle protège soit qu'elle punisse ». La loi française s'applique donc à tous de la même façon, d'autant que c'est le législateur élu par le peuple français démocratiquement qui l'élabore. Mais si c'est la pratique qui est à l'origine des règles encadrant un droit, en réalité le risque est celui d'une disparité des règles de droit applicable. En effet, ce qu'on appelle *la pratique* est en réalité l'adjonction de toutes *les pratiques*. La question de l'harmonisation des pratiques se pose donc face à l'adoption de normes non législatives, réglementaires, conventionnelles ou constitutionnelles tels que les référentiels d'indemnisation en matière de dommages corporels (**Titre 2**).

337L. MAURIN, « Le droit souple de la responsabilité civile », *RTD Civ.*, 2015, p.517 n°32

338G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, 3e éd., LGDJ, coll. « Traité de droit civil » (dir. J. Ghestin), 2008, spéc. n° 58

Titre 1 : La pratique de l'évaluation du dommage corporel comme source normative

213. Les sources du droit français sont, principalement, la loi, élaborée par le pouvoir législatif, les règlements, issus du pouvoir exécutif, la Constitution de 1958 et son préambule, les conventions internationales, ou encore la coutume ou les usages mais aussi la jurisprudence ou encore la doctrine. Mais ce droit étant un droit écrit, c'est souvent la loi au sens large, lois et règlements compris, qui est présentée comme la norme à l'origine de la règle de droit par excellence. Pourtant, le *droit de la responsabilité civile* ne semble pas être le terrain privilégié de l'élaboration des règles par la loi, puisque ses bases sont contenues dans le Code civil sous quelques articles, les articles 1240 et suivants, mais la majorité de son développement est issu d'une jurisprudence abondante. Donc, le *Droit du dommage corporel* qui en est issu n'est pas davantage encadré par la norme législative ou encore réglementaire. Il est donc logique de rencontrer à travers l'étude de ce droit si spécifique de nouvelles formes de pratiques qui ne sont pas élaborées par les créateurs de normes traditionnels. C'est notamment le cas des référentiels, largement issus de la pratique.

Il est donc possible d'affirmer que ce type de documents fait partie d'une autre forme de norme, la *soft law*, qui est donc prenante en *Droit du dommage corporel* par ce biais ci (**Chapitre 1**). Cependant, si la loi, bien que parfois critiquée, est censée être acceptée sans difficultés par les praticiens du droit, qui y sont soumis, il peut être utile de chercher quelle est leur position face à ces outils que sont les référentiels, puisque leur valeur normative est ainsi discutée (**Chapitre 2**). C'est d'autant plus important qu'un désavantage de taille en matière de praticité est pour le moment indissociable d'eux et découle directement de cette complexité normative : la problématique de la pluralité de ces référentiels (**Chapitre 3**).

Chapitre 1 : Les référentiels d'indemnisation, un exemple de prise en compte de la soft law

214. Le terme de *droit souple* ou de *soft law* est défini comme étant « une expression nouvelle employée pour désigner un ensemble disparate de dispositifs d'origines diverses [...] qui ont en commun de ne pas avoir de valeur normative impérative n'étant créateur ni de droits ni d'obligations, mais qui n'exercent pas moins une influence régulatrice sur les comportements en cause »³³⁹. Le droit souple est parfois distingué du *droit mou*³⁴⁰ dont l'expression semble plus péjorative pour ces sources mais les deux expressions seront ici employées indistinctement. Le *droit souple* concerne donc ce qui n'a pas de valeur normative contraignante. Il est souvent élaboré par d'autres acteurs que le législateur ou le pouvoir réglementaire et va apparaître dans la pratique du droit. Mais, comme la définition le souligne, il va tout de même avoir une influence sur cette pratique et ses protagonistes. Il fait donc partie de l'échelle des normes et ne doit pas être négligé.

Or, en responsabilité civile, une forme de droit souple est en train de prendre de la place et de susciter des interrogations, notamment à propos de sa valeur normative puisqu'elle semble influencer réellement le droit : les référentiels ou barèmes d'indemnisation. Mais cette matière qu'est la responsabilité civile semble être depuis le départ et encore plus aujourd'hui un terrain privilégié de l'utilisation du droit souple notamment avec les référentiels (**Section 1**) ce qui questionne la valeur normative de ces derniers (**Section 2**).

³³⁹Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2016-2017

³⁴⁰C. VIGOUROUX, J. RICHARD, « Du droit « mou » au droit « souple » », *AJDA* 2013, p.1825

Section 1 : La responsabilité civile, terrain privilégié de l'utilisation du droit souple

215. Que ce soit en droit privé ou en droit public, il existe du *droit souple*. La responsabilité civile n'échappe pas à ce constat, d'autant que comme ce droit n'est pas très étoffé en terme de quantité de textes normatifs, ou alors avec des normes particulièrement disséminées, il constitue bien une terre fertile à la croissance du droit souple en son sein. Il n'est donc pas choquant d'y retrouver des normes telles que les référentiels d'indemnisation. Il convient de revenir sur les nombreuses sources qui n'ont pas de valeur normatives et sont éparpillées en droit de la responsabilité civile pour y situer ces derniers (§1) avant de revenir sur une norme spéciale constituant pour l'instant du droit souple mais étant particulièrement ancrée dans les usages et étant indissociable des référentiels : la nomenclature Dintilhac (§2).

§1 Les nombreuses sources sans valeur normative et éparpillées en droit de la responsabilité civile

216. Monsieur Lucien Maurin a mis en évidence que le droit souple constitue une source de droit non négligeable pour la responsabilité civile³⁴¹ même si les travaux à ce sujet sont peu nombreux car les juristes français semblent être plus attachés à l'étude du droit positif qu'à celle de ces sources là du droit. Le droit souple se retrouve autant au niveau de la caractérisation du fait générateur qu'au niveau de l'évaluation du dommage. Ainsi, il convient de trouver quels sont les domaines du droit souple en responsabilité civile (A) avant d'en expliquer les conséquences (B).

A/ Les domaines du droit souple en responsabilité civile

217. Le droit souple autour du fait générateur – Pour l'existence du fait générateur, Monsieur Lucien Maurin explique que l'ancien article 1382 du Code civil a nécessairement eu comme conséquence d'impliquer pour le juge d'autres normes que les normes habituelles. En effet, cet article, « porteur de fortes virtualités d'effets juridiques », implique que, pour déterminer la faute d'un individu et ainsi permettre d'engager sa responsabilité, il convient d'intégrer dans le raisonnement du juge des normes comportementales. Or, ces devoirs que auxquels les membres de la société sont soumis, sont typiquement des règles issues de ce qu'on peut qualifier de *droit souple* et non de règles strictes. Ce sont par exemple les règles déontologiques de certaines professions telles que celles issues de l'Ordre des médecins ou des attitudes qu'une personne raisonnable et diligente doit respecter selon une interprétation *in abstracto*. Il semble donc que l'intervention du droit souple dans la matière de la responsabilité civile est inévitable et ancrée depuis longtemps. Mais c'est surtout pour la détermination du dommage dont l'étude pouvait être moins appuyée au départ par rapport à celle du fait générateur que sont apparues de nouvelles sources.

³⁴¹L. MAURIN, « Le droit souple de la responsabilité civile », *RTD Civ.* 2015 p.517

218. Le droit souple autour de la détermination du dommage – Concernant la détermination du dommage, Monsieur Lucien Maurin³⁴² fait entrer dans le *droit souple* encadrant la responsabilité civile aussi bien la nomenclature Dintilhac que les référentiels, que ce soit ceux établis par les fonds d'indemnisation ou les assureurs ou les référentiels qui reprennent les décisions de justice. A travers une autre étape principale d'un jugement sur la responsabilité en matière de dommage corporel, les magistrats sont donc conduits à appliquer des outils non validés par le législateur mais plutôt par la pratique. Cela a profondément modifié l'évaluation du dommage que de s'appuyer sur une nomenclature des préjudices et de se référer à des barèmes ou des référentiels.

B/ Les conséquences du droit souple en responsabilité civile

219. La responsabilité civile, un droit éparpillé – Au-delà des référentiels qui n'ont pas de force législative, il y a des éléments applicables en droit français qui encadrent l'indemnisation sans pour autant être issus de règles particulièrement rigides et qui font du droit de la responsabilité civile un droit éparpillé. C'est le cas avec la loi sur les accidents du travail ou les accidents de la circulation, les dispositions sur la responsabilité du fait des produits défectueux, celles sur les dommages résultants d'infractions, de catastrophes naturelles ayant entraîné de la pollution, d'accidents de transport³⁴³. Cela conduit à des régimes d'indemnisation différents. Mais, en plus de la dissémination des normes législatives, il y a un éparpillement d'autres types de normes qui sont moins contrôlables. C'est ce qui a aussi impulsé une volonté de réforme en ce que la responsabilité civile serait devenue un véritable « droit en miettes »³⁴⁴. Cela conduirait à une inaccessibilité de ce droit pour un citoyen lambda et une compréhension difficile pour un juriste étranger notamment du fait du côtoïement entre droit dur et droit souple³⁴⁵. Une cohérence pourrait donc être souhaitable et pourrait passer par l'extension de dispositions de droit souple mais cela peut poser des difficultés.

220. Les difficultés liées à l'intervention de la *soft law* en responsabilité civile – La nature juridique des barèmes et référentiels serait ambiguë à cause de son rattachement au « droit mou » qui poserait problème selon Monsieur Jean-Baptiste Prévost³⁴⁶. Au nom de la flexibilité, il y aurait de plus en plus de complexification au sein des normes au détriment de la stabilité³⁴⁷. Et l'on ne

342L. MAURIN, « Le droit souple de la responsabilité civile », *RTD Civ.* 2015 p.517

343Loi du 9 avril 1898 concernant les responsabilités dans les accidents du travail ; Loi n°85-677 du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation ; Articles 1245 et suivants du Code civil sur la responsabilité du fait des produits défectueux ; Articles 706-3 et suivants du Code de procédure pénale pour les dommages subis par les victimes d'infractions ; Loi n°2003-699 du 20 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages ; Règlement n°1371/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 sur les droits et obligations des voyageurs ferroviaires entré en vigueur le 3 décembre 2009.

344A. TUNC, « Le droit en miettes », in *Archives philosophiques du droit*, Tome 22 : La responsabilité, Paris, 1977, p.31 et s.

345M. MEKKI, « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile : maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile », *Gaz. Pal.*, 14 juin 2016, p. 17 à 19.

346J.-B. PREVOST, « Justice de la justesse », *Gaz. Pal.* 31 janvier 2009, p.6

347C. THIBIERGE, « Le droit souple », *RTD civ.*, 2003, p.599 et s.

saurait finalement pas ce qui relèverait du droit ou n'en relèverait pas³⁴⁸. La barrière entre le fait et le droit ne serait pas étanche. Or, si cela est du droit, les barèmes ou référentiels pourraient être « contrôlés » ou du moins encadrés. Mais tant que ceux-ci sont établis par la pratique, ils devraient rester officieux. Toutefois, si le *droit souple* est si présent en responsabilité civile, c'est que ce droit lui permet d'être un « laboratoire d'observation privilégié des mutations sociétales, économiques et techniques »³⁴⁹ par application de l'adage *ex facto jus oritur* selon lequel le droit vient du fait. Il est donc logique de retrouver des sources malléables et imbibées par la société dans ce droit là car c'est une matière qui doit particulièrement s'adapter aux évolutions, dans la dynamique du projet de réforme et de la jurisprudence qui s'est beaucoup enrichie au fil des décennies. Et dans tous les cas, même s'il ne s'agit que de *soft law*, les référentiels et les barèmes vont vers une reconnaissance du droit positif grâce à l'officialisation grandissante de la nomenclature Dintilhac qui en est le support.

§2 Les référentiels d'indemnisation et la nomenclature Dintilhac

221. La nomenclature Dintilhac est une liste des préjudices classés par catégories qui peuvent découler de l'existence d'un dommage corporel et issue d'un rapport adressé au Gouvernement de 2005³⁵⁰ élaboré par un groupe de travail présidé par Monsieur Jean-Pierre Dintilhac alors président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation. Elle semble désormais avoir un statut normatif non négligeable³⁵¹. Il convient de revenir sur ce statut normatif établi (A). Cela peut permettre dans un second temps de légitimer les référentiels en ce qu'elle leur est essentielle en étant une pose de première pierre à leur édifice (B).

A/ Le statut normatif bien établi de la nomenclature Dintilhac

222. La légitimation du statut de la nomenclature Dintilhac par son processus d'élaboration – Le rapport Lambert-Faivre de 2003 avait déjà préconisé la création d'une nomenclature des préjudices³⁵². Puis c'est en 2006 que Monsieur Jean-Pierre Dintilhac a été chargé de constituer un groupe de travail afin de procéder à l'établissement d'une nomenclature. Le rapport présentant cette nomenclature a été publié en juillet 2005. Ce qui a poussé à l'utilisation d'une telle nomenclature des préjudices, c'est notamment une loi du 21 décembre 2006³⁵³ qui a indiqué en son article 25 que le recours subrogatoire des tiers payeurs devait s'effectuer « poste par poste » soit préjudice par préjudice. Or, pour séparer à chaque indemnisation les préjudices découlant de dommages corporels, il faut que les acteurs de l'indemnisation soient en accord sur le découpage à prendre en

348J.-B. PREVOST, « Justice de la justesse », *Gaz. Pal.* 31 janvier 2009, p.6

349L. MAURIN, « Le droit souple de la responsabilité civile », *RTD Civ.* 2015 p.517

350Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, préc.

351M. ROBINEAU, « Le statut normatif de la nomenclature Dintilhac », *JCP*, 2010, n°612

352« L'indemnisation du dommage corporel », *Rapport du groupe de travail présidé par Y. Lambert-Faivre*, Conseil national de l'aide aux victimes, 2003, Proposition n°

353Loi n° 2006-1640, 21 décembre 2006, de financement de la sécurité sociale pour 2007, JO 22 décembre 2006

compte et la définition de ces préjudices. Une nomenclature était donc bienvenue et comme la nomenclature Dintilhac venait de voir le jour, on peut voir dans cette loi une approbation implicite³⁵⁴ du législateur à la nomenclature. Toutefois, aucun texte législatif n'impose son utilisation car elle n'est présente que dans un rapport remis au Gouvernement ce qui ne lui confère pas ce statut. Elle a simplement été promue par une circulaire du Ministère de la Justice en 2007 indiquant qu'il s'agit d'une « référence approuvée »³⁵⁵ et la Chancellerie

223. La légitimation du statut de la nomenclature Dintilhac par son accueil par les praticiens et les commentateurs

– Les auteurs semblent être unanimes pour affirmer que la nomenclature Dintilhac est essentielle dans l'indemnisation des dommages corporels³⁵⁶. C'est surtout la reprise de la nomenclature par les juges du fond, par la Cour de cassation et même plus difficilement du Conseil d'Etat qui fait de ce texte une norme inévitable. La Cour de cassation a d'abord estimé que la référence à la nomenclature Dintilhac ne s'imposait pas mais qu'elle était nécessaire depuis la loi du 21 décembre 2006³⁵⁷. Mais ensuite, elle a repris les noms de préjudices ainsi que leurs définitions dans ses décisions³⁵⁸. Quant au Conseil d'Etat, il a d'abord proposé sa propre nomenclature applicable aux juges administratifs après l'élaboration de la nomenclature de 2006³⁵⁹ puis il semble s'être rallié à la nomenclature Dintilhac plus récemment³⁶⁰. Les juges du fond eux semblent exiger que les écritures des parties utilisent la nomenclature Dintilhac parfois à peine d'irrecevabilité ou sous peine de reformulation³⁶¹. Enfin il faut rappeler que l'article 1269 du projet de réforme de la responsabilité civile fait référence à une nomenclature fixée en Conseil d'Etat devrait reprendre la nomenclature Dintilhac³⁶². La nomenclature Dintilhac n'est donc pas encore prévue par un texte législatif et encore moins obligatoire. Cependant, cela serait une condition non négociable pour donner un statut normatif aux référentiels puisqu'elle en constitue la base.

354ROBINEAU, « Le statut normatif de la nomenclature Dintilhac », *JCP*, 2010, n°612

355Circulaire de la DACS n° 2007-05 du 22 février 2007 *relative à l'amélioration des conditions d'exercice du recours subrogatoire des tiers payeurs en cas d'indemnisation du dommage corporel*

356Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Précis Dalloz, 2015, édition n°8, n°374, p.358 ; M. ROBINEAU, « Le statut normatif de la nomenclature Dintilhac », *JCP*, 2010, n°612

357Rapport annuel de la Cour de cassation, 2007, *Troisième partie : Etude " La santé dans la jurisprudence de la cour de cassation", La responsabilité à l'épreuve des dommages survenus à l'occasion de l'activité de santé, La réparation des dommages*, « La caractérisation des préjudices »

358Civ. 2e, 29 mai 2009, n°08-16.829, RTD Civ., 2009, p.534, obs. P. JOURDAIN pour le **préjudice d'agrément**, Civ. 2e, 9 avr. 2009, n° 08-15.97, Bull. civ. 2009, II, n° 98 ; RCA, 2009, n° 163 pour le **préjudice scolaire, universitaire et de formation**.

359CE, Section, avis, 4 juin 2007, *Lagier et Consorts Guignon*, n° 303422 et 304214, JCP adm. 2007, 1897, note C. GUETTIER

360CE, 7 octobre 2013, n° et 337851 et 338532, AJDA, 2014, p.295, note T. LELEU

361ROBINEAU, « Le statut normatif de la nomenclature Dintilhac », *JCP*, 2010, n°612

362*Voir supra n°128*

B/ La nécessité d'une nomenclature pour préparer les référentiels

224. La reprise spontanée de la nomenclature Dintilhac dans les référentiels existants – Le constat est que les référentiels reprennent la nomenclature Dintilhac puisque certains la listent telle qu'elle³⁶³. Les nom des préjudices utilisés sont identiques et leur classification également. Les assureurs semblent également s'être ralliés à cette nomenclature. Un *Livre Blanc* publié en 2008 par la Fédération française des sociétés d'assurance³⁶⁴ le montre, notamment à propos de la nomenclature des préjudices extra-patrimoniaux : « sont considérés comme préjudices non économiques les postes de préjudices suivants, en conformité avec la nomenclature Dintilhac : le déficit fonctionnel temporaire et permanent, les souffrances endurées, le préjudice esthétique, le préjudice d'agrément, le préjudice sexuel et le préjudice d'établissement »³⁶⁵. Il ne semble donc pas exister de controverse à l'utilisation de la nomenclature Dintilhac dans les référentiels. Si la reprise de ce document a été assez spontanée, dès lors que des référentiels ont été constitués, sans attendre son officialisation, cela montre qu'elle est indissociable des barèmes d'indemnisation.

225. L'indissociabilité entre nomenclature et référentiel – Une nomenclature semble dès le départ être une condition préalable³⁶⁶ à l'élaboration d'un quelconque barème ou référentiel. Cela s'applique également en matière de barèmes d'indemnisation des dommages corporels. Ainsi, le rapport Lambert-Faivre de 2003 qui a initié la création d'une nomenclature des préjudices a eu pour origine la volonté du Ministre de la Justice de confier la mission au groupe de travail de « réfléchir à l'élaboration d'un barème national conçu comme un instrument de référence à la disposition des professionnels »³⁶⁷. La nomenclature permet également de faciliter la mise en place des barèmes médicaux³⁶⁸ qui sont aussi liés aux barèmes d'indemnisation. Qui de l'idée d'une nomenclature ou de l'idée de barème est née en premier ? Il est difficile de répondre à cette question. Mais les deux sont bien indissociables, tout en étant différents l'un de l'autre car la nomenclature serait une nécessité pour parfaire les règles de l'indemnisation du dommage corporel tandis que le barème permet une standardisation des décisions de justice³⁶⁹.

363 *Référentiel inter-cours*, Version de septembre 2016, p.86 ; *Référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM*, Version applicable au 1er janvier 2016, p.3

364 *Livre Blanc sur l'indemnisation du dommage corporel*, Association Française de l'Assurance, Avril 2008 <http://www.gazetteassurance.fr/wp-content/uploads/2015/02/Livre-blanc-FFSA-GEMA-sur-l'indemnisation-du-dommage-corporel-avril-2008.pdf>

365 *Ibidem* p.8

366 O. GOUT, « L'émergence de nomenclatures relatives au dommage corporel », in *Le droit mis en barèmes ?*, Dalloz 2014, p.233

367 Ministère de la justice, Conseil National de l'Aide aux Victimes (CNAV), *Rapport Y. Lambert-Faivre*, « L'indemnisation du dommage corporel », p.6

368 O. GOUT, *préc.*, p.234

369 *Ibidem* p.235

Section 2 : La force des barèmes et référentiels questionnée par leur nature normative

226. Le mouvement de barémisation ne semble pas faire l'unanimité, notamment car ils constituent du *droit souple*. Pour leur redorer leur blason, tout en conservant ce constat, il faut démontrer qu'ils ont une certaine force, c'est-à-dire une autorité (§1) et une fiabilité (§2).

§1 L'autorité des barèmes et référentiels en matière d'indemnisation du préjudice corporel

227. Il a été constaté que les barèmes et les référentiels en matière d'indemnisation du dommage corporel constituent du *droit souple* actuellement et non des dispositions édictées par une autorité ayant le pouvoir législatif ou réglementaire. Or, ce qui peut être contenu dans un texte constitutionnel, une convention internationale, une loi ou un règlement présente une certaine autorité de part la source dont il émane. Il convient donc de se questionner sur l'autorité des barèmes et des référentiels qui n'en font pas partie. Il faut pour cela étudier l'autorité globale des barèmes et référentiels (A), avant de se demander pour chacun des référentiels ou barèmes d'indemnisation quelle peut être leur autorité intrinsèque et individuelle (B).

A/ L'autorité globale des barèmes et référentiels

228. L'autorité des barèmes d'indemnisation – Il semble compliqué de savoir quelle autorité peuvent avoir globalement les référentiels d'indemnisation tant leurs origines sont différentes. En effet, leur autorité va surtout dépendre des entités qui les ont élaborés. Il est donc possible d'opérer une distinction entre le référentiel inter-cours élaboré par des magistrats, les référentiels de l'ONIAM ou du FIVA élaborés par des fonds d'indemnisation et les référentiels des assureurs. Il faut donc distinguer chaque groupe de référentiels pour en définir l'autorité. Finalement, il ne sera possible d'établir quelle est la force des référentiels d'indemnisation en général qu'en observant la pratique de leur utilisation et leurs différences concrètes³⁷⁰.

229. L'autorité des barèmes médicaux – Pour fixer un taux d'incapacité, l'expert ne peut pas se tourner vers ce qui est prévu par la loi car aucun n'est prévu par elle. Il existe plutôt des barèmes médicaux officieux. Il y a des barèmes médicaux propres à certains dommages³⁷¹ ou d'autres plus généraux sur lesquels il convient de s'attarder. Même si les barèmes médicaux ne servent pas directement au juge à fixer l'indemnisation mais plutôt à permettre à l'expert d'évaluer le dommage en posant un chiffre, il peut convenir de se demander quelle est leur autorité car ils sont indispensables à l'utilisation des référentiels d'indemnisation. Si leur autorité est négligeable, celle des seconds pourrait le devenir également. Il faut surtout s'interroger sur l'autorité de barèmes médicaux qui ont été publiés par des revues juridiques, notamment celui du *Concours médical* ou de la *Société de médecine légale et de criminologie*.

³⁷⁰Voir *infra* n°307

³⁷¹Voir *supra* n°56 à 61

D'abord, il faut souligner qu'ils sont différents car le premier est fondé sur des critères physiologiques et le second sur des critères lésionnels et fonctionnels³⁷². Le barème de la *Société de médecine légale et de criminologie* est souvent cité. Mais celui qui semble avoir été le mieux reçu est celui du *Concours médical*. Plusieurs versions existent depuis 1959³⁷³. Celui qui a été très suivi est celui publié en 1982, inspiré d'un barème de l'*American Medical Association*³⁷⁴. La chambre criminelle a d'ailleurs admis le renvoi à ce barème³⁷⁵.

B/ L'autorité propre à chaque barème ou référentiel

230. Il convient de déterminer l'autorité de chaque référentiel pouvant avoir des conséquences sur les indemnisations. Les principaux référentiels ou barèmes utilisés par les juridictions selon les cas sont le référentiel inter-cours (1), le référentiel de l'ONIAM (2), le barème du FIVA (3). Sont également utilisés, notamment en matière de transaction, les référentiels des assureurs (4).

1) L'autorité du référentiel inter-cours

a. *L'autorité du référentiel inter-cours par son élaboration*

231. S'agissant de l'autorité du référentiel inter-cours, il peut être opportun d'analyser les fonctions et origines des membres du groupe de travail qui l'ont élaboré. Les noms, fonctions, lieu d'attachement des magistrats qui ont élaboré le référentiel de départ sont cités dans la *version de 2013* du référentiel. Seize professionnels du droit sont désignés.

232. Fonctions des membres du groupe de travail – Après regroupement, on constate d'abord qu'il s'agit de sept conseillers de cours d'appel, sept présidents de chambres, d'un président de tribunal de grande instance et d'un président de cour d'assises. Ce qui est le plus marquant, c'est qu'il s'agit donc uniquement de magistrats de l'ordre judiciaire. Cela permet entre autre de comprendre pourquoi le juge administratif est plus réticent à l'utiliser.

233. Origine des membres du groupe de travail – Après classification des magistrats selon leur appartenance à une cour d'appel, on constate que cinq membres du groupe de travail viennent de Paris, deux d'Aix-en-Provence, un d'Agen, un d'Amiens, un de Bordeaux, un de Bourges, un de Grenoble, un de Nancy, un de Reims, un de Rouen, un de la Réunion. Dès lors, les membres sont issus de onze des trente-quatre ressorts de cours d'appel de France dont un seul issu d'un ressort d'Outre-mer.

372O. GOUT, « L'émergence de nomenclatures relatives au dommage corporel », in *Le droit mis en barèmes ?*, Dalloz 2014, p.223 ; L. NEYRET, « La normalisation, entre référentiels et barèmes », *Gaz. Pal.*, 16 juin 2012 n°168, p.40

373Le *Concours médical*, « Barème indicatif d'évaluation du taux d'incapacité en droit commun », 2001

374X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, 2004, n°319, p.380

375Crim., 26 juin 1984, *Guimber*, Bull. n° 243

234. Egalement, comme le *référentiel de septembre 2016* a été élaboré avec d'autres juristes suite à des échanges en juin 2016, il convient d'analyser aussi les fonctions et origines de ces personnes. Parmi les intervenants pour l'élaboration du référentiel de 2016, deux ont fait partie également des membres du groupe de travail pour l'élaboration de celui de 2013 : Benoît Mornet qui est à l'initiative du projet et Madame Christiane Belières.

235. Fonctions des intervenants – Parmi les personnes qui ont élaboré le référentiel dans sa version de 2016, il y a également sept présidents de chambres, il y a deux premiers vice-présidents, deux vice-présidents, cinq conseillers et deux juges. Il n'y a eu toujours que des magistrats de l'ordre judiciaire. Il faut remarquer aussi qu'il y a plus de magistrats ayant des fonctions et représentant des tribunaux de grandes instances alors que pour l'élaboration du référentiel de 2013 il s'agissait surtout de magistrats de cours d'appel.

236. Origine des intervenants – Dans le second groupe de travail, il y a quatre membres ayant des fonctions à Paris, trois à Nanterre, puis un seul à Agen, Aix-en-Provence, Beauvais, Bordeaux, Chambéry, Douai, Grenoble, Metz, Nancy, Rouen, Versailles. Ainsi, huit des dix-huit membres, soit presque la moitié, ont des fonctions dans la Région Ile-de-France. Davantage de ressorts sont représentés puisqu'il y en a treize. En cumulant les deux groupes de magistrats ayant eu à connaître de l'élaboration du référentiel inter-cours et en tenant compte du fait que les tribunaux de grande instance de Nanterre et de Beauvais sont rattachés à la cour d'appel de Versailles pour l'un et à celle d'Amiens pour l'autre, il y a des juges de quinze ressorts qui ont été sollicités ce qui représente moins de la moitié.

237. Ainsi, en guise de bilan, il faut constater que le référentiel inter-cours a été élaboré essentiellement par des magistrats de l'ordre judiciaire ayant des fonctions dans presque la moitié des ressorts de France même si certains ne sont pas représentés. Il serait logique qu'il ait plus d'autorité pour les juges de l'ordre judiciaire.

b. L'autorité du référentiel inter-cours par son utilisation

238. Aujourd'hui, le référentiel inter-cours est utilisé par une grande majorité des cours d'appel françaises, puisqu'ont adhéré à celui-ci vingt-huit cours d'appel sur les trente-quatre cours d'appel françaises³⁷⁶. Le référentiel inter-cours fait donc la quasi-unanimité auprès des cours d'appel en France alors qu'auparavant, chaque cour d'appel ou chaque région avait son propre référentiel.

376S. PORCHY-SIMON, O. GOUT, P. SOUSTELLE. *Étude comparative des indemnisations des dommages corporels devant les juridictions judiciaires et administratives en matière d'accidents médicaux*. [Rapport de recherche] 213-06-11-21, Mission de recherche Droit et Justice. 2016, pp.324, p.122, note de base de page n°164 : « Agen, Aix, Amiens, Angers, Bastia, Besançon, Bordeaux, Bourges, Caen, Chambéry, Colmar, Dijon, Douai, Grenoble, Metz, Nancy, Nîmes, Orléans, Paris, Pau, Poitiers, Reims, Rennes, Rouen, Toulouse, Versailles, Basse- Terre et Saint-Denis de la Réunion »

2) *L'autorité du référentiel de l'ONIAM*

239. Généralement, lorsque les référentiels utilisés par les juges en matière d'indemnisation des dommages corporels sont cités, en plus du référentiel élaboré par le groupe de travail présidé par Monsieur Benoît Mornet, sont cités le barème du FIVA qui n'est pas le plus détaillé et surtout le référentiel de l'ONIAM qui peut être utilisé en cas de dommages corporels issus d'accidents médicaux. Il convient donc de se demander si ce dernier a une certaine autorité en pratique. Il a une certaine aura, notamment pour les juges administratifs saisis en cas d'accident médical mettant en cause un établissement public hospitalier³⁷⁷. Cependant, il n'est en rien officiel ou même indicatif, n'a aucune valeur contractuelle³⁷⁸. Ce qui lui est reproché, c'est qu'il est élaboré par l'organisme qui indemnise les victimes en matière d'accidents médicaux. Il est contesté qu'un même organisme assure la détermination du montant de l'indemnisation doit il doit assumer le paiement lui assurant une certaine *puissance*³⁷⁹. Le but affiché n'est pas d'améliorer l'égalité entre les victimes mais d'être « un outil de gestion en interne et un outil de transparence sur la politique de l'établissement »³⁸⁰. Les risques de ce procédé de barémisation là seraient d'abord celui de la minoration de l'indemnisation, notamment du fait de l'absence de l'opacité qui existerait sur son élaboration, et celui de sa sclérose puisque nécessitant une réévaluation constante alors qu'il serait de « notoriété publique » qu'il n'est déjà pas généreux³⁸¹. Ainsi, le référentiel de l'ONIAM est utilisé et souvent cité mais remis en cause.

3) *L'autorité du barème du FIVA*

240. Le barème d'indemnisation du FIVA a été élaboré unilatéralement par le Fonds d'indemnisation dédié aux victimes de l'amiante, comme beaucoup de barèmes. Il est ainsi critiqué par un certain nombre d'auteurs ou de praticiens. Yvonne Lambert-Faivre et Stéphanie Porchy-Simon, auteurs du Précis Dalloz de *Droit du dommage corporel* y sont défavorables car elles en contestent la pertinence en arguant que celui-ci va à l'encontre des règles d'évaluation de droit commun³⁸². Deux ouvrages inévitables sur l'évaluation du préjudice corporel, aussi bien celui publié par les éditions LexisNexis, *L'évaluation du préjudice corporel*, de Max et Jacques-Denis Leroy et Frédéric Bibal³⁸³ que celui publié par les éditions Dalloz, *Evaluation du préjudice corporel*, de

377 Voir *infra* n°360

378 O. GOUT, « L'émergence de nomenclatures relatives au dommage corporel », in *Le droit mis en barèmes ?*, Dalloz 2014, p.234

379 Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Précis Dalloz, Décembre 2015, éd. n°8, n°892, p.782

380 *Rapport d'activité de l'ONIAM, 2015*, p.66

381 S. PORCHY-SIMON, « L'utilisation des barèmes en droit du dommage corporel au regard des principes fondamentaux du droit de la responsabilité civile » in *Le droit mis en barèmes ?*, Dalloz 2014, p.209

382 Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Précis Dalloz, Décembre 2015, éd. n°8, n°940 in fine p.842

383 M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, LexisNexis 2015, éd. n°20

Gisèle Mor³⁸⁴, rappellent que ce barème ne peut en aucun cas lier le juge et s'en réjouissent. Les auteurs du premier, à propos des préjudices extrapatrimoniaux évolutifs, dont ceux liés à l'amiante estiment que « la liberté du juge reste évidemment la règle s'agissant au surplus d'un préjudice particulièrement atypique »³⁸⁵. L'auteure du second ouvrage rappelle que le barème n'est qu'indicatif, qu'il doit être ajusté « en fonction de la situation particulière et victimes » et « qu'il ne s'impose pas, et fort heureusement, au juge, qui demeure libre d'utiliser toute méthode d'évaluation de nature à satisfaire le principe de réparation intégrale »³⁸⁶.

4) L'autorité des barèmes des assureurs

241. Il existe une certaine opacité quant aux barèmes des assureurs puisque chaque compagnie d'assurance concernée a édicté le sien et ils ne sont guère accessibles facilement et vont intervenir généralement lorsque l'assureur aura la tâche de proposer une offre d'indemnisation afin de lui donner une base. Ils n'ont donc pas de véritable autorité, sauf en leur sein et sont difficilement utilisables par des juges. Ils interviendront surtout en matière de transactions. Les assureurs préfèrent avoir leurs propres référentiels et ne sont pas contre leur élaboration au nom de l'équité, c'est ce qui ressort du *Livre Blanc* de 2008³⁸⁷. Ils ont par ailleurs créé entre eux des bases de données qui permettent leur élaboration. Mais ils seront sans doute réticents à ce que soit imposé un référentiel ou un barème auquel ils ne pourraient pas pleinement participer.

242. Concernant les référentiels de l'ONIAM, du FIVA et des assureurs, revient l'idée qu'il est difficile d'accepter des documents créés par ceux qui indemnisent eux-mêmes. Cela pose également la question de leur fiabilité.

§2 La fiabilité des barèmes et référentiels en matière d'indemnisation du préjudice corporel

243. Communément, il est considéré qu'une évaluation par des scientifiques est nécessairement éprise d'une certaine fiabilité supérieure. En réalité, la question du caractère certain de l'évaluation scientifique peut se poser. Or, passer par des référentiels ou des barèmes implique cette intervention du scientifique dans la décision du juge. Donc, en plus de la question de l'autorité des barèmes ou référentiels, peut se poser aussi celle de leur fiabilité scientifique (**A**). La fiabilité est aussi une question d'impartialité. Or, pour s'ériger en norme, une disposition se doit d'être objective. Il faut donc en outre une fiabilité objective (**B**).

384G. MOR, *Evaluation du préjudice corporel*, Dalloz, 2014/2015, éd. n°2

385M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, LexisNexis 2015, éd. n°20, n°193, p.215

386G. MOR, *Evaluation du préjudice corporel*, Dalloz, 2014/2015, éd. n°2, n°82.30 p.228

387*Livre Blanc sur l'indemnisation du dommage corporel*, Association Française de l'Assurance, Avril 2008, p.8-9

A/ L'interrogation de la fiabilité scientifique de la méthode

244. Des auteurs posent la question de la neutralité des modalités de l'évaluation scientifique. Jean-Baptiste Prévost, philosophe, estime que l'évaluation scientifique ne pourrait pas être neutre car tout dépendrait du prisme à travers lequel l'observation scientifique est faite : « l'épistémologie contemporaine nous a appris en effet à relativiser l'aura d'objectivité qui nimbe l'instrument de mesure et que la science classique la science classique avait sacralisé. Tout instrument d'évaluation, en science ou dans quelque autre domaine, ne capte effectivement de l'objet mesuré que ce que les concepteurs de l'instrument de mesure veulent mesurer conformément à leurs hypothèses de départ. »³⁸⁸. Or, faire le choix d'un référentiel ou d'un barème, c'est bien utiliser une méthode scientifique en particulier et l'appliquer identiquement à chaque victime pour évaluer son dommage et trouver une indemnisation. Ainsi, la façon dont est élaboré cet outil est cruciale car elle va influencer grandement sur le résultat. Il faut donc bien garder à l'esprit que même en utilisant les mathématiques, la statistique, des chiffres, des moyennes, des tableaux, la neutralité parfaite ne pourra pas être présente. On aurait donc pu penser qu'en se plaçant à l'extérieur du droit, en s'échappant de toute sa subjectivité et en privilégiant la science dure, la neutralité, l'égalité, seraient les maîtres mots, mais ce postulat semble erroné. Dans tous les cas, en ce qui concerne les préjudices extrapatrimoniaux, comme il l'est rappelé dans le référentiel inter-cours, à propos de certains préjudices, cela ne peut pas toujours relever de la science médicale³⁸⁹. Donc, si les référentiels se doivent d'être neutres au niveau de la méthode scientifiquement, ce qui est particulièrement complexe, ils devraient être également neutre de par leur origine, impartiaux.

B/ L'interrogation de la fiabilité objective de la méthode

245. Comme l'exprime Monsieur Lucien Maurin³⁹⁰, à propos des inconvénients du *droit souple*, le risque est l'instrumentalisation. Il explique que, comme il y a une « *internormativité* » plus importante, intégrant des considérations plus politiques, économiques ou sociales, les contours du *droit souple* sont flous. Concernant les référentiels, le problème est l'instrumentalisation de ceux qui financent au nom de considérations économiques. Il propose comme solution de maintenir l'idée de l'utilisation de la *soft law*, mais en la soumettant à des « principes procéduraux »³⁹¹, notamment celui de transparence. Pour lui la fiabilité du *droit souple* est nécessaire et passe par le respect de ces grands principes de droit procédural et de droit substantiel.

388J.-B. PREVOST, « L'évaluation du préjudice en droit du dommage corporel : entre décision et calcul », in *Le Droit mis en barème ?*, Thèmes et commentaires Dalloz 2014, p.193

389Référentiel *inter-cours*, Version de septembre 2016, p.53 pour les *souffrances endurées*, p.55 pour le *déficit fonctionnel permanent*

390L. MAURIN, « Le droit souple de la responsabilité civile », *RTD Civ.* 2015 p.517

391M. MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple, in *Le droit souple*, Journées nationales », T. XIII/Boulogne-sur-Mer, Travaux de l'association Henri Capitant, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, n° 34, p. 22-23

Cité par L. MAURIN

Chapitre 2 : Le positionnement des acteurs de l'indemnisation des préjudices corporels envers les référentiels

246. Dans le cadre de cette étude sur les référentiels, il s'agit d'observer comment une pratique qui n'est pas toujours évidente et comment l'idée d'instaurer ce mécanisme s'insère dans notre droit. Il est donc utile de savoir quelle est l'appréhension de celles-ci par ceux qui sont concernés, c'est-à-dire les acteurs de l'indemnisation des préjudices corporels, qu'il s'agisse des avocats qui vont réclamer une indemnisation, des avocats qui vont représenter une personne engagée dans une telle procédure en défense, qu'il s'agisse de ceux qui indemnisent également mais au nom de la solidarité, les fonds d'indemnisation ou les assureurs ou qu'il s'agisse des magistrats, qui doivent fixer l'indemnisation, et enfin qu'il s'agisse de ceux qui doivent expliquer les contours de cette méthode ainsi que ses liens avec les principes de la responsabilité civile, c'est-à-dire les auteurs.

Les référentiels et les barèmes, ce sont d'abord, une idée, l'idée qu'il faut essayer de trouver une solution pour harmoniser les indemnisations. Il convient donc de savoir quels sont les souhaits de la pratique du droit face à eux (**Section 1**). Les référentiels ou les barèmes, c'est aussi une méthode d'évaluation. Il convient alors également de savoir quelle est l'action de la pratique à leur propos (**Section 2**).

Section 1 : Les souhaits de la pratique face à l'adoption de référentiels

247. Il est possible d'affirmer qu'une norme ne peut être revendiquée qu'autant qu'elle se trouve appliquée. Ainsi, une loi du novembre 1800³⁹² a interdit aux femmes de porter un pantalon et des circulaires de 1892 et 1909 ont limité l'interdiction à un cas très strict. Pourtant, depuis des décennies, les femmes ont porté des pantalons. Il a fallu une réponse ministérielle de 2013³⁹³ pour considérer la norme comme dépourvue d'effet juridique. Ainsi ce n'est pas parce qu'une norme est gravée dans le loi ou simplement utilisée qu'il faut en faire une généralité. Cela s'applique aux référentiels. Or, leur application pratique dépend surtout de l'avis qu'ont ceux qui ont à en connaître et de leur acceptation. Dans cette matière, ont des avis tranchés les praticiens du droit et les professionnels de l'indemnisation (§1) et la doctrine est partagée (§2).

§1 La prise en compte tranchée de la volonté des praticiens du droit et des professionnels de l'indemnisation

248. Dans la réflexion autour du mouvement de barémisation en *Droit du dommage corporel* et de l'élaboration de référentiels, il est nécessaire de prendre en considération la volonté des praticiens du droit, tels que les avocats ou les magistrats, qui ont à en connaître, ainsi que celle des professionnels de l'indemnisation, c'est-à-dire des assureurs ou des fonds d'indemnisation. Il semble qu'il y a une vraie différence de point de vue entre deux groupes de professionnels. Les avocats et associations de victimes sont plutôt contre la barémisation et les référentiels (A) tandis que les personnes morales de l'indemnisation semblent être favorables, dès lors que ce sont eux qui en sont à l'origine (B).

A/ Les avocats et associations de victimes contre la barémisation et les référentiels

249. Parmi les commentateurs de l'utilisation des référentiels, la quasi totalité d'entre eux a remarqué que les avocats et associations de victimes ne sont pas favorables à l'adoption de référentiels et surtout à la barémisation. Il est possible de regrouper trois arguments principaux.

250. La méfiance des défenseurs des victimes par crainte d'une diminution des indemnisations

– S'il est attesté que la barémisation a pour effet de diminuer les possibles montants d'indemnisation des dommages corporels, il est logique que ceux qui défendent les victimes condamnent la pratique. Ils ont par ailleurs déjà fait part de leurs appréhensions au Gouvernement. En 2013, le député Hervé Gaymard a posé une question à Madame Christiane Taubira alors Garde des Sceaux en lui faisant part de l'inquiétude des avocats et des associations de défense de victimes quant à

³⁹²Ordonnance du préfet de police Dubois n°22 du 16 brumaire an IX

³⁹³Réponse ministérielle, Ministère des droits des femmes, Sénat, JO du 31 janvier 2013, p.339

l'élaboration d'un référentiel national d'indemnisation des victimes qui pourrait permettre aux compagnies d'assurance de limiter les indemnisations au seul maximum prévu dans le référentiel, ce qui pourrait porter atteinte à l'individualisation de la réparation, aux droits de la défense. La Ministre de la justice lui a répondu³⁹⁴ qu'elle est « attachée à l'amélioration de la protection des victimes de dommages corporels », qu'elle est contre l'introduction de barèmes, contraires aux principes fondamentaux de la réparation intégrale et d'indépendance des juridictions. Mais elle indique qu'une réflexion est en cours pour introduire un référentiel indicatif élaboré à partir des décisions des juridictions compatible avec l'individualisation des préjudices et la réparation intégrale. Il est justifié par l'égalité entre les victimes notamment en cas de transaction. Aussi la Ministre précise que le référentiel doit être indicatif, évolutif et transparent. Comme un tel référentiel n'a pas été élaboré pendant la quinquennat qui vient de s'achever en 2017, reste à savoir ce qu'il adviendra de cette idée avec le nouveau Gouvernement.

251. La méfiance des défenseurs des victimes par crainte d'un bafouement des principes – Les défenseurs des victimes allèguent également comme argument s'opposant à la barémisation que cela pourrait contrevenir aux grands principes de la responsabilité civile. Ce sont d'abord les avocats et notamment de l'Association nationale des avocats de victimes de dommages corporels (ANADAVI)³⁹⁵. L'une de ses membres, Maître Aline Boyer³⁹⁶, a expliqué, suite à la proposition de loi dite *Lefrand*, proposant d'un référentiel national judiciaire, que l'association était contre car cela serait contraire aux principes fondamentaux du droit, elle pense qu'il faut privilégié une uniformisation de la méthode d'indemnisation des magistrats car un référentiel se transformerait nécessairement en « directives », et dangereuses s'il comportait des erreurs.

252. La méfiance des défenseurs des victimes par crainte d'une prise de contrôle par les indemnisateurs – Ce qui a illustré le rejet de la barémisation ou de l'adoption de référentiels, non pas seulement par les avocats défendant les victimes, mais par le Conseil national des Barreaux plus généralement, c'est l'accueil qui a été réservé au *Livre Blanc* de 2008 de la Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA), aujourd'hui Fédération française des assurances (FFA), sur l'indemnisation des dommages corporels³⁹⁷. En effet, une motion³⁹⁸ du Conseil a été adoptée le 8 novembre 2008 à ce sujet en ce sens puisqu'il y « rejette l'idée de recourir à des référentiels ou

394 Réponse ministérielle n°8576, JOAN Q, 5 mars 2013, p. 2620

395C. COUSIN, « Le débat sur le référentiel indicatif d'indemnisation du préjudice corporel à l'heure des bases de données », JCP, 24 avril 2017, p. 830, note n°6

396A. BOYER, « Référentiel d'indemnisation : des mines anti-personnel : discours sur la méthode », *Gaz. Pal.*, 10 août 2010 p. 5

397 *Livre Blanc sur l'indemnisation du dommage corporel*, Association Française de l'Assurance, Avril 2008

398 Conseil National des Barreaux, *Motion adoptée à l'unanimité en Assemblée générale du 8 novembre 2008* http://cnb.avocat.fr/Indemnisation-des-dommages-corporels-les-avocats-rejettent-toute-idee-de-recours-a-des-baremes-meme-indicatifs_a402.html

barèmes, fussent-ils indicatifs ». Le tout premier argument donné est bien l'inquiétude selon laquelle l'initiative des assureurs « tend à s'approprier la maîtrise de l'évaluation des dommages ». Dans un communiqué de presse du 12 novembre 2008³⁹⁹, ils critiquent cette « maîtrise de l'indemnisation » au nom du principe selon lequel c'est au juge qui doit garantir l'individualisation de la réparation et le principe de réparation intégrale. A noter qu'à travers ces deux documents montrant sa prise de position, le Conseil National des Barreaux n'est toutefois pas défavorable à la nomenclature Dintilhac.

B/ Les assureurs et fonds d'indemnisation pour la création de leurs propres référentiels

253. Les assureurs et certains fonds d'indemnisation ayant leurs propres référentiels, ils ne peuvent être complètement contre cette pratique (1). Cependant, il semble que ceux-ci soient plutôt enclins à devoir respecter des référentiels auxquels ils ont eux-mêmes participé à l'élaboration (2).

1) L'intérêt des indemnificateurs pour les référentiels

254. L'intérêt des assureurs pour les référentiels – Les assureurs avancent comme argument principal à l'encadrement de la réparation des dommages corporels par les référentiels le problème des disparités d'indemnisation, tout en maintenant l'évocation du principe d'individualisation. Ils avancent également comme arguments celui de la transparence et de la réduction des délais de règlement, d'accélération et de simplification de la procédure⁴⁰⁰. Ils semblent bien accueillir le référentiel inter-cours tout en soulignant l'exigence de mettre en place un consensus pour légiférer⁴⁰¹. Ils préfèrent donc participer au moins en partie voire complètement à la préparation des référentiels qu'ils devraient respecter.

255. L'intérêt des fonds d'indemnisation pour les référentiels – Certains fonds d'indemnisation sont favorables aux référentiels puisqu'ils en ont élaboré eux-mêmes, il s'agit de l'ONIAM et du FIVA. Le précédent directeur de l'ONIAM, Monsieur Erik Rance, en 2012⁴⁰², mettait en avant les objectifs de rétablissement de l'égalité entre les victimes ainsi que la nécessaire transparence, par diffusion sur l'internet, à laquelle un référentiel doit obéir, au nom de la prévisibilité pour les victimes pour justifier la création du référentiel de l'ONIAM. Tout comme Monsieur Benoît Mornet, il s'accorde sur la forme pour vouloir un référentiel présenté sous forme de fourchettes d'indemnisation ainsi que sur le caractère évolutif qu'il doit respecter. Quand au FIVA, il énonce comme principe qu'il tient à respecter au début de la présentation de son barème celui de la

³⁹⁹Conseil National des Barreaux, *Communiqué de presse du 12 novembre 2008*

⁴⁰⁰M. EHRENFELD, « Le point de vue de l'assureur sur l'unification des outils de chiffrage des indemnités en dommage corporel », *Gaz. Pal.*, 24 décembre 2011, n°358, p.41 et s.

⁴⁰¹*Ibidem*

⁴⁰²L. NEYRET, « La normalisation, entre référentiels et barèmes », *Gaz. Pal.*, 16 juin 2012 n°168, p.40

réparation intégrale⁴⁰³. Cependant, il existe d'autres fonds d'indemnisation, tels que le Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI) ou le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO) et qui n'ont pas de référentiel connu et disponible.

256. Pour synthétiser, il y a d'un côté, les indemnificateurs qui sont pour les référentiels et qui avancent comme argument le besoin de rétablir une égalité entre les indemnisations et de l'autre, les défenseurs de victimes qui mettent en avant la nécessaire réparation intégrale, l'individualisation de la réparation et surtout le risque de sous-évaluation. C'est donc bien l'équilibre entre la prépondérance des principes qui est recherché.

2) L'intérêt des fonds d'indemnisation pour leurs référentiels

257. L'intérêt des assureurs pour leurs référentiels – Pour Maître Frédéric Bibal, la volonté constante des assureurs serait de vouloir *imposer* un référentiel malgré l'opposition des représentants des victimes⁴⁰⁴. Ce sont eux qui auraient fait en sorte, en 2011, que soit introduite l'idée d'un référentiel national⁴⁰⁵ dans la loi *Fourcade*⁴⁰⁶ dont la disposition visée a été censurée par le Conseil Constitutionnel⁴⁰⁷ alors que les associations de victimes s'y opposaient, comme elles l'ont fait savoir aux parlementaires dans une déclaration en juillet 2011⁴⁰⁸.

258. L'intérêt des fonds d'indemnisation pour leurs référentiels – Comme il existe un certain nombre de fonds d'indemnisation, sans qu'il n'y ait d'institution pour les chapeauter tous, ceux qui ont un référentiel ont le leur, l'ONIAM et le FIVA, et d'autres existent, comme le Fonds de garantie des transfusés et hémophiles contaminés par le virus du SIDA (FITH), le Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI). Dans la conclusion du Précis Dalloz de *Droit du dommage corporel*, les auteurs énoncent leur volonté qu'il existe un Fonds général unifié tous les fonds et qui s'intitulerait « Fonds de garantie des victimes d'accidents corporels imputables à un tiers ». Ce n'est qu'à ce moment-là qu'il pourrait exister un référentiel propre à ce fonds unique ce qui montrerait l'attachement de cet indemnificateur particulier à l'élaboration d'un référentiel, influencé par les référentiels de fonds existants, ou bien il faudrait lui imposer.

403Présentation du barème d'indemnisation indicatif du FIVA <http://www.fiva.fr/>

404F. BIBAL, « La modification des instruments de chiffrage des indemnités, réelle urgence ou panique des assureurs », *Gaz. Pal.*, 24 décembre 2011, n°358, p.44 et s.

405Ibidem

406Loi n°2011-940, 10 Août 2011 : JO 11 Août 2011, p.13787 dite « Loi Fourcade »

407C.C., 4 Août 2011 n°2011-640 DC : JO 11 Août 2011, p.13787

408Fédération Nationale des Victimes d'Accidents Collectifs, Association des Paralysés de France, Union Nationale des Associations de Familles de Traumatés Crâniens et de Carébro-Lésés, Fédération Nationale des Victimes d'Attentats et d'Accidents Collectifs, *Déclaration du 6 juillet 2011*

259. En conclusion, il y a d'un côté, le référentiel inter-cours élaboré par le concours de magistrats de l'ordre judiciaire et de l'autre, les référentiels propres à chaque compagnie d'assurance ou à chaque fonds d'indemnisation. Ces derniers n'étant pas opposés au premier document, si l'idée d'un référentiel unique était adopté, il faudrait soit choisir entre les élaborateurs actuels, soit faire en sorte qu'ils trouvent un consensus entre eux.

§2 Les souhaits partagés de la doctrine

260. Il semble qu'il y ait un consensus au sein des avocats des victimes de préjudices corporels et un autre au sein des assureurs. Mais les arguments pour et contre sont également très développés par la doctrine juridique qui est là pour s'interroger sur les mécanismes du droit en fonction des principes. C'est le cas aussi pour la barémisation. Comme pour presque toutes les questions, il n'y a en son sein pas de consensus, ce qui permet de mettre en lumière les arguments des uns et des autres. Il semble qu'il soit opportun de dresser un tableau des avis des commentateurs pour comprendre les arguments avancés par ceux qui sont favorables aux référentiels (**A**) et ceux qui sont contre (**B**).

A/ Les auteurs favorables aux référentiels

261. Des auteurs favorables – Celui qui est probablement le plus grand défenseur de l'indemnisation du préjudice corporel sous forme d'un référentiel semble être Monsieur Benoît Mornet puisqu'il fait la promotion régulièrement du référentiel dont il a présidé l'élaboration⁴⁰⁹. Toutefois, il souligne toujours qu'un référentiel doit rester indicatif et évolutif. Il n'est donc pas favorable à une barémisation figée. Ont également accueilli favorablement les référentiels avec son renvoi dans le projet de réforme de la responsabilité civile aussi bien Monsieur Jean-Sébastien Borghetti⁴¹⁰ que Madame Geneviève Viney⁴¹¹. Ce sont d'ailleurs ces auteurs qui ont fait partie des avants-projets de réforme du droit des obligation, le premier pour le projet Terré et la seconde pour le projet Catala. Or, il est connu que le projet Terré est moins favorable aux victimes que le projet Catala. Ainsi, les deux grandes aspirations de la réforme vont dans le sens de l'élaboration des référentiels, aspirations surtout doctrinales.

409B. MORNET, « Pour un référentiel national d'indemnisation du dommage corporel », *Gaz. Pal.*, 3 juin 2010 p. 8 ; B. MORNET, « Le référentiel indicatif régional d'indemnisation du préjudice corporel » in *Le Droit mis en barèmes ?*, Thèmes et commentaires, p.214 ; B. MORNET, « Le référentiel indicatif d'indemnisation du dommage corporel des cours d'appel » in *Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel*, CDPPOC, Faculté de droit de l'Université Savoie Mont-Blanc, 1er déc. 2016, p. 188

410J.-S. BORGHETTI, « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *D.*, 2016, p.1442

411G. VINEY, « L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile », *D.*, 2016, p.1378

262. Des auteurs favorables sous condition – D'autres auteurs évoquent les référentiels mais sont plus nuancés sur leur mise en place. Ainsi, Monsieur Lucien Maurin souligne qu'il ne s'agit pour l'instant que de *soft law* et s'interroge sur la pertinence de ces normes et il en cherche les arguments pour et les arguments contre⁴¹². De la même manière, Yvonne Lambert-Faivre et Stéphanie Porchy-Simon sont mitigées.

B/ Les auteurs en méfiance face aux référentiels

263. Des auteurs défavorables face aux principes – Jean-Baptiste Prévost⁴¹³, philosophe, s'est plusieurs fois interrogé sur le mouvement de la barémisation et il semble être plutôt septique face à eux.

264. Des auteurs défavorables face à l'évaluation concrète des préjudices corporels – Il existe deux ouvrages principaux, plutôt tourné vers les professionnels, pour évaluer les préjudices corporels, celui des éditions LexisNexis de Messieurs Le Roy et Bibal⁴¹⁴ et celui des éditions Dalloz de Madame Gisèle Mor⁴¹⁵. Les deux sont assez réticents à la barémisation. Ils sont plutôt favorables aux seules bases de données.

412L. MAURIN, « Le droit souple de la responsabilité civile », *RTD Civ.*, 2015, p.517

413J.-B. PREVOST, « L'évaluation du préjudice en droit du dommage corporel : entre décision et calcul », in *Le Droit mis en barème ?*, Thèmes et commentaires Dalloz 2014, p.193

414M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, LexisNexis, 2015, édition n°20, p.55

415G. MOR, *Evaluation du préjudice corporel*, Dalloz, 2014/2015, éd. n°2

Section 2 : L'action de la pratique consécutive à l'adoption de référentiels

265. Après le débat d'opinions entre les professionnels et commentateurs autour des arguments sur l'idée même de référentiels, il convient de voir comment en pratique ils peuvent être opportuns. L'un des premiers professionnels concernés car c'est lui qui va les utiliser est le juge (§1). Mais entre aussi en compte l'avis d'un professionnel qui n'a pas pour domaine de travail le droit : l'expert (§2).

§1 Le rôle du juge et son utilisation des référentiels dans l'évaluation du dommage corporel

266. On sait que les juges qui rendent des décisions en matière de dommages corporels utilisent des référentiels, alors que ceux-ci ne sont pas des normes prévues par la loi. Il faut pour cela chercher des raisons qui tiennent plus de leur utilité : l'aide à la décision sur l'indemnisation et l'accélération de la procédure soit la simplification (A). Il faut chercher si cette utilisation est admise par la Cour de cassation (B) avant de souligner en quoi il s'agit d'une nouvelle pratique pour les magistrats (C).

A/ La simplification de l'indemnisation par les référentiels

267. Monsieur Jean-Pierre Dintilhac a indiqué, à propos des organismes qui indemnisent les victimes, au titre de la solidarité nationale, comme les fonds d'indemnisation, que « l'adoption de barèmes d'indemnisation offre des avantages en terme de prévisibilité, d'égalité, de simplicité et de rapidité »⁴¹⁶. Il a déjà été mis en avant les idées de prévisibilité et d'égalité, mais sont aussi essentiels à traiter les arguments de la simplicité (1) et de la rapidité (2).

1) Une aide à la décision grâce aux référentiels

268. La facilitation de son droit à indemnisation pour le justiciable – L'élaboration d'une nomenclature des préjudices et de référentiels d'indemnisation permettrait aux victimes d'avoir un accès facilité à la réalisation de leurs droits⁴¹⁷. Cela va de paire avec l'objectif de prévisibilité suivi par les référentiels. Cela permet également d'aider l'avocat dans son rôle d'évaluation des préjudices. Selon le principe dispositif prévu à l'article 4 du Code de procédure civile, le juge n'est tenu de statuer que sur les prétentions faites par les parties et ne peut juger *ultra petita*. L'avocat, s'il est présent, doit donc s'efforcer de déterminer quels sont tous les préjudices indemnifiables et les citer. La nomenclature Dintilhac a donc bien pour effet de « faciliter le travail de l'avocat » disposant d'une « grille de lecture précise »⁴¹⁸. Mais l'avocat de la victime doit aussi demander des dommages-intérêts correspondant aux préjudices à indemniser énoncés les plus favorables à son client mais aussi les plus conformes possibles, pour être crédible et suivi, à la réalité du dommage. Les référentiels peuvent donc l'aider à parvenir à cet idée, même s'il reste assez libre en s'y référant.

416J.-P. DINTILHAC, « Introduction », in *Le droit mis en barèmes ?*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014, p.223

417S. BOUVET, « L'équité dans la réparation du préjudice : de quelle équité me parlez-vous ? », *RCA*, 2007, chr. n°10

418Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Précis Dalloz, Décembre 2015, éd. n°8, n°157 p.143

269. La facilitation de la prise de décision– Un référentiel aurait surtout pour avantage d'être un « outil d'aide à la décision »⁴¹⁹. Le but est d'harmoniser les décisions à travers l'élaboration d'un repère pour le juge ou les parties qui peuvent se reporter à un outil commun. Lorsque le magistrat ou les parties dans le cadre d'une transaction sont face à un préjudice en particulier, notamment ceux qui n'ont aucun lien avec une quelconque valeur économique directe, dont il n'est pas possible d'apporter comme preuves de simples factures, notamment les préjudices extrapatrimoniaux, cela leur donne une idée de l'indemnisation qui peut être attribuée pour ne pas rester dans une sorte de nébuleuse d'application du droit. Cela ne les contraint pas tant que le référentiel est indicatif et ne leur est pas rigide dès lors que des fourchettes d'indemnisation sont prévues à l'intérieur desquelles le montant peut encore varier. Cela peut aussi conduire à les rassurer en ce que les montants indiqués correspondent à ce qui a déjà été attribué auparavant pour la réparation de tel ou tel préjudice. Même Jean-Baptiste Prévost, plutôt sceptique à l'égard de tous les barèmes, atteste également qu'ils ont d'abord pour avantage de simplifier le contentieux⁴²⁰. Mais le but serait plus d'améliorer la gestion des procédures au risque de tomber dans une dérive de « machinisme indemnitaire » au nom de cette bonne gestion. Il permet donc de se poser une question : les référentiels, solution de facilité⁴²¹ ou facilitation de la décision ? C'est nécessairement un outil utile, mais chacun peut considérer qu'il s'agit d'une mise en application du droit trop simple ou justifiée.

2) L'accélération de la procédure judiciaire grâce aux référentiels

270. Le législateur a toujours cherché à accélérer les délais de procédure jugés trop long en France. En effet, il existe une exigence de célérité de la justice pour garantir son efficacité. L'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ainsi que l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne disposent que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un *délai raisonnable* ». La Cour européenne des droits de l'Homme pose trois critères pour que le délai soit considéré comme raisonnable : la complexité de l'affaire, le comportement des requérants et celui des autorités judiciaires⁴²². Comme les référentiels ont notamment pour but de simplifier l'indemnisation des dommages corporels, cela peut donc permettre de diminuer la complexité et donc nécessairement de réduire les délais. Cela montre aussi que les juges tiennent compte de cet enjeu de rapidité en utilisant tous les outils appropriés possibles pour accélérer la justice. Ainsi, le Garde des Sceaux entré en fonction en mai 2017, François Bayrou, estimait que l'une des ses deux priorités est l'enjeu de la rapidité des jugements⁴²³.

419P. DEUMIER, voir *infra* n°275

420J.-B. PREVOST, « L'évaluation du préjudice en droit du dommage corporel : entre décision et calcul », préc., p.193

421J.-B. PREVOST, « Justice de la justesse », *Gaz. Pal.*, 31 janvier 2009, p.6

422CourEDH, 25 mars 1999, *Pélissier et Sassi contre France*, Requête n° 25444/94

423A. PORTMANN, « François Bayrou : un projet de loi de moralisation de la vie publique avant les législatives », *Dalloz Actualités*, 18 mai 2017

B/ L'adéquation entre utilisation des référentiels et la jurisprudence traditionnelle

271. Après avoir mis en lumière les avantages que pouvaient avoir les référentiels pour les juges du fond, car ce sont eux qui doivent donner un chiffrage à l'indemnisation, il faut également revenir sur la place qu'ont les référentiels, et la barémisation plus globalement, dans la jurisprudence des juges de la Cour de cassation et sur leur acceptation ou leur rejet par elle. Il convient donc de voir quel contrôle les juges suprêmes observent sur la barémisation (1) avant de voir quel marge de manœuvre elle laisse aux juges du fond à ce titre et il s'agit d'un renvoi au pouvoir souverain (2).

1) Le contrôle de la Cour de cassation et la barémisation

272. Contrôle de la Cour de cassation sur l'évaluation des indemnités par les juges du fond –

La Cour de cassation exerce un pouvoir de contrôle sur l'utilisation des barèmes par les juges du fond et elle les censure lorsque ceux-ci allouent des indemnités calculées forfaitairement⁴²⁴ ou lorsqu'ils font uniquement référence à des barèmes⁴²⁵. Cela s'explique en partie par la particularité du droit français qui n'admet pas le système du *precedent* utilisé par le droit anglo-saxon où les juges peuvent voire doivent se fonder sur des jurisprudences antérieures pour rendre leur décision. En effet, le droit français fait partie des droits romano-germaniques dits droits écrits qui ont principalement comme source que des normes établies par le législateur et le juge ne saurait s'ériger en créateur de normes comme le prévoit l'article 5 du Code civil français. Or, le système des référentiels s'inscrit bien dans cette idée de reprendre ce qui a été jugé comme base pour régler les litiges à venir. Cela souligne une « différence considérable » selon Madame Lydie Reiss⁴²⁶ avec le droit anglais. Le même auteur souligne qu'il s'agit même d'une « bizarrerie » puisqu'elle souligne que certaines revues juridiques, notamment la *Gazette du Palais*, publient depuis longtemps des barèmes sur l'évaluation des préjudices corporels qui sont en pratique très utilisés voire institutionnalisés⁴²⁷. En réalité, elle explique que ce qui compte pour les juges suprêmes reste la réparation intégrale et l'appréciation in concreto.

273. Position de la Cour de cassation sur les barèmes – Par l'arrêt de sa première chambre civile, du 23 octobre 2013⁴²⁸, la Cour de cassation s'est écartée de la tendance actuelle qui se meut vers la barémisation de la justice en matière de pension alimentaire.

424Civ. 1ère, 3 juillet 1996, n°9414820, Bull. Civ. I, n°296 p.206

425Crim. 3 novembre 1955, D., 1956, p.577, note R. SAVATIER

426Lydie REISS, *Le juge et le préjudice, Etude comparée des droits français et anglais*, PUAM n°353 et s

427Ibidem

428Civ. 1re, 23 oct. 2013, n° 12-25.301, avis D. SARCELET et rapp. C. CAPITAINE ; D. 2013. 2518

274. Arrêt du 23 octobre 2013 en matière de barème fixant une pension alimentaire – Dans l'affaire jugée en octobre 2013, il s'agissait d'un couple se séparant dont la mère demandait à ce que la résidence habituelle de sa fille soit fixée à son domicile, qu'un droit de visite et d'hébergement soit attribué au père et que soit fixée la contribution du père à l'entretien et à l'éducation de son enfant. Pour fixer la pension alimentaire ainsi demandée, les juges de la cour d'appel s'étaient fondés sur la table de référence « indexée » à une circulaire du 12 avril 2010⁴²⁹. Les juges suprêmes cassent l'arrêt des juges du fond au visa de l'article 371-2 du Code civil qui prévoit que chaque parent doit contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion des ressources des deux parents et des besoins de l'enfant sans évoquer de méthode de calcul de la contribution. Les juges estiment « qu'en fondant sa décision sur une table de référence, fût-elle annexée à une circulaire, la cour d'appel, à laquelle il incombait de fixer le montant de la contribution litigieuse en considération des seules facultés contributives des parents de l'enfant et des besoins de celui-ci, a violé, par fausse application, le texte susvisé ».

275. Comme le souligne Madame Pascale Deumier⁴³⁰, il est vrai que cette table de référence n'avait que pour ambition d'être un référentiel n'ayant qu'une « valeur purement indicative » pour constituer seulement un « outil d'aide à la décision » comme c'est le cas pour les barèmes en France en droit positif pour le moment quel que soit le domaine. Dans la hiérarchie des normes, s'agissant d'une norme indicative, elle se situerait « tout en bas de l'échelle »⁴³¹ ne servant qu'à apporter des informations et non à influencer.

L'élaboration de la table de référence indexée à la circulaire de 2010 avait des objectifs en commun avec celle des référentiels et barèmes en matière d'indemnisation du dommage corporel, notamment celui d'éviter les inégalités de traitement car des disparités avaient été mises en lumière, de rendre les décisions plus prévisibles, transparentes et de créer enfin un barème officiel.

276. Application à l'évaluation des dommages corporels – Il est donc possible de considérer que la solution de la Cour de cassation de 2013 est également applicable aux barèmes en matière d'évaluation du dommage corporel. Cela signifierait que les juges du fond ne pourraient pas non plus se référer expressément à tel ou tel référentiel ou barème, d'autant qu'il en existe un certain nombre, au nom de l'individualisation de l'évaluation du préjudice et de la pluralité de situations envisageables. Ou alors, il faudrait que les juges motivent longuement et précisément leur décision à côté de cette référence.

429Circulaire CIV/06/10 du 12 avril 2010, Circulaire de diffusion d'une table de référence permettant la fixation de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants sous forme de pension alimentaire

430P. DEUMIER, « Une norme indicative : la table de référence pour fixer les pensions alimentaires » *RTD Civ.*, 2014, p.77

431Ibidem

277. C'est justement la question qui peut être posée suite à cet arrêt. D'une part, il est possible de considérer que la Cour de cassation interdit toute référence à un barème par les juges du fond et d'autre part, il est possible d'affirmer qu'en réalité les juges peuvent se référer à l'un d'entre eux tant qu'ils motivent leur décision et font une appréciation *in concreto* en plus. L'effet pervers de la décision serait que les juges du fond appliquent tout de même les barèmes mais sans y faire référence. Si « la circulaire avait voulu renforcer la division du système juridique entre son apparence formelle et sa réalité pratique », la haute Cour « risque d'en faire un nouveau barème officieux » ce qui peut à la fois paraître hypocrite et en même temps poser des difficultés de compréhension des décisions qui sont plus claires quand les juges se réfèrent expressément à une quelconque norme ou quand ils détaillent la décision.

2) Le principe d'appréciation souveraine des juges du fond sur la fixation des dommages-intérêts indemnisant les préjudices corporels

278. Le principe d'appréciation souveraine des juges du fond sur la fixation des dommages-intérêts permettant d'indemniser les préjudices corporels posé par la Cour de Cassation – En matière de fixation de l'indemnisation des préjudices, les juges du fond conservent leur pouvoir souverain d'appréciation. C'est le principe selon une jurisprudence constante⁴³². Mais une certaine évolution a eu lieu sur la motivation de ces derniers. En effet, il y a plusieurs années, la Cour de cassation n'exigeait pas des juges du fond de détailler la manière dont ils parvenaient au montant des dommages-intérêts qu'ils fixaient. Ils pouvaient ainsi effectuer une évaluation globale de l'ensemble des préjudices subis par une même victime. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a réaffirmé le principe dans un arrêt du 26 mars 1999⁴³³. La justification de cette affirmation était d'éviter qu'un même préjudice soit réparé plusieurs fois, en vertu du principe de réparation intégrale⁴³⁴. Mais cette position fut critiquée par certains auteurs, notamment ceux favorables à l'indemnisation des victimes⁴³⁵. Une large modification de la jurisprudence de la Cour de cassation a dû s'opérer à partir des années 2000 suite à l'imposition de l'évaluation des préjudices pas chefs de préjudices. Ce fut notamment le cas avec la modification de la loi du 5 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des véhicules terrestres à moteur dans la loi du 21 décembre 2006 introduisant dans cette loi l'article 31 imposant que les recours des tiers payeurs soient opérés postes par postes.

432Civ. 2e, 20 décembre 1966, Bull. Civ. 1966, II, n°979

433Ass Plén., 26 mars 1999, n°95-20640

434CA Paris, 29 mars 1957, JCP 1957, IV, 95 : « l'examen général des conséquences dommageables de l'accident risque de dégager des éléments de préjudice faisant double emploi ou en tout cas difficilement séparables »

435G. VINEY, JCP G 2000, I, 199, chron. 12 : Pour Geneviève Viney, à propos de cette solution : « non seulement elle consacre l'abandon aux juges du fond d'une question d'une extrême importance, celle du calcul du montant des réparations allouées aux victimes, mais en outre dispense explicitement de toute motivation sur ce point. Elle leur permet donc de faire ce qu'ils veulent, du moment qu'ils n'en disent rien dans leur décision ».

279. Un octroi du pouvoir souverain aux juges du fond concernant l'appréciation des dommages corporels non exclusif à la France – Dans une étude comparative élaborée sous la direction des Messieurs Philippe Pierre et Fabrice Leduc, a été étudiée l'appréhension en Europe, principalement dans les membres de l'Union européenne, du principe de réparation intégrale⁴³⁶. Ont été posées un certain nombre de questions pour connaître l'application de ce principe dans les différents Etats communautaires dont les questions suivantes qui ont trait à la barémisation : « Existe-t-il des règles d'évaluation de la réparation qui s'imposent aux juges du fond ? » et « Si oui, lesquelles ? ». Il apparaît que dans plusieurs pays européens, les règles d'évaluation ne s'imposent pas aux juges du fond, généralement au nom du principe d'appréciation souveraine, notamment en Autriche, en Belgique, en Espagne, en Pologne, au Royaume-Uni, en Suède ou en Suisse. Dans les autres Etats étudiés où il y a des règles comme en Allemagne, au Luxembourg, en Irlande, en Italie ou aux pays-Bas, il n'y a pas de règles très strictes avec des barèmes mais plutôt des principes à suivre sur la façon donc il faut indemniser.

C/ Une nouvelle méthode de raisonnement des juges

280. L'utilisation des référentiels a apporté une nouvelle pratique pour les magistrats qui fait penser à la procédure de Common Law (1), qui doit rester encadrée par les magistrats au nom de certains impératifs (2) et qui commence à être prise en compte malgré des disparités entre juridictions (3).

1) Le rapprochement de la méthode d'évaluation des préjudices corporels française avec la Common law

281. Le doyen Carbonnier s'exprimait ainsi : « lorsque sur un point de droit un juge a jugé d'une certaine manière, s'il retrouve le même débat dans un procès nouveau, il a tendance à reproduire le jugement précédent. »⁴³⁷. Ainsi, même si le droit français fait partie de la famille des pays de droit écrit, où les normes ont tendance à être codifiées, il semble que le principe applicable dans les pays de Common Law, à savoir le principe du *precedent*, trouve tout de même des applications en France. En effet, le *precedent* se définit comme une « solution antérieurement donnée dans un litige semblable, invoquée comme référence, parfois dotée d'un caractère obligatoire, notamment dans les pays de Common law »⁴³⁸. Or, utiliser des référentiels met bien en œuvre le principe selon lequel le juge peut utiliser des références prises antérieurement. Les droits de Common law influencent donc par le biais de l'indemnisation des dommages corporels, le droit français, car le juge français utilise la même méthode que son homologue anglais.

436Ph. PIERRE et F. LEDUC, *La réparation intégrale en Europe*, étude effectuée par l'Iode de Rennes et le centre de recherche de droit privé de Tours, Larcier, 2012

437J. CARBONNER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 2006

Cité par A. BOYER, préc., *Gaz. Pal.*, 10 août 2010 p. 5

438*Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2016-2017

2) Les impératifs à respecter pour les magistrats

282. Quand Monsieur Benoît Mornet a pu expliquer en quoi un référentiel d'indemnisation pourrait être établi et suivi, il a affirmé récemment qu'il devait concilier deux impératifs qui concernent les magistrats : celui de l'indépendance du juge et celui de la confiance des justiciables envers lui⁴³⁹.

283. L'impératif de confiance des justiciables envers le juge – Le doyen Carbonnier poursuivi sa pensée précédente par ces mots : « ce n'est pas seulement la force de l'habitude (qui est une économie de force), c'est aussi la volonté de ne pas décevoir les attentes des praticiens et des justiciables, de ne pas troubler la confiance qu'ils ont faite à ce qui avait été antérieurement jugé »⁴⁴⁰. Pour Benoît Mornet, il s'agit d'une idée de « confiance jurisprudentielle ». Ce serait pour lui parce que les référentiels permettent cet aplomb par la reprise de ce qui a déjà été décidé que leur élaboration ne pourrait être qu'une évidence. Mais un autre impératif peut venir limiter cette idée : celui de l'indépendance du juge.

284. L'impératif d'indépendance du juge – Le principe d'indépendance des magistrats est essentiel dans toute procédure juridictionnelle. Il est notamment prévu à l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ou l'article 64 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui prévoit que le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Ce principe s'applique donc aux procédures d'indemnisation du dommage corporel et les référentiels ne doivent pas le contrarier. Or, si le juge utilise un référentiel, il y a le risque pour le justiciable de penser qu'il est lié par celui-ci alors qu'il est censé individualiser l'indemnisation. Ceci est encore plus le cas selon la source du référentiel. Si le juge accepte de prendre en compte un référentiel établi par l'entité qui indemnise, la victime pourrait y voir un risque de problème d'indépendance.

3) La réception des référentiels d'indemnisation par les juges : étude de décisions de justice

285. Deux études de jurisprudence peuvent être effectuées simplement. Il est possible d'étudier un échantillon de décisions accessibles publiquement, pour n'importe quel justiciable, à partir du site interne Légifrance (3.1) ou un corpus accessible via une base de données d'un éditeur juridique pour ses abonnés de cette revue, ici c'est la base de données de l'éditeur LexisNexis, Lexis 360° (3.2).

439B. MORNET, « Le référentiel indicatif d'indemnisation du dommage corporel des cours d'appel » in *Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel*, CDPPOC, Faculté de droit de l'Université Savoie Mont-Blanc, 1er déc. 2016, p. 184

440J. CARBONNER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 2006

Cité par B. MORNET, « Pour un référentiel national d'indemnisation du dommage corporel », *Gaz. Pal.*, 3 juin 2010 p. 8

3.1 *Etude de décisions de justice accessibles publiquement sur le site Légifrance*

a. Les bases de l'étude

286. La base de données du site internet *Légifrance* comprend un certain nombre de décisions de la Cour de cassation ou de cours d'appel. Or, cet outil est avantageux car il permet de rechercher des décisions de justice par mots clés. Il convient donc à la recherche de décisions de justice faisant référence, en matière de réparation du préjudice corporel, aux barèmes ou référentiels étudiés, principalement le référentiel inter-cours, le référentiel de l'ONIAM et le barème de la FIVA. Il permet ainsi *a minima* de savoir si les juges utilisent ces référentiels au moins à quelques reprises, même s'il faut prendre en compte le fait que le site *Légifrance* n'est pas représentatif de toutes les décisions des juges du fond, ne constituant qu'un échantillon.

b. Les résultats

287. Recherche de l'utilisation du référentiel inter-cours – Lors d'une première recherche de décisions de cours d'appel avec les mots-clés « référentiel » ET « inter-cours », permettant de savoir si des cours en France utilisent le référentiel présenté par Monsieur Benoît Mornet, la seule décision qui apparaît est une décision de la Cour d'appel de Bastia du 9 novembre 2016. Dans cette décision, les juges se servent du référentiel inter-cours pour déterminer le chiffrage du déficit fonctionnel permanent et font expressément référence au référentiel⁴⁴¹.

288. Recherche de l'utilisation du référentiel de l'ONIAM – Avec une recherche cette fois concernant le référentiel de l'ONIAM, en utilisant les mêmes paramètres en changeant le mot-clé « inter-cours » par « ONIAM », il ressort une seule décision de la Cour d'appel de Limoges du 16 mars 2015. Cette fois la cour d'appel ne renvoie plus à un référentiel, en l'occurrence celui de l'ONIAM, pour établir l'indemnisation, mais elle conteste son application en estimant que l'ONIAM, partie au procès, n'a pas à se fonder unilatéralement sur ce référentiel⁴⁴². Il semble se dessiner le constat suivant : il y aurait donc des cours plus réticentes que d'autres à l'utilisation des référentiels en matière de réparation du dommage corporel.

289. Recherche de l'utilisation du barème de la FIVA – Après des recherches sur l'utilisation du référentiel inter-cours ou celui de l'ONIAM, il est enfin possible de savoir s'il est possible de trouver des décisions faisant référence au barème de la FIVA. En cherchant par les mots-clés « référentiel » et

441CA Bastia, 9 novembre 2016, n°15/00.358 : « *Déficit fonctionnel permanent de 5 % : 1 100 euros (sur la base du référentiel inter-cours d'appel), soit une somme de 5 500 euros.* »

442CA Limoges, 16 mars 2015, 12/00.925 : « *Attendu enfin, que se basant sur son propre barème référentiel élaboré unilatéralement alors qu'il est partie au procès, l'ONIAM sollicite une réduction de toutes les sommes allouées à Monsieur X... du chef des préjudices extra-patrimoniaux, tandis que M. X... sollicite la confirmation du jugement de ces chefs ;* »

« FIVA », il n'y a aucun résultat. En revanche, en utilisant les mots « barème » et « FIVA », en excluant le mot « capitalisation » pour éviter de trouver des décisions s'intéressant uniquement sur la question des barèmes de capitalisation, il y a plus de trente-quatre résultats. Parmi les plus significatifs, car plus récents et ayant attiré à l'indemnisation des préjudices corporels, il y a surtout à nouveau des décisions de la cour d'appel de Bastia. Dans deux de ces décisions, les juges ordonnent une expertise et demandent aux experts désignés de déterminer le taux d'incapacité en prenant comme « seule référence » le barème du FIVA⁴⁴³.

290. Bilan de la recherche sur le site *Légifrance* – Le premier constat est qu'en effectuant ce type de recherche en utilisant les mots-clés « référentiel » ou « barème » ou « préjudice corporel », il ne semble pas que l'on puisse trouver des décisions de la Cour de cassation faisant référence aux référentiels.

Un autre constat qui peut être fait est que les décisions qui font appel aux référentiels sont très récentes, et datent pour la plupart des années 2015, 2016 ou 2017 alors que le référentiel Inter-Cours a eu sa première publication en 2013. Cela permet de montrer qu'il faut du temps aux juges du fond pour utiliser et surtout citer ces sources. En revanche, la recherche est plus fructueuse s'agissant des décisions de cours d'appel.

Une autre observation à faire est que ce sont les décisions de la cour d'appel de Bastia qui sont les plus présentes dans les résultats. Or, la Cour d'appel corse ne semble pas être l'une des cours d'appel qui connaît le plus d'affaires, puisqu'elle n'est composée que de trois présidents de chambres et huit conseillers et n'a dans son ressort que deux tribunaux de grande instance⁴⁴⁴. Elle est la Cour qui a dans son ressort le moins de tribunaux de grande instance en France métropolitaine. Cela peut donc permettre de montrer que cette cour est plus attachée aux référentiels que les autres si l'on considère que les décisions trouvables sur le site *Légifrance* sont représentatives des décisions globales.

443CA Bastia, 25 janvier 2017, n°16/00.028 : « *PAR CES MOTIFS, LA COUR, Ordonne une expertise, Désigne pour y procéder : (...) lequel aura pour mission de : (...) évaluer le taux d'incapacité résultant de cette exposition au jour de l'expertise en prenant comme seule référence le barème médical du Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante* »

CA Bastia, 20 mai 2015, n°14/00.985 : « *PAR CES MOTIFS, LA COUR : Ordonne une expertise médicale, Commet pour y procéder le Docteur (...) lequel aura pour mission de : (...) déterminer le ou les taux d'incapacité en relation avec la maladie liée à l'amiante en prenant pour seule référence le barème médical indicatif du FIVA à compter de la date de première constatation médicale de la maladie* »

444<http://www.ca-bastia.justice.fr/index.php?rubrique=11653&ssrubrique=11661>

3.2 Etude de décisions de justice accessibles sur la base de données d'une revue juridique

a. Les bases de l'étude

291. La base de données du site *Légifrance* est alimentée par de nombreuses décisions de justice, mais il y a surtout des décisions de la Cour de cassation ou de cours d'appel. Comme elle est accessible publiquement, les décisions recensées ne sont pas nécessairement représentatives. Elles permettent seulement de se faire une idée de ce que les juges utilisent. Mais il existe également comme bases de données moins accessibles car consultables uniquement grâce à un abonnement payant mais plus accessibles que la base de données JURICA, celles des revues juridiques. Il a été choisi d'utiliser la base de données des éditeurs *LexisNexis* sur leur site internet baptisé *Lexis 360*⁴⁴⁵.

b. Les résultats

292. Recherche de l'utilisation du référentiel inter-cours – Comme pour l'étude précédente, il s'agit de rechercher l'utilisation du référentiel inter-cours avec les mots « référentiel » et « inter-cours ». Apparaît à nouveau une décision de la Cour d'appel de Bastia du 9 novembre 2016. Est présente aussi une décision de la Cour d'appel de Limoges du 19 septembre 2012⁴⁴⁶ qui contrairement à ce qui apparaissait précédemment, n'est pas toujours contre l'utilisation de référentiels puisqu'elle accepte la référence au référentiel inter-cours Grand Sud-Ouest de novembre 2011. Il ne s'agissait pas du référentiel inter-cours issu du groupe de travail précisé par Monsieur Benoît Mornet qui est paru en 2013 mais cela montre bien que les juges utilisaient déjà des référentiels avant sa publication.

293. Recherche de l'utilisation du référentiel de l'ONIAM – L'expression « référentiel de l'ONIAM » est entrée dans la base de données. Il ressort douze décisions de cours d'appel ou de cours administratives d'appel. Dans certaines, les juges rappellent qu'il s'agit d'un barème indicatif et que par conséquent ils ne sont pas liés à son application, aussi bien dans l'ordre administratif que dans l'ordre judiciaire⁴⁴⁷. Dans d'autres décisions, les juges soulignent qu'il utilisent le référentiel de l'ONIAM pour octroyer une certaine indemnité⁴⁴⁸. Mais bien souvent, ce sont les parties qui veulent que le référentiel soit appliqué, en général l'ONIAM elle-même ou expressément qu'il ne le soit pas⁴⁴⁹.

445<http://www.lexis360.fr>

446CA Limoges, 19 septembre 2012, n°11/01.152

447CAA Marseille, Chambre 2, 3 Avril 2014, n° 12MA02808 : « ce barème est, comme son nom l'indique, indicatif et, d'autre part, si le juge administratif peut s'y référer, aucune disposition législative ou réglementaire ne lui impose cependant d'en faire application pour procéder aux évaluations des préjudices subis par les victimes »

CA Poitiers, 3e chambre civile, 10 Décembre 2014, n° 12/02697 : « la juridiction n'est liée par aucun référentiel »

448CAA Lyon, Chambre 6, 9 Juin 2011, n° 09LY02169 : « que compte tenu de ces circonstances, il sera fait une juste appréciation des frais d'assistance tierce personne à domicile échus en les évaluant, compte tenu notamment du salaire minimum interprofessionnel de croissance horaire brut augmenté des charges sociales ainsi que de la convention collective des aides à domicile, à laquelle renvoie notamment le référentiel de l'ONIAM »

449CA Douai, 3e chambre, 14 Février 2013, n° 09/08458 : Pour la victime, il est « très inférieur aux sommes habituellement allouées par le juge judiciaire », pour l'ONIAM « il pourra être fait application de son référentiel

294. Recherche de l'utilisation du barème du FIVA – Lorsqu'il est recherché la présence de la mention « barème du FIVA », il y a six cent quatre-vingt deux résultats qui interviennent et trois cent soixante-douze en excluant le terme « capitalisation ». Ce premier résultat indique donc que ce barème d'indemnisation a été à de nombreuses reprises mentionné dans la jurisprudence et que son utilisation n'est pas négligeable. A nouveau il ne semble pas y avoir d'homogénéité dans les décisions sur l'utilisation du barème. Parmi les décisions récentes (depuis le 1er janvier 2016), certains juges acceptent qu'il y soit fait référence, par exemple en demandant à un expert de fixer un taux d'incapacité conformément au barème⁴⁵⁰. Certains juges estiment que, vu l'accessibilité du barème sur le site internet du FIVA, il n'y a pas nécessairement besoin de produire le document aux débats⁴⁵¹. Concernant ce barème spécifiquement, il a été affirmé également que dans le cadre d'une fixation d'un taux d'incapacité de 100%, il n'était pas possible de se référer au barème du FIVA⁴⁵², probablement car cela signifierait qu'il y a un plafond maximum d'indemnisation qu'on ne pourrait jamais dépasser. Les juges soulignent toutefois souvent que ce barème n'est bien qu'indicatif⁴⁵³.

295. Bilan de la recherche sur le site Lexis 360° – Comme pour la recherche précédente, aucune décision de la Cour de cassation n'a été trouvée sur la référence aux référentiels ou aux barèmes d'indemnisation. Mais les juges du fond, même en appel, ont souvent à connaître de leur renvoi, au moins dans les prétentions des parties. Ils donnent aussi leur avis sur leur utilisation. Parfois, ils y sont réticents et les écartent, en rappelant bien qu'ils ne sont qu'indicatif. Mais parfois, ils vont accepter de suivre des parties qui se sont fondées dessus pour accorder une indemnisation en particulier tout en fixant un certain encadrement. Ainsi, ils peuvent rejeter l'idée qu'un référentiel qui est accessible publiquement soit nécessairement fourni dans les pièces de celui qui le sollicite. Ils vont même jusqu'à solliciter eux-mêmes un experts et lui demander d'utiliser un barème pour fixer un taux d'incapacité. D'un autre côté, ils restent méfiants car dans de nombreux cas les parties font référence à un référentiel ou à un barème et on ne retrouve plus leur présence dans les motifs de la décision.

indicatif d'indemnisation » et **le juge ne tranche pas expressément sur le référentiel mais approuve la demande de la victime donc écarte les plafonds du référentiel.**

450CA Rennes, 5e chambre, 12 Octobre 2016, n° 14/03206 : la cour commet un expert qui « aura pour mission » de « fixer le ou les taux d'incapacité de la pathologie relative à une exposition à l'amiante **en prenant comme référence le barème du FIVA** »

451CAA Lyon, Chambre 6, 27 Octobre 2016, n°14LY02512 : « **en dépit de l'absence de production en première instance, par le FIVA, du barème d'indemnisation** qu'il avait utilisé pour déterminer les sommes devant être versées à M.A..., **barème au demeurant accessible sur le site Internet de ce fonds**, il est constant que les premiers juges, en estimant que l'indemnité réclamée par le FIVA n'excédait pas le montant de la réparation des préjudices de cet agent communal, se sont livrés à leur propre évaluation du préjudice subi par le FIVA »

452CA Douai, 3e chambre, 9 Mars 2017, n° 16/06482 : « L'indemnisation accordée aux victimes d'un cancer broncho-pulmonaire opéré **ne peut donc être basée sur le barème du FIVA pour un taux d'incapacité de 100 % définitif** »

453CA Colmar, 2e chambre civile, section A, 18 Avril 2016 , n° 14/04516 : « Le barème du FIVA, accessible sur son site, **n'est qu'indicatif** mais permet de déterminer les critères retenus par le FIVA, sans que ce dernier prétende l'appliquer de façon indifférenciée à toutes les victimes de l'amiante. »

§2 *L'intervention des experts dans la décision judiciaire*

296. L'expertise semble être indissociable de l'évaluation du dommage corporel voire même l'acte initial⁴⁵⁴ de celle-ci. L'intervention d'un professionnel spécialisé, un expert, est donc quasi systématique. La problématique est que, si un expert intervient, et que le juge se sert d'un référentiel pour déterminer l'évaluation du préjudice, il peut se contenter de reprendre l'indication chiffrée donnée par l'expert, observer dans le référentiel à quelle indemnisation elle correspond, et attribuer cette indemnisation là, sans prendre de recul. Il y a donc un risque d'intervention de l'expert trop important dans la décision du juge dans deux sens. Dans un sens, il y a une dépendance du juge à l'expert qui se fait de par la méthode de transmission des informations de l'expert vers le juge, qui n'est pas un spécialiste médical (A). Dans un autre sens, il y a un véritable risque que le juge ne soit qu'un intermédiaire et que la décision soit dévolue à l'expert (B).

A/ La méthode de transmission des informations de l'expert vers le juge

297. Une méthode et un vocabulaire technique pour mettre en lien expert et juge – Le juge ayant le plus souvent une formation de juriste à la base et non une formation médicale, lorsqu'il est confronté à l'évaluation d'un dommage corporel afin de procéder à l'indemnisation éventuelle d'une victime sur tel préjudice invoqué, il a nécessairement besoin des lumières d'un expert en la matière, c'est-à-dire d'un médecin. Le moyen juridique qu'il va utiliser pour éclairer sa décision sera presque toujours l'expertise, qu'il diligentera lui-même ou qu'une ou plusieurs parties auront eu l'initiative de mettre en place. Le rapport émis à son issue pourra constituer une preuve sur laquelle il devra s'appuyer pour trancher. Mais le vocabulaire et les catégories prévus par le Droit sont sans doute assez distincts du jargon de la médecine, de même que les méthodes utilisées. Il a donc fallu mettre en place un moyen pour que le juge puisse comprendre aisément et sans contrainte le résultat de l'examen dont a procédé le médecin-expert. Plusieurs techniques ont été mises en place selon les préjudices considérés. L'exemple le plus caractéristique est peut-être l'évaluation des souffrances endurées.

298. L'évaluation par l'expert des souffrances endurées – La prise en compte du préjudice des ayant l'appellation de « souffrances endurées » aujourd'hui n'est pas récente. A partir des années 1970, aussi bien les professionnels du Droit que les profanes employaient le terme de « *pretium doloris* » ce qui en latin signifie « le prix de la douleur »⁴⁵⁵. Les médecins évaluaient alors ce

454Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation, Précis Dalloz, Décembre 2015, éd. n°8, n°614 p.71

455 *Locutions latines juridiques*, Dalloz, 2007, p.70 : « Expression qu'une circulaire du ministre de la Justice du 15 septembre 1977 recommande d'appeler « l'indemnisation des souffrance » et qui correspond aux dommages et intérêts accordés par les tribunaux au titre de la réparation des souffrances physiques ou morales éprouvées par la victime d'un accident ou d'un acte criminel, ou par ses proches parents. »

préjudice selon une échelle de gravité en indiquant qu'il pouvait être « léger », « modéré », « important », mais cela était critiqué car l'appréciation du préjudice ne devait appartenir qu'au seul juge et l'expert devait se contenter d'évaluer quantitativement la douleur subie⁴⁵⁶. Toutes ces notions ont été écartées à partir de la loi n°73-1200 du 27 décembre 1973 qui consacra le terme de « souffrances endurées » permettant d'indemniser le dommage tant avant consolidation qu'après. La jurisprudence étendit ce préjudice des souffrances physiques seulement aux souffrances morales⁴⁵⁷. Ce poste de préjudice figure désormais dans la nomenclature Dintilhac.

299. Désormais, pour évaluer la gravité de la douleur subie par la victime, les experts utilisent une échelle comportant sept degrés des souffrances les moins difficiles à supporter aux souffrances maximales. En réalité, ces rangs d'intensité de la douleur chiffrés sur sept ont remplacé les termes de souffrances « très légères », « légères », « modérées », « moyennes », « assez importantes », « importantes », « très importantes », ce pour éviter que les victimes perçoivent l'évaluation comme une « sous-estimation »⁴⁵⁸ de leur véritable douleur. Pour certains il faut un lien nécessaire entre ce chiffrage sur l'échelle de sept degrés et une description des souffrances selon les paliers⁴⁵⁹.

300. A été élaborée une véritable échelle chiffrée par degrés de souffrances endurées issue du travail de médecins. D'abord, le Docteur Jean-Michel Thierry a élaboré un barème de 0 à IV selon la nature du traumatisme. Puis avec le Docteur Bernard Nicourt, il présenta une échelle de sept degrés publiée dans la Gazette du Palais en 1981⁴⁶⁰. C'est l'échelle qui est toujours utilisée aujourd'hui pour évaluer tant les souffrances endurées que le préjudice esthétique permanent dans les différents référentiels. Or, ces référentiels présentent pour tel degré quelles sommes doivent être attribuées, généralement sous forme d'une fourchette. Mais ce curseur dépend uniquement de l'expert dès lors qu'on sait que le juge utilise le référentiel. Il est fréquent que dans les décisions de justice, pour le préjudice esthétique permanent ou les souffrances endurées, le juge motive pas densément sa décision et se contente de rappeler le degré du préjudice et de poser les dommages-intérêts correspondants.

456M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, LexisNexis 2015, éd. n°20, n°149, p.165

457Civ. 2e, 5 janvier 1994, n°92.12.185, Bull. Civ. 1994 II, n°15, p.8 : « Mais attendu que par l'indemnisation du prix de la douleur sont réparées non seulement les souffrances physiques, mais aussi les souffrances morales. »

458M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, LexisNexis 2015, éd. n°20, n°152, p.167

459Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation, Précis Dalloz, Décembre 2015, éd. n°8, n°142 p.128

460M. THIERRY et B. NICOURT, « Réflexions sur les souffrances endurées », *Gaz. Pal.*, 1981, 2, doct. p. 480.

B/ Le risque de dévolution de la décision du juge à l'expert

301. Le risque de dévolution de la décision du juge à l'expert découlant est réel et crée un problème à cause d'une conséquence réelle : un risque de perte de pouvoir d'appréciation des juges.

302. Un risque de perte du pouvoir d'appréciation des juges – Beaucoup d'auteurs soulignent que la barémisation pure et simple pourrait entraîner la perte du pouvoir d'appréciation du juge dont la décision serait subordonnée à l'expert⁴⁶¹. Ils sont plus nuancés s'agissant des référentiels. Mais si les juges pourraient avoir à se tourner vers l'expert, c'est parce que, dans le domaine de la réparation du dommage corporel, il existe des difficultés intrinsèques qui le poussent à agir ainsi. La première difficulté tient aux limites des connaissances scientifiques des juges qui ont besoin de l'appui d'un spécialiste dans une matière qui touche au corps humain et au médical. Une autre difficulté est liée à la pluralité de types d'experts et d'expertises.

303. Une difficulté liée aux limites des connaissances scientifiques des juges – Force est de constater que le droit ou les juges font de plus en plus appel aux experts pour légiférer et pour prendre des décisions⁴⁶². La responsabilité civile, et surtout le *Droit du dommage corporel*, constituent un terrain privilégié pour les expertises. En effet, il est difficile pour un magistrat de savoir à quel niveau un objet a été endommagé, à quel degré d'atteinte psychologique ou physique la victime a été touchée. Le juge a souvent besoin des lumières d'un professionnel spécialisé dans une matière pour pouvoir l'envisager.

Or, la méthode de la barémisation si elle permet de simplifier la décision des juges⁴⁶³, va aussi permettre de pallier le manque de connaissances des magistrats, ceux-ci étant des praticiens du droit et non de la médecine. Les barèmes vont pouvoir permettre de soutenir scientifiquement la décision du juge pour qu'elle ait plus de force objective et qu'elle soit plus juste pour l'opinion des justiciables.

461J.-B. PREVOST, « Justice de la justesse », *Gaz. Pal.* 31 janvier 2009, p.6 : « Cette méthode d'évaluation aurait l'avantage de lisser les indemnités sur le plan national et donc d'homogénéiser le contentieux. L'incertitude serait bannie définitivement. Mais à quel prix ? Ni plus ni moins que celui d'une subordination du juge à l'expert, qui se verrait octroyé un pouvoir exorbitant, au détriment des principes les plus élémentaires du droit français. Les conclusions de l'expertise ne doivent être en effet qu'une aide à la décision du juge, vis à vis de laquelle ce dernier ne peut se lier. »

462S. GERRY-VERNIERES, Les « petites » sources du droit. À propos des sources étatiques non contraignantes, *Économica*, coll. « Recherches juridiques », volume 28, 2012, n°389 et s., p.342

463Voir *supra* n°267

Cependant, le risque important est que le juge y perde son pouvoir d'appréciation. Montesquieu pensait que le juge devait être « la bouche de la loi »⁴⁶⁴. Devrait-il, en matière d'indemnisation des préjudices corporels, devenir la *bouche de l'expert* ? Cela met en exergue l'opposition qui apparaît parfois entre Droit et Science.

304. Une difficulté liée à la pluralité des expertises – L'autre difficulté est qu'il n'existe pas un seul modèle, un seul type d'expertise selon l'évaluation du dommage ou selon la procédure. Ainsi il existe une diversité des situations d'expertise⁴⁶⁵. Or, en se référant à un barème ou à un référentiel, le but est d'être le plus égalitaire possible entre les victimes. Mais une limite intervient dès lors que les juges utilisent les mêmes référentiels ou barèmes mais que les expertises qui vont permettre de graduer le dommage et de savoir où se placer dans les prévisions du référentiel ne sont pas conduites de la même façon, car cela pourrait avoir pour conséquence de fausser le jeu de leur utilisation.

305. Aussi, l'appréciation de l'expertise conduite ne sera pas nécessairement identique selon l'expertise présentée au juge. En effet, ce dernier bénéficie d'une liberté d'appréciation de la force probante concernant les rapports d'expertise, même lorsque la mesure est obligatoire⁴⁶⁶. En théorie, il peut donner plus ou moins de force probante à un rapport d'expertise judiciaire ou à un rapport d'expertise amiable. En pratique, il semble que les expertises judiciaires aient souvent plus de force probante que les autres. De la même manière, une expertise contradictoire aura sans doute plus de crédit qu'une expertise produite par une partie unilatéralement.

306. Enfin, si les expertises peuvent être diverses, il en est de même des praticiens y intervenant. Ainsi, lorsque l'expertise est judiciaire, le juge désigne un médecin-expert. En outre, dans toute expertise, médicale ou non, les membres présents sont en général nombreux : expert judiciaire, parties, experts des parties, avocats des parties. Ainsi, en matière d'expertise médicale diligentée pour évaluer un préjudice corporel, les parties peuvent chacune être assistée par un médecin-conseil⁴⁶⁷. La question de l'impartialité de tous ces protagonistes pouvant intervenir se pose également.

464MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, Livre XI. Chapitre VI : « Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. »

465M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, Collection droit&professionnels, LexisNexis, 2015, éd. n°20, n°52 et suivants, p.45

466J. BORE, L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz Action, 2015-2016, n°64.50 s

467M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, Collection droit&professionnels, LexisNexis, 2015, éd. n°20, n°58, p.47

Chapitre 3 : La problématique de la pluralité des référentiels des assureurs, des fonds d'indemnisation, de la justice

307. Monsieur Lucien Maurin souligne bien qu'il existe « une constellation de référentiels »⁴⁶⁸. Cela entraîne un certain nombre de conséquences concrètes. En effet, le but original des référentiels, est de conserver une certaine cohérence au sein de l'indemnisation des préjudices corporels pour instaurer une égalité entre les justiciables. Le fait qu'il existe un certain nombre de sources différentes qu'on ne peut utiliser en commun et dont on doit choisir laquelle il faut se servir rompt avec cette idée. Certains soulignent « l'incohérence de la multiplicité des barèmes »⁴⁶⁹ qui peut s'appliquer aussi bien aux barèmes médicaux qu'aux référentiels d'indemnisation. Au niveau des référentiels d'indemnisation, il est possible de faire une classification en trois catégories selon qui indemnise : il y a les référentiels établis par les magistrats, les référentiels établis par les fonds d'indemnisation et les référentiels détenus par les compagnies d'assurance.

Face à cette pluralité, il convient d'essayer de comparer les référentiels que l'on sait utilisés par les magistrats (**Section 1**), avant de discuter sur les différences trouvées lors de la comparaison (**Section 2**).

468L. MAURIN, « Le droit souple de la responsabilité civile », *RTD Civ.* 2015 p.517

469Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Précis Dalloz, 2015, édition n°463, p.436 *in fine*

Section 1 : Comparaison entre les principaux référentiels accessibles publiquement

308. Il peut être opportun, dans l'étude des référentiels en matière d'indemnisation des préjudices corporels, d'effectuer une comparaison des référentiels ou barèmes qui sont déjà utilisés par les juges du fond pour élaborer le chiffrage des réparations puisqu'il a été démontré que ceux-ci les utilisent effectivement aujourd'hui. Ces référentiels, ce sont le référentiel inter-cours issu du groupe de travail présidé par Monsieur Benoît Mornet⁴⁷⁰, le référentiel de l'ONIAM⁴⁷¹ et le barème du FIVA⁴⁷². Sur la réparation de certains préjudices, il existe une ressemblance entre ces référentiels sur la nomenclature employée. Il est donc possible de comparer, pour telle sorte de préjudice ou tel degré de préjudice, la différence qui serait allouée en se référant à tel ou tel référentiel ou barème. Il est possible d'effectuer cette comparaison à propos de ce que prévoient les trois référentiels étudiés concernant la réparation du préjudice d'affection des victimes indirectes, puisque la présentation est presque identique (§1). Il est également possible d'effectuer une comparaison des indemnisations prévues pour la réparation des souffrances endurées ou du préjudice esthétique permanent en ce qui concerne le référentiel inter-cours et celui de l'ONIAM (§2).

§1 Les différences d'indemnisation selon les référentiels concernant la réparation du préjudice d'affection des victimes indirectes

309. D'abord, il faut constater que les trois référentiels, le référentiel inter-cours, celui de l'ONIAM et celui du FIVA, présentent des tableaux⁴⁷³ pour exprimer quelle somme, selon le groupe de travail ou le fonds d'indemnisation, doit être allouée au « bénéficiaire » selon l'expression utilisée par le référentiel de l'ONIAM ou à « l'ayant-droit » selon celle employée par le référentiel inter-cours en fonction de son lien avec la « victime décédée » pour le préjudice d'affection. Il faut d'abord souligner que les liens ne sont pas définis de la même façon ce qui montre bien l'indépendance de ces référentiels (A). Il faut souligner ensuite quelles sont les différences d'indemnisation proposées par les référentiels en terme de chiffrage (B).

A/ Les distinction de définition des liens pour le préjudice d'affection

310. Le préjudice d'affection entre grands-parents et petits-enfants – Ainsi, lorsqu'il s'agit d'indemniser une personne dont le grand-parent est la victime du dommage corporel, il y a plusieurs distinctions faites. Le référentiel inter-cours fait une différence selon que le petit-enfant voyait ou non « régulièrement » son grand-parents. En revanche, le référentiel de l'ONIAM établit une distinction entre petits-enfants selon qu'il y avait cohabitation ou non avec leur grand-parent décédé.

470Référentiel inter-cours, Version de septembre 2015 et Version de septembre 2016

471Référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM, Version applicable au 1er janvier 2016, p.16

472Présentation du barème d'indemnisation indicatif du FIVA <http://www.fiva.fr/>

473Référentiel Inter-cours de 2013 : tableau page 69 ; Référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM : tableau page 17 ; Référentiel du FIVA : tableau page 2

Quant au FIVA, il ne fait aucune distinction. Il est ainsi prévu une indemnisation plus importante lorsque le bénéficiaire cohabitait avec son grand-parent ou le voyait régulièrement. Or, en pratique, il y aura certainement plus de petits-enfants concernés par le fait de voir régulièrement leur grand-parent que de petits-enfants ayant une cohabitation avec lui⁴⁷⁴. Ainsi, le référentiel inter-cours paraît être plus favorable pour un plus grand nombre de victimes potentielles, reste à déterminer si c'est le cas avec les sommes prévues. On retrouve la même distinction lorsque la victime est un petit-enfant et le bénéficiaire le grand-parent.

311. Le préjudice d'affection entre parents et enfants – Aussi, le référentiel de l'ONIAM établit une distinction lorsque la victime est un enfant et le bénéficiaire un parent selon que l'enfant est mineur, majeur et vivant au foyer ou majeur ne vivant pas au foyer tandis que les autres référentiels ne font aucune distinction, la somme à octroyer à des parents en cas de perte de leur enfant pour le préjudice d'affection est toujours identique. Cela montre que le référentiel de l'ONIAM sera plus ou moins favorable que les autres en fonction de la situation.

B/ Les distinction d'indemnisations pour le préjudice d'affection pour une même victime

312. Méthode utilisée pour comparer les indemnisations entre référentiels pour le préjudice d'affection – Pour savoir quel référentiel est plus favorable aux victimes concernant le préjudice d'affection, il s'agissait de créer une feuille de calcul⁴⁷⁵ avec sur chaque ligne les différents liens de parenté entre victime directe et victime indirecte et au niveau des colonnes ce qui est prévu pour chacun des référentiels, le référentiel inter-cours dans sa version de 2016, le référentiel de l'ONIAM dans sa version applicable au 1er janvier 2016 et le référentiel du FIVA. Comme pour les deux premiers, il y a un minimum et un maximum et une présentation sous forme de fourchettes, les maximums et minimums sont séparés. Puis est réalisée une comparaison entre le référentiel inter-cours et le référentiel de l'ONIAM et une autre entre le référentiel inter-cours et le barème du FIVA. La formule posée est, pour la première comparaison, la suivante :

$$\frac{\text{Somme prévue par référentiel de l' ONIAM}}{\text{Somme prévue par référentiel intercourses}} \times 100$$

La formule posée pour la seconde comparaison est celle-ci :

$$\frac{\text{Somme prévue par barème du FIVA}}{\text{Somme prévue par référentiel intercourses}} \times 100$$

Il y a un arrondi aux unités.

⁴⁷⁴Selon l'INSEE (N° 1216 - JANVIER 2009, Enfants des couples, enfants, des familles monoparentales. Des différences marquées pour les jeunes enfants, Olivier Chardon, Fabienne Daguët, division Enquêtes et études démographiques, Insee) : « En 2005, la quasi-totalité des moins de 18 ans (plus de 97 %) habitent dans un appartement ou une maison avec au moins un parent (...), mais 2 % résident avec des personnes avec qui ils n'ont pas de lien de filiation directe (un grand-parent, une famille d'accueil, etc.). »

⁴⁷⁵Voir Annexe n°1

313. Sur la différence entre sommes prévues en cas de décès d'un conjoint, concubin ou partenaire de PACS – Les trois référentiels étudiés ne font pas de différence selon que le compagnon décédé était marié, pacsé ou en concubinage avec le bénéficiaire. En revanche, ce qui change, ce sont les sommes prévues. Le référentiel de l'ONIAM et le référentiel Inter-cours prévoient des fourchettes d'indemnisation. Il convient de comparer les minimums et les maximums entre eux.

Ainsi, on constate que les sommes à allouer selon le référentiel de l'ONIAM ne couvrent que 75% des sommes à allouer selon le référentiel inter-cours pour le minimum et 83% des sommes à allouer selon ce dernier référentiel pour le maximum. Le référentiel de l'ONIAM est donc moins favorable que celui établi par le groupe de travail dirigé par Monsieur Benoît Mornet pour le conjoint survivant.

314. Sur la différence entre sommes prévues en cas de décès d'un enfant – Le référentiel inter-cours prévoit qu'un parent peut recevoir comme sommes pour son préjudice d'affection dues à la perte d'un enfant en cas de dommage corporel subi par ce dernier une fourchette allant de 20 000€ à 30 000€, la même que celle prévue pour la perte d'un conjoint. En revanche, si l'ONIAM dans son référentiel prévoit également la même somme pour un parent pour la perte de son enfant mineur que pour un conjoint (de 15 000€ à 25 000€), les fourchettes sont plus basses lorsque l'enfant est majeur. Elles sont prévues de 4 000€ à 6 500€ lorsque l'enfant majeur vivait hors foyer et de 12 000€ à 20 000€ lorsque l'enfant majeur vivait au foyer. Le référentiel de l'ONIAM est donc bien plus défavorable que le référentiel inter-cours vis-à-vis des parents ayant perdu un enfant majeur et encore plus si ce dernier ne vivait pas au foyer de ses parents.

315. Sur la différence entre sommes prévues en cas de décès d'un enfant mineur – Sur la différence entre le référentiel de inter-cours et celui de l'ONIAM pour la perte d'un enfant mineur, elle est la même que pour la perte d'un conjoint : l'indemnisation prévue par l'ONIAM représente 75% pour le minimum et 83% pour le maximum de ce qui est prévu par le référentiel inter-cours. Quant à ce qui est prévu dans le barème du FIVA, ce dernier indique qu'il faut indemniser au titre du préjudice d'affection un parent ayant perdu son enfant dans le cadre d'un dommage corporel ayant entraîné un décès lié à l'amiante, à hauteur de 8 700€. C'est beaucoup moins que ce qui est prévu par le référentiel inter-cours puisque cela représente 44% du minimum prévu par ce référentiel et 29% de ce qui est prévu pour le maximum.

§2 Les différences d'indemnisation entre le référentiel inter-cours et celui de l'ONIAM concernant la réparation du des souffrances endurées et du préjudice esthétique permanent

316. Méthode utilisée pour comparer les indemnisations entre référentiels pour les souffrances endurées et le préjudice esthétique permanent –Le référentiel inter-cours, tout comme le référentiel de l'ONIAM, contiennent des tableaux indiquant une même prévision d'indemnisation en euros pour deux préjudices pourtant distinct, les souffrances endurées et le préjudice esthétique permanent en fonction de la gravité du préjudice sur une échelle de 1 à 7. Il s'agit d'une échelle de gravité qui permet à l'expert de désigner sur une fourchette quelle est l'intensité du dommage subi pour communiquer de manière chiffrée cette intensité au juge. Il convient d'étudier les différences entre ce qui est prévu par le référentiel inter-cours et le référentiel de l'ONIAM afin de déterminer lequel est le plus favorable aux victimes en la matière.

Pour calculer la différence, il est choisi de savoir ce que représente la somme qui serait potentiellement allouée en référence au document de l'ONIAM par rapport à la somme qui serait prise en compte selon le référentiel inter-cours soit la formule suivante :

$$\frac{\text{Somme prévue par référentiel de l' ONIAM}}{\text{Somme prévue par référentiel inter-cours}} \times 100$$

Les résultats sont consignés dans une feuille de calcul⁴⁷⁶.

Comme les sommes prévues sont sous forme de fourchettes, il convient d'observer les différences entre minimums et les celles entre maximums et enfin de chercher les différences entre moyennes. Comme il y a plusieurs versions du référentiel inter-cours, celle de 2015 et celle de 2016, à publications pourtant rapprochées, il peut convenir de voir si la différence entre référentiels est plus importante selon la version du référentiel inter-cours.

A/ Différences entre référentiel de l'ONIAM et référentiel inter-cours de 2015

317. Sur les différences entre minimums – Sur ce qui est prévu au minimum par chacun des référentiels, il convient d'abord de constater que le référentiel de l'ONIAM part d'une somme minimale de 811€ tandis que le référentiel inter-cours prévoit une base de 0€ si le préjudice est évalué à 1/7. Du niveau 2/7 au niveau 4/7, le référentiel de l'ONIAM prévoit de 102% à 105% de plus que celui du référentiel inter-cours. Ainsi, la sommes potentiellement allouées entre les minimums prévus pour chacun des référentiels aux niveaux 2/7 à 4/7 sont quasiment identiques. En revanche, pour les niveaux de gravité allant de 5/7 à 7/7, ce qui est prévu par l'ONIAM correspond

⁴⁷⁶Voir Annexe n°2

à 77%, 67% ou 72% de ce qui est prévu par le référentiel inter-cours ce qui est une différence beaucoup moins négligeable.

Dès lors, globalement, il faut constater qu'aucun des référentiels n'est beaucoup plus favorable à la victime qui a subi un préjudice esthétique ou enduré des souffrances à indemniser sur le minimum d'indemnisation prévu lorsque l'expert considère que le niveau de gravité est plus bas alors que le référentiel de l'ONIAM est moins favorable lorsque le préjudice est lourd.

318. Sur les différences entre maximums – Sur ce qui est prévu au maximum par chacun des référentiels, il convient d'abord de constater que le référentiel inter-cours ne prévoit pas de maximum lorsque le préjudice subi a une gravité maximale. Pour les préjudices ayant une gravité évaluée de 1/7 à 3/7, le référentiel de l'ONIAM prévoit toujours des plafonds inférieurs à ceux prévus par le référentiel inter-cours. Les sommes prévues par l'ONIAM représentent environ de 70% de ce qui est prévu par le référentiel de Benoît Mornet. En revanche, les plafonds prévus par le référentiel de l'ONIAM correspondent presque à seulement la moitié que ce qui est prévu par l'autre référentiel pour une gravité estimée à 4/7 ou 5/7 (55% et 52%). Enfin, ce qui est prévu par l'ONIAM correspond à 60% de ce qui est prévu par le référentiel inter-cours au maximum pour un préjudice ayant une gravité évaluée à 6/7.

319. Ainsi, globalement, le référentiel de l'ONIAM prévoit des plafonds toujours plus bas que ce qui est prévu par les études faites à partir des décisions de justice et la différence s'accroît lorsque la gravité du préjudice est évaluée comme étant plus lourde.

320. Sur les différences entre moyennes – Le référentiel de l'ONIAM est plus favorable que le référentiel inter-cours par rapport à la moyenne entre le minimum et le maximum prévu lorsque le dommage est évalué à 1/7 puisque le référentiel de l'ONIAM prend comme base minimum la somme de 811€ alors que le référentiel inter-cours ne prévoit pas de minimum.

Pour les préjudices évalués de 2/7 à 7/7, le référentiel de l'ONIAM est toujours plus défavorable lorsque l'on observe les moyennes prévues. La différence est plus importante lorsque les préjudices sont évalués comme étant plus lourds (de 5/7 à 7/7).

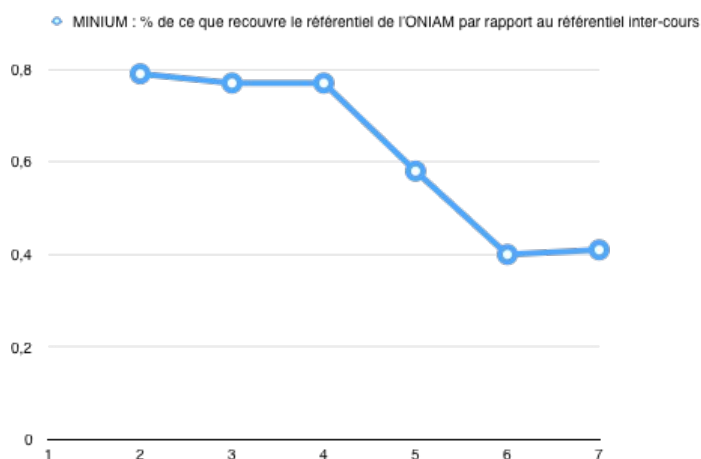
Ainsi, de même, il peut être observé que le référentiel de l'ONIAM n'est pas nécessairement plus défavorable que le référentiel inter-cours dès lors que le préjudice est évalué comme le moins grave mais qu'en moyenne, plus il est évalué comme étant grave et plus c'est le référentiel inter-cours qui est favorable à la victime.

B/ Différences entre référentiel de l'ONIAM et référentiel inter-cours de 2016

321. Un référentiel inter-cours de 2016 revalorisé à la hausse – Avant de procéder aux calculs, il faut d'abord observer la différence entre le référentiel inter-cours de 2015 et celui de 2016 pour mettre en avant un constat qui permet de comprendre les résultats suivants. Il faut remarquer ainsi que, pour les sommes à allouer pour un préjudice d'une gravité de 1/7, le référentiel est passé de 0€ à 1500€ à la fourchette allant jusqu'à 2 000€. Il y a une revalorisation qui est présente à tous les stades puisque dans les pallier, on passe ensuite non plus à 3 000€ mais 4000€, puis plus à 6 000€ mais à 8000€, puis plus à 15 000€ mais à 20 000€, plus à 30 000€ mais à 35 000€, plus à 45 000€ mais à 80 000€. Cela signifie que le référentiel inter-cours est encore plus généreux et le pallier maximum a été presque doublé pour ces préjudices. Reste à savoir si quand le référentiel de l'ONIAM était plus favorable à la victime que le référentiel de 2015 il l'est toujours par rapport au référentiel de 2016.

322. Sur les différences entre minimums – Le référentiel inter-cours de 2016 ne prévoit toujours pas d'indemnisation minimum en cas de préjudice d'une gravité fixée à 1/7 par l'expert pour ce qui concerne les souffrances endurées ou le préjudice esthétique permanent alors que celui de l'ONIAM a un plancher à 811€. Ensuite, pour un préjudice ayant une gravité allant de 2/7 à 7/7, le référentiel de l'ONIAM prévoit des indemnisations toujours plus faibles que celles prévues par le référentiel de 2016 puisque ce qui est prévu couvre entre 41% et 79% ce qui est prévu par le référentiel des magistrats. Ce qui est à souligner aussi est que plus le préjudice est grave, plus l'écart entre les montants potentiellement alloués par le référentiel de l'ONIAM et par le référentiel inter-cours est élevé.

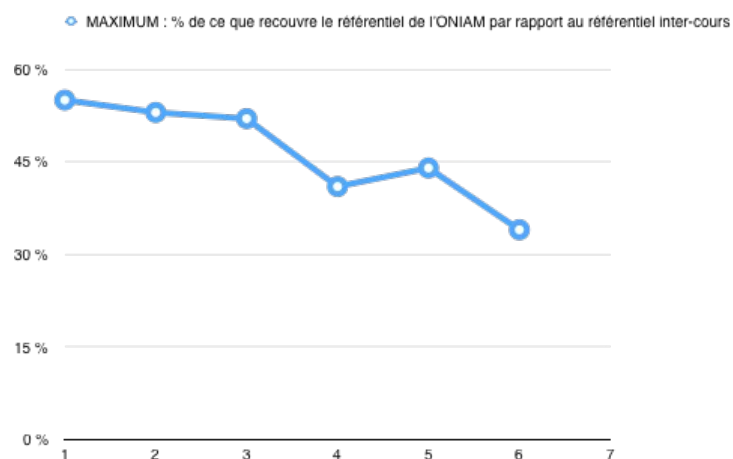
Rapport de ce que prévoit le référentiel de l'ONIAM par rapport à ce que prévoit le référentiel inter-cours en pourcentages en fonction du degré de gravité du préjudice pour les MINIMUMS



323. Ainsi, si lorsque l'on pouvait comparer les référentiels avec la version de 2015 du référentiel inter-cours, le référentiel de l'ONIAM pouvait être au moins pour les préjudices ayant un impact moins grave, plus généreux au niveau des minimums, ce n'est plus le cas avec la revalorisation du référentiel inter-cours entre 2015 et 2016.

324. Sur les différences entre maximums – A nouveau il faut faire le constat selon lequel le référentiel inter-cours ne prévoit pas de plafond maximum quand les souffrances endurées ou le préjudice esthétique permanent sont les plus graves possibles alors que le référentiel de l'ONIAM prévoit des plafonds maximums dans ce cas. Si quand il s'agissait de comparer le référentiel de l'ONIAM avec celui du groupe de travail présidé par Monsieur Benoît Mornet, il fallait constater que les prévisions du premier recouvraient 70% environ de ce qui est prévu par le second pour les préjudices les moins graves, depuis la revalorisation du référentiel inter-cours, ce que prévoit le référentiel de l'ONIAM ne couvre plus que de 34% à 55% ce qui est prévu par le référentiel établi par des magistrats. Comme pour les minimums, plus le préjudice est considéré comme grave et plus la différence est significative. Ainsi, lorsqu'il y a un préjudice évalué à 6/7, en utilisant le référentiel de l'ONIAM, on indemniserait à raison d'un tiers de ce qui aurait été prévu par le référentiel inter-cours. En effet, le référentiel inter-cours prévoit une fourchette allant de 30 000€ à 45 000€ et l'autre référentiel une fourchette de 20 014€ à 27 078€.

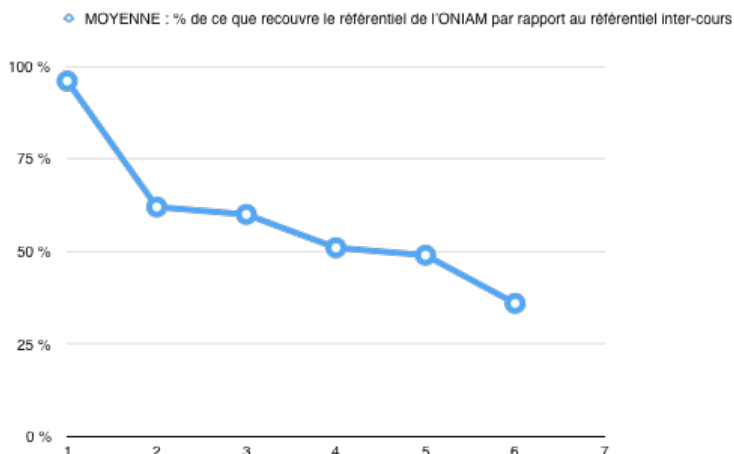
Rapport de ce que prévoit le référentiel de l'ONIAM par rapport à ce que prévoit le référentiel inter-cours en pourcentages en fonction du degré de gravité du préjudice pour les MAXIMUMS



325. Ainsi, le référentiel de l'ONIAM prévoit toujours des plafonds plus faibles que le référentiel inter-cours pour tous les paliers de gravité et la différence est encore plus criante avec la revalorisation du référentiel inter-cours. Plus le préjudice est évalué comme étant grave, plus la différence est grave également globalement.

326. Sur les différences entre moyennes – Enfin, sur les différences entre moyennes, contrairement à ce qui était observé en comparant référentiel de l'ONIAM actuel et référentiel inter-cours de 2015, le référentiel de l'ONIAM est toujours plus défavorable. Il n'y a que pour une gravité de 1/7 que les deux sont presque équivalents (les montants prévus par celui de l'ONIAM représentent 96% de ceux prévus par le référentiel inter-cours). Mais on constate aussi que plus la gravité est importante, plus l'écart l'est aussi.

Rapport de ce que prévoit le référentiel de l'ONIAM par rapport à ce que prévoit le référentiel inter-cours en pourcentages en fonction du degré de gravité du préjudice pour les MOYENNES



327. BILAN – Toutes les courbes obtenues en calculant ce que prévoit le référentiel de l'ONIAM comme indemnisation des souffrances endurées et du préjudice esthétique permanent en pourcentage, par rapport au degré de gravité de ces préjudices, que ce soit en évaluant les différences entre minimums, maximums, et moyennes, sont descendantes. Cela signifie que, que ce soit pour les planchers, les plafonds ou les moyennes d'indemnisation prévues, le référentiel d'indemnisation de l'ONIAM est de plus en plus défavorable à la victime dès lors que le préjudice est évalué comme ayant un degré plus grave. Autrement dit, plus le degré de gravité est élevé et plus l'écart d'indemnisation prévue est de plus en plus importante entre le référentiel établi par des magistrats et le référentiel établi par le fonds, ce dernier étant de moins en moins généreux que le premier.

Ce qui a été mis en évidence, c'est d'abord qu'il y a bien des discordances entre les montants qui doivent être alloués selon le référentiel choisi. Plus la fourchette d'indemnisation prévue et plus le domaine d'indemnisation sont larges, plus cela est favorable à la victime et moins à la partie en défense. Or, il a été démontré que certains référentiels prévoient des curseurs moins élevés et ce constat paraît souvent homogène. Ainsi, le référentiel de l'ONIAM et le barème du FIVA, qui sont des fonds d'indemnisation, sont moins généreux pour la victime que le référentiel inter-cours réalisé à partir de ce qui a été octroyé par des magistrats. Aussi, à propos spécifiquement des préjudices que sont les souffrances endurées et le préjudice esthétique permanent, il semble que plus le préjudice est grave et moins l'indemnisation possible grâce au référentiel de l'ONIAM est importante. Cela peut sembler marquer une réticence quant à ceux qui indemnisent de prévoir à l'avance des seuils d'indemnisation trop élevés.

Section 2 : Discussion sur les différences entre référentiels accessibles publiquement

328. La pluralité des référentiels entraîne pour conséquence que ceux qui sont possiblement utilisables sont distincts selon leur source et à travers leur contenu. Ont été mises en évidence les différences qui existent entre ces référentiels. Reste à discuter des raisons qui entourent ces disparités (§1) avant de mettre en évidence comment est-ce que ces différences peuvent être prises en compte (§2).

§1 Les raisons des différences entre référentiels

329. La signification des différences – A été mis en évidence qu'il y a des référentiels plus favorables aux victimes que d'autres. Un référentiel *favorable* à une victime, c'est un référentiel qui prévoit des montants d'indemnisation possibles ou des curseurs d'indemnisation plus élevés que les autres, puisque la somme que pourra octroyer le juge ou le montant qui pourra être accepté lors d'une transaction a plus de probabilité d'être élevé. A l'inverse, plus les montants théoriques sont bas, plus cela peut être *favorable* à celui qui doit indemniser, soit qu'il s'agisse de la personne reconnue responsable directement et qui indemnise automatiquement ou de son assureur, soit qu'il s'agisse en cas d'appel à la solidarité d'un fonds d'indemnisation. En effet, il est rare que l'entité ou la personne qui doit déboursier certaines sommes, quand bien même il s'agisse d'une mise en cause de la responsabilité et de la réparation d'un dommage, veuille demander à indemniser par de fortes sommes.

330. L'explication probable des différences – Pour expliquer les différences, il faut reprendre la classification entre référentiels selon sa source. On a d'une part, les référentiels prenant en compte les solutions des décisions de justice élaborés par les magistrats, d'autre part, les référentiels établis par les fonds d'indemnisation et ceux conservés par les assureurs et qui sont utilisés dans les transactions⁴⁷⁷. Il a été démontré que les référentiels des fonds d'indemnisation existants ont des curseurs d'indemnisation plus bas que le référentiel inter-cours dans ses versions de 2015 ou 2016⁴⁷⁸. Concernant les référentiels des assureurs, il a été démontré que les montants alloués lors de transactions sont plus faibles que ceux octroyés par des juges dans les décisions de justice⁴⁷⁹. On a donc d'un côté, des référentiels établis par des magistrats prévoyant des montants d'indemnisation plus élevés, donc plus favorables aux victimes et de l'autre, une barémisation prévue par les entités indemnissantes moins généreuse. Cela s'explique pour les compagnies d'assurance du fait qu'il s'agisse d'entreprises privées dont le but est de faire des profits et d'éviter un déséquilibre dans les

477Classification reprise dans L. MAURIN, « Le droit souple de la responsabilité civile », *RTD Civ.* 2015 p.517

478Partie 2, Titre 1, Chapitre 3, Section 2, §1 : *Comparaison entre les principaux référentiels accessibles publiquement*

479Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §2 : *Le problème de l'inégalité entre indemnisation par transaction et indemnisation par le juge contraire au principe de réparation intégrale*

comptes. De la même manière les fonds d'indemnisation sont eux financés par des fonds publics⁴⁸⁰. Leur but est aussi d'éviter les dépenses trop importantes dès lors qu'il s'agit d'argent public qui devra être attribué à des particuliers, même si l'idée de solidarité doit être présente. Enfin, pour le référentiel inter-cours, s'il prévoit des montants d'indemnisation plus importants, c'est que, clairement, il est plutôt favorable aux victimes, même si comme il existe des plafonds, est aussi pris en compte en partie le fait que derrière l'indemnisation, il y a une entité ou une personne qui doit payer.

§2 L'utilisation des différences des référentiels

331. Si la pluralité de référentiels existants peut paraître n'être qu'un inconvénient du point de vue de la nécessité de créer une homogénéité des indemnisations, les praticiens arrivent à se servir de cette pluralité selon les contentieux, notamment selon qu'il y ait utilisation d'un référentiel en présence d'un fonds d'indemnisation ou non (**A**) ou en fonction que le justiciable ou surtout son conseil, soit la victime ou en défense (**B**).

A/ Une utilisation distinction selon la présence ou non d'un appel à la solidarité

332. L'utilisation des référentiels pourra être distincte selon qu'il est fait appel ou non à la solidarité. En effet, en cas de mise en cause d'un fonds d'indemnisation, notamment car le responsable ne peut pas payer et qu'aucun assureur n'est sollicité, leurs référentiels seront généralement mis en avant. Mais souvent, lorsque le responsable du dommage arrive à être connu, c'est lui qui devra indemniser et s'il n'est pas assuré mais solvable il devra payer définitivement. Dans un tel cas, les référentiels des professionnels ne sont pas nécessairement pris en compte, sauf usage spécifique des magistrats. Ainsi, il y aura alors une préférence pour un référentiel élaboré par des magistrats si l'un d'eux est utilisé. De même, les référentiels propres aux assureurs sont surtout utilisés dans le cadre des transactions avec les assureurs et il semble difficile pour le représentant d'une compagnie d'assurance de demander à un juge de se référer à son propre référentiel. Enfin, certains référentiels sont propres à un contentieux particulier. Le référentiel de l'ONIAM ne peut être utilisé qu'en cas d'accident médical, celui du FIVA qu'en cas de dommage lié à une absorption d'amiante par la victime. Ainsi l'utilisation d'un référentiel en particulier dépend beaucoup de la situation.

⁴⁸⁰L'ONIAM est financé par une dotation de l'assurance maladie (article 1142-23 du Code de la santé publique), le FIVA par une contribution de l'Etat (<http://www.fiva.fr/fiva-adm/financement.php>)

B/ Une utilisation distincte selon son placement du côté de la victime ou de la défense

333. L'utilisation du référentiel du côté de la victime – Dans le projet de réforme de la responsabilité civile, il est prévu que la victime doit minimiser son dommage, mais uniquement en ce qui concerne la responsabilité contractuelle⁴⁸¹, ce qui exclut a priori cette solution en matière de réparation du préjudice corporel⁴⁸². La conséquence, c'est que la victime va tout faire de son côté pour avoir la plus grande indemnisation. Elle va demander la réparation du plus grand nombre de préjudices justifiables et les plus fortes indemnités monétaires. Pour cela, elle va trouver dans la nomenclature Dintilhac quels sont les préjudices qu'elle considère avoir subis et justifier de leur indemnisation. Concernant les indemnités, elle va demander, si elle se trouve dans une optique d'indemnisation totale, la plus forte somme possible pour chaque préjudice. Mais pour que ses prétentions ne soient pas exorbitantes ou en décalage avec la réalité, mais plutôt raisonnable, elle pourra se fonder sur un référentiel pour montrer qu'elle ne recherche que la réparation intégrale. Ensuite, dans le curseur possible, elle demandera généralement le maximum.

334. L'utilisation du référentiel du côté de la défense – A l'inverse, du côté de la défense, après généralement avoir posé la question de l'écartement de la responsabilité et de l'existence d'un fait générateur ou d'un lien de causalité, il va s'agir de « minimiser » le dommage de la victime en essayant de montrer au juge ou à l'adversaire que tel préjudice ne peut être pris en compte. Ainsi, il pourra s'agir de montrer qu'il n'est pas justifié. Par exemple, pour le préjudice d'agrément, la personne dont la responsabilité est mise en cause peut souligner que la partie adverse ne produit pas d'attestation démontrant que la victime pratiquait telle ou telle activité précédemment à son accident, ou que le rapport d'expertise ne démontre pas qu'elle ne puisse plus l'exercer. Aussi, en défense, il pourra s'agir d'expliquer que les montants demandés sont trop élevés. Et cela passe surtout par le choix d'utiliser tel ou tel référentiel. Lorsqu'un avocat représente son client en défense, il pourra alors comparer quel est le référentiel le moins généreux et ensuite demander une indemnisation minimum.

Finalement, ce sera au juge de trancher entre la prise en compte de tel ou tel référentiel et de trouver la meilleure indemnisation compatible avec le préjudice subi par la victime.

481 Article 1263 du *Projet de réforme de la responsabilité civile*, présenté par le Ministre de la justice le 13 mars 2017

482 Groupe de travail de l'Institut DroitSanté, « *Projet de réforme de la responsabilité civile et santé* », *RDSS*, 2016., p.904

Titre 2 : Les référentiels d'indemnisation et l'harmonisation des pratiques

335. Si les référentiels consiste en une démarche particulière d'indemnisation du préjudice corporel, c'est parce qu'ils poursuivent un but, celui de permettre aux victimes, quel que soit l'origine de leur dommage et donc le type de procédure à suivre pour être indemnisée, quel que soit le juge saisi, territorialement ou matériellement, ou la procédure choisie, juridictionnelle ou transactionnelle d'être à égalité entre elles. Si le principe est l'égalité, cela se matérialise par l'idée d'harmoniser les raisonnements afin de n'obtenir plus qu'une même base de cheminement méthodologique et intellectuel.

Mais, pour cela, plusieurs propositions sont possibles et des étapes sont à franchir. En effet, avant de trouver un fondement commun, il est probable de réunir tout ce qui se fait actuellement avant d'en sortir une unité ou d'en faire une moyenne plutôt que de remplacer ce qui existe par tout autre chose de complètement différent afin d'être plus proche de ce qui existait tout en optant pour un rapprochement des techniques. En matière d'harmonisation de la réparation, il faudrait alors regrouper les solutions d'indemnisation et, soit trancher pour une même solution, soit chercher un équilibre entre elles. Il faut donc élaborer des bases de données et soit piocher dans les résultats sur lesquels elles aboutissent, soit aller plus loin en établissant un document présentant les différentes solutions par le biais d'un référentiel. Sinon, à l'opposé, il est possible de partir sur une nouvelle base d'indemnisation sans tenir compte des dommages-intérêts déjà accordés, en créant un barème de toute pièce. Il convient donc d'observer qu'il y a plusieurs possibilités en amont ou à côté des référentiels et que toutes convergent vers l'objectif d'harmonisation et essayer de se demander si l'option des référentiels est adéquate (**Chapitre 1**).

En outre, si le postulat selon lequel il faut choisir d'établir un ou des référentiels est validé, il faut encore se poser la question ultime, pour aller au bout de l'exigence d'harmonisation, de la création d'un référentiel unique, que ce soit à l'échelle interne ou à l'échelle internationale (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Les référentiels et les autres solutions d'harmonisation

336. On peut considérer que les référentiels font partie du mouvement de barémisation sans son acceptation la plus large. En effet, prévoir un barème, c'est fixer pour un préjudice donné quelle doit être l'indemnisation, qu'elle soit déterminée sous forme de somme d'argent strictement ou qu'elle puisse être établie à partir de données préconçues. Mais ce n'est pas la seule méthode que le juge peut utiliser pour permettre la réparation d'un dommage corporel. En effet, il existe une variété de préjudices distincts dont l'évaluation peut être plus ou moins objective ou subjective, une multiplicité de méthodes qui sont plus ou moins proches de l'application des principes de la responsabilité civile. Mais une diversité des méthodes est au moins contraire à un principe : l'harmonisation des solutions procédant de l'égalité entre victimes. Pour le respecter, il faudrait opter pour l'une des méthodes existantes.

Pour déterminer quelle est l'opportunité des référentiels dans le cadre l'application d'une harmonie entre la réparation des préjudices corporels, il convient de faire état des alternatives à leur adoption (**Section 1**) avant de montrer ce par quoi il est possible de passer pour dépasser leurs difficultés (**Section 2**).

Section 1 : Les alternatives à l'adoption de référentiels

337. Choisir d'opter pour un référentiel afin de permettre l'indemnisation d'une victime d'un préjudice corporel, c'est opter pour une méthode particulière. Mais il existe d'autres méthodes, même au sein de l'idée de barémisation. Ainsi, il est possible d'essayer de faire l'état d'une classification des méthodes d'évaluation des préjudices corporels pour savoir où se place celle des référentiels (§1) avant de détailler quelles sont les méthodes qui, comme pour les référentiels, mettent en jeu l'utilisation d'outils précis pouvant s'adapter à chaque situation en dehors de celle des référentiels (§2).

§1 Une classification des méthodes d'évaluation des préjudices corporels

338. La classification de Monsieur Benoît Mornet – Selon Monsieur Benoît Mornet, il est possible de faire une liste des méthodes d'évaluation du dommage corporel par des catégories qu'il propose⁴⁸³. D'abord, il donne sa définition de *l'évaluation objective* ou « *in concreto* »⁴⁸⁴, qui serait une évaluation purement comptable, pour évaluer les préjudices économiques. Ensuite, il y a *l'évaluation subjective barémisée* pour attribuer une valeur monétaire déterminée par un barème selon les préjudices mais sans présentation sous forme de fourchette. Ensuite, il distingue également *l'évaluation subjective référencée* qui attribue une référence d'indemnisation à un étalonnage médical et qui est faite par référence aux décisions de justice, tout en étant indicative, présentée sous forme d'un curseur, et que le juge peut utiliser pour individualiser. Enfin, il évoque *l'évaluation subjective sans référence* ou « *intuitu personae* »⁴⁸⁵ pour des préjudices trop subjectifs, trop personnels pour être objectivables comme l'évaluation des préjudices d'agrément, d'établissement ou sexuel.

339. Une classification globale retenue – A travers cette présentation, il est possible de voir un cheminement puisque l'on passe d'une évaluation purement objective, à une évaluation individualisée et sans référence, en passant par une évaluation strictement barémisée et une évaluation référencée. Lorsque l'évaluation est objective, il n'y a pas besoin de se rapporter à un référentiel, de prendre en compte d'autres décisions, ou d'utiliser des barèmes tout établis puisqu'il s'agit de calculer objectivement quelles sont les pertes économiques de la victime. Lorsqu'elle est subjective sans référence, les autres décisions ne sont pas prises en compte non plus et pas non plus un quelconque barème. Les deux extrémités des catégories consistent à rester focalisé sur le cas.

483B. MORNET, « Pour un référentiel national d'indemnisation du dommage corporel », *Gaz. Pal.*, 3 juin 2010 p. 8 ;
B. MORNET, « Le référentiel indicatif d'indemnisation du dommage corporel des cours d'appel » in *Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel*, CDPPOC, Faculté de droit de l'Université Savoie Mont-Blanc, 1er déc. 2016, p. 183

484« L'indemnisation du dommage corporel », *Rapport du groupe de travail présidé par Y. Lambert-Faivre*, Conseil national de l'aide aux victimes, 2003, p.31

485*Ibidem*, p.32

Restent parmi les catégories de Monsieur Benoît Mornet, l'évaluation subjective barémisée ou référencée, où il s'agit d'utiliser un même outil pour toutes les évaluations, et qui ne fait pas partie des pièces du dossier. L'étude présente se focalise sur les référentiels. Avant d'obtenir un référentiel et d'aller aussi loin dans cette logique, encore faut-il rassembler les résultats des décisions de justice.

§2 Les méthodes adjacentes aux référentiels

340. En se concentrant sur la notion de référentiels, il y aurait deux catégories, qui encadrent celle des référentiels d'indemnisation, en ce que l'une va plus loin que l'autre. Il y a, *a minima*, les bases de données (A) et au-delà, la barémisation stricte (B).

A/ La création d'une base de données

341. L'émergence de l'idée de constituer des bases de données – Monsieur Jean-Pierre Dintilhac souligne que s'il est aujourd'hui possible de créer des référentiels en regroupant les décisions de justice du premier degré et d'appel, en les analysant, alors qu'auparavant une tâche n'aurait pas été possible, la mise en place de barèmes à partir de ces données même « théoriquement et techniquement possible (...), impliquerait l'élaboration d'un barème d'une grande complexité afin de prendre en compte toutes les variables tant objectives que subjectives »⁴⁸⁶. C'est grâce au développement de l'outil informatique que les bases de données ont pu se devenir des outils aboutis, « offrant une facilité renouvelée d'observation de la jurisprudence, mais aussi, et désormais de façon quasi exhaustive, l'accès à la réalité des données jurisprudentielles »⁴⁸⁷. Elles se sont développées aussi bien du point de vue de leur possibilité d'élaboration que du point de vue de leur possibilité de consultation. C'est pour cela que la question de leur mise en place pour l'évaluation des préjudices corporels se pose depuis quelques temps.

342. La mise en place de bases de données – L'intention de créer une base de données afin de répertorier les décisions en matière de préjudices corporels n'est pas nouvelle puisque la loi du 5 juillet 1985⁴⁸⁸ sur les accidents de la circulation avait déjà prévu cela⁴⁸⁹. Les assureurs ont par ailleurs élaboré une des premières bases de données en la matière avec la base de données de l'AGIRA. La justice a également été à l'origine de la création de sa propre base de données regroupant les décisions de cour d'appel, la base JURICA. Se pose donc le problème de la cohérence des bases de données qu'il faudrait probablement regrouper pour assurer l'objectif de leur

486J.-P. DINTILHAC, « Introduction », in *Le droit mis en barèmes ?*, Dalloz 2014 p.223

487F. BIBAL, « La modification des instruments de chiffrage des indemnités, réelle urgence ou panique des assureurs », *Gaz. Pal.*, 24 décembre 2011, n°358, p.44 s

488Loi n°85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, dite loi Badinter

489Article 26 de la Loi n°85-677 du 5 juillet 1985

existe, à savoir l'harmonisation des décisions. Sur leur acceptation, des professionnels pourtant plutôt contre la barémisation ainsi que les référentiels ne s'opposent pas à la création de bases de données et décident même de les défendre. Ainsi, Maître Frédéric Bibal⁴⁹⁰ s'oppose farouchement aux référentiels au nom du principe de réparation intégrale, de l'individualisation de la réparation et du pouvoir souverain des juges du fond. Mais il estime qu'au nom des « progrès considérables de l'informatique juridique », il est possible, désormais, d'obtenir des bases de données étoffées, à l'image de la base JURICA. Pour lui, c'est par cet outil qu'il est possible d'obtenir une harmonisation entre justiciables et celui-ci « place un choix indemnitaire dans son véritable contexte jurisprudentiel ».

Dès lors que des bases de données affichant les solutions des indemnisations des préjudices corporels sont établies, il est possible de s'en servir afin de calculer des moyennes de ce qui est couramment attribué, en essayant de présenter ces résultats sous forme de curseurs, dans des documents de référence, des référentiels. Mais l'autre méthode qui consiste à utiliser un repère pour établir le montant d'indemnisation concernant un préjudice corporel est tout autre, puisqu'il s'agit d'indiquer pour tel préjudice quelle doit être l'indemnisation sans référence mais avec une barémisation stricte.

B/ La barémisation stricte de l'indemnisation des préjudices

343. La critique de la barémisation stricte – Monsieur Benoît Mornet indique qu'il est possible d'utiliser comme évaluation l'évaluation subjective barémisée et qu'elle consiste à attribuer une valeur monétaire déterminée par un barème à un étalonnage médical des préjudices⁴⁹¹. Mais il critique cette méthode en ce qu'elle serait contraire aux principes juridiques en subordonnant complètement le juge à l'expert et le privant de sa « marge d'individualisation ». Le rapport d'expertise devrait rester une aide à la décision du juge devant conserver sa liberté d'appréciation personnelle⁴⁹². En effet, généralement, cette méthode consiste à attribuer un montant unique de dommages-intérêts pour un préjudice évalué par le médecin-expert comme ayant tel point de gravité. Par exemple, le barème peut indiquer si l'expert évalue les souffrances endurées à 3/7, les dommages-intérêts doivent être de 6 000€⁴⁹³. La barémisation stricte fige l'indemnisation contrairement aux référentiels qui prévoient des fourchettes d'indemnisation permettant au juge d'avoir une véritable marge d'appréciation et de retrouver ses possibilités d'individualiser la

490F. BIBAL, « La modification des instruments de chiffrage des indemnités, réelle urgence ou panique des assureurs », *Gaz. Pal.*, 24 décembre 2011, n°358, p.44 s

491B. MORNET, « Le référentiel indicatif d'indemnisation du dommage corporel des cours d'appel » in *Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel*, CDPPOC, Faculté de droit de l'Université Savoie Mont-Blanc, 1er déc. 2016, p. 188

492« L'indemnisation du dommage corporel », *Rapport du groupe de travail présidé par Y. Lambert-Faivre*, Conseil national de l'aide aux victimes, 2003, p.31

493Exemple de Monsieur Benoît Mornet, *Ibidem*

réparation. C'est cette méthode là précisément qui est surtout contraire aux principes de réparation intégrale, d'individualisation de l'indemnisation voire à l'objectif d'égalité. En effet, si pour un préjudice évalué comme ayant tel degré d'atteinte pour la victime, le montant d'indemnisation est identique, il faut aussi tenir compte des spécificités de la situation et des particularités de chaque victime. Car le principe d'égalité a pour but l'égalité entre personnes placées dans la même situation et non sans prendre en considération les différences de situations. Les outils utilisés pour l'évaluation du dommage corporel, identiques pour tous, devraient fournir des moyens de faire et non des solutions toutes faites, car, « la solution, c'est le juge qui l'arbitre »⁴⁹⁴.

344. L'importance pratique de la référentialisation par rapport à la pure barémisation – L'évaluation subjective barémisée, beaucoup critiquée, semble finalement peu fréquente en pratique. Il est plus couramment utilisé l'emploi de la dénomination « référentiels », parmi les documents d'aide à la décision, à l'image du « Référentiel inter-cours » qui est bien un référentiel prenant en compte les solutions des décisions de justice, du « Référentiel de l'ONIAM ». Effectivement, ces outils ne fixent pas des indemnisations figées, mais plutôt des indications pour trouver la bonne indemnisation en fonction du cas, des fourchettes d'indemnisation pour la réparation des souffrances endurées, du préjudice esthétique permanent ou du préjudice d'affection. En revanche, le *barème* du FIVA est beaucoup plus strict puisque pour le préjudice d'affection, il n'y a aucun curseur d'indemnisation.

494A. BOYER, Référentiel d'indemnisation : des mines anti-personnel : discours sur la méthode, Gaz. Pal. 10 août 2010 p. 5

Section 2 : Le dépassement des difficultés liées aux référentiels

345. L'adoption de référentiels semble être un intermédiaire entre la mise en place de bases de données seule qui ne permet pas d'être efficace si les données ne sont pas rationalisées, et les purs barèmes qui ne laissent aucune marge d'appréciation au juge, complètement contraire à l'individualisation de l'indemnisation et à la réparation intégrale. Toutefois, il reste des réticences concernant les référentiels en ce qu'ils seraient toujours des atteintes aux principes de la réparation, qui sont mises en recul par un autre objectif cette fois pratique : le pragmatisme.

346. **Le dépassement des difficultés par la nécessité de l'apport d'un pragmatisme** – Il semble que, à côté de la nécessité d'apporter de l'égalité entre les justiciables, les référentiels permettent surtout l'apport d'un certain pragmatisme. Le *pragmatisme* vient du grec *praxis* qui signifie *action* et désigne le fait de se rapprocher du concret. C'est ce qui est utile à la réalité. Les référentiels sont considérés comme des outils, qui peuvent permettre d'aider à prendre une décision en matière d'indemnisation du dommage corporel. En cela, ils sont bien des documents de pragmatisme. La nomenclature Dintilhac qui en est la base a été présentée en premier lieu comme suivant une « démarche prospective et pragmatique »⁴⁹⁵. Si les juges, les fonds d'indemnisation et assureurs et certains avocats les utilisent, c'est surtout parce qu'ils leur sont utiles pour appuyer leurs décisions ou leurs revendications. Cependant, l'intrusion du pragmatisme n'est pas toujours acceptée : Monsieur le professeur Bruno Oppetit considérait que « le droit ne découle pas seulement d'une exigence pratique, d'un souci pragmatique de mieux réguler la vie de la cité. Il naît de la contradiction interne de la nature humaine entre l'impératif moral de justice et les conditions réelles de la vie sociale »⁴⁹⁶. Il s'agirait donc de trouver un équilibre entre une exigence de conformité à la morale et une exigence d'utilité.

495 Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, *La Documentation française*, juillet 2005, I) de l'introduction

496B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, 1ère édition, Précis Dalloz, 1999, p.14

Cité par J. BOURDOISEAU, *L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations*, LGDJ, 2010, p.222

Chapitre 2 : La question de la mise en place d'un référentiel unique

347. Le principe moteur de la mise en place des référentiels, c'est celui de l'égalité entre les victimes, qui passe par une harmonisation. Pour harmoniser, encore faut-il avoir une référence unique et non des documents disparates issus de sources distinctes. Mais il existe non seulement des référentiels différents mais également des utilisations différentes de ces référentiels, notamment selon la juridiction saisie, et surtout selon l'ordre juridictionnel concerné. Egalement, si le droit français commence à connaître le phénomène de barémisation, il convient de s'interroger sur ce qui est présent dans les autres Etats, afin de comparer le droit français par rapport à eux, voire envisager l'idée d'une harmonisation entre plusieurs Etats. Il y a donc deux éléments à évoquer en matière de mise en place d'un référentiel unique : l'utilisation différente des référentiels par le juge judiciaire ou le juge administratif (**Section 1**), et l'utilisation différente des référentiels aux échelles nationale et internationale (**Section 2**).

Section 1 : Une utilisation différente des référentiels par le juge judiciaire ou le juge administratif

348. L'une des singularités du droit français est qu'il existe en son sein deux ordres de juridictions, l'ordre judiciaire qui traite des litiges entre particuliers, le droit privé, et l'ordre administratif qui traite des litiges de droit public et qui mettent en cause l'Etat ou ses dérivés. Or, chacun de ces ordres a des particularismes propres d'où la distinction. Ainsi, le juge judiciaire est amené à connaître des affaires où une des parties dispose de prérogatives exorbitantes vis-à-vis de l'autre. Mais il est également possible d'observer des divergences quant à la pratique. Comme les deux ordres sont amenés à juger d'affaires en matière de réparation du préjudice corporel, ces divergences entre les ordres se retrouvent alors même qu'il s'agit d'un contentieux de même nature. C'est notamment le cas concernant l'utilisation des référentiels. Il convient donc de rappeler quels sont les cas où chaque juge pourrait être amené à connaître de la réparation du préjudice corporel (§1) avant de souligner les exemples caractéristiques pointant les divergences (§2).

§1 La répartition de l'indemnisation des préjudices corporels entre juges judiciaire et administratif

349. Pour comprendre quelles sont les différentes approches des deux ordres de juridictions envers les référentiels, il convient de rappeler quelles sont leurs compétences respectives pour savoir dans quels cas chacun peut être saisi en matière de réparation du dommage corporel (A) avant d'évoquer leur rapport à ces référentiels en général (B).

A/ La répartition des compétences du juge judiciaire et du juge administratif concernant la réparation du dommage corporel

350. La répartition des compétences entre juges judiciaire et administratif – Le droit français a conservé sa spécificité, depuis la Révolution, de distinguer l'ordre administratif de l'ordre judiciaire, dont les compétences ne sont pas équivalentes et bien distinctes. En effet, l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire dispose que « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives » et le principe de la séparation des ordres juridictionnels est constitutionnel⁴⁹⁷. Ainsi, les juridictions administratives sont compétentes pour connaître des litiges dès lors que l'Administration, c'est-à-dire l'Etat, les collectivités territoriales ou leurs établissements publics sont en cause, tandis que les juridictions judiciaires traitent des litiges entre les personnes privées et des infractions. Or, lorsqu'un préjudice est causé à un citoyen, aussi bien une personne privée qu'une personne publique a pu en être à l'origine. Donc les deux ordres peuvent être concernés par l'indemnisation d'un dommage corporel.

⁴⁹⁷C.C., 23 janvier 1987, Décision n° 86-224 DC

351. Les cas où juge judiciaire ou juge administratif sont saisis en matière de réparation du dommage corporel – Lorsqu'une personne privée, physique ou morale, cause un préjudice à une autre personne privée, c'est le juge judiciaire qui est compétent. Plus précisément, au sein de l'ordre judiciaire, depuis la loi du 18 novembre 2016⁴⁹⁸, l'article L211-4-1 du Code de l'organisation judiciaire prévoit que c'est le tribunal de grande instance qui est compétent en ce qui concerne les actions en réparation du dommage corporel⁴⁹⁹ et depuis mai 2017, il est prévu que les instances en cours devant le tribunal d'instance qui était compétent pour connaître de la réparation des dommages corporels doivent être transférées en l'état vers le tribunal de grande instance⁵⁰⁰. Lorsqu'une personne publique est en cause dans l'origine d'un dommage corporel, c'est en principe le tribunal administratif qui sera compétent. Ce sera surtout le cas en matière de responsabilité médicale : dès lors qu'un dommage a été causé dans un établissement public de santé où les soins sont délivrés par des praticiens hospitaliers, le juge administratif est compétent⁵⁰¹. En revanche, s'il s'agit d'un établissement privés où des médecins libéraux ou salariés pratiquent les soins, le juge judiciaire est compétent⁵⁰². Or, il a pu être constaté que les deux ordres de juridictions n'utilisent pas les référentiels de la même manière une fois saisis concernant la réparation de préjudices corporels. Ainsi, si un établissement public est concerné par l'origine du dommage, l'élaboration de l'indemnisation sera changeante de ce seul facteur là.

B/ L'utilisation distincte des référentiels par le juge judiciaire ou le juge administratif

352. Une utilisation distincte des référentiels par le juge judiciaire ou le juge administratif – Il semble qu'il y ait une différence majeure entre l'utilisation des référentiels par le juge judiciaire et celle du juge administratif quant au référentiel adopté. D'abord, les deux ordres de juridictions n'ont pas accepté de manière égale la nomenclature Dintilhac sur laquelle ils reposent. Si la Cour de cassation l'a bien acceptée et la reprise, ce n'est pas le cas du Conseil d'Etat au départ, qui ne s'est rallié que plus récemment, entre 2013 et 2014⁵⁰³. Quand aux référentiels ou aux barèmes, le référentiel inter-cours n'ayant été élaboré qu'à partir d'un groupe de travail composé de magistrats de l'ordre judiciaire, sa prise en compte par les juges administratifs n'est sans doute pas acquise, et c'est notamment le cas en matière de préjudices issus d'accidents médicaux.

498Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle

499Article 14 de la Loi du 18 novembre 2016

500Article 114 II° de la Loi du 18 novembre 2016

501TC, 25 mars 1957, *Chilloux*, n° 1624, Rec. 816

502TC 14 févr. 2000, *Ratinet*, n° 2929, Rec. 749

503A. GUÉGAN-LÉCUYER, « Vers une nomenclature des préjudices corporels enfin commune aux deux ordres de juridictions », *Gaz. Pal.*, 2014, n°247 ; CE, 28 mai 2014, n° 351237

353. Une utilisation distincte des référentiels par le juge judiciaire ou le juge administratif pour la réparation des dommages issus d'accidents médicaux – C'est le rapport rendu en 2016 par le groupe de travail présidé par Madame Stéphanie Porchy-Simon⁵⁰⁴ qui a voulu déterminer cette distinction entre juge judiciaire et juge administratif en avant en ce qui concerne la réparation des préjudices issus d'accidents médicaux. Il s'agit en effet du premier objectif énoncé par le rapport⁵⁰⁵. Il est possible d'affirmer selon le rapport que le juge administratif, saisi en matière d'indemnisation de préjudices corporels résultant d'accidents médicaux, se réfère principalement au référentiel de l'ONIAM et qu'en revanche, le juge judiciaire alloue des montants d'indemnisation beaucoup plus proches des montants précisés dans le référentiel inter-cours. C'est ce qui ressort plus précisément de l'étude de la réparation de certains préjudices spécifiques, notamment le déficit fonctionnel permanent ou le préjudice esthétique.

§2 Les exemples caractéristiques de la différence de traitement entre les ordres juridiques

354. Le rapport de 2016 sur l'indemnisation des préjudices issus d'accidents médicaux apporte des résultats intéressants pour connaître les divergences d'utilisation des référentiels entre juge judiciaire et juge administratif puisqu'il existe deux référentiels potentiellement utilisables dans ce domaine, le référentiel de l'ONIAM, fonds d'indemnisation propre à ces accidents, et le référentiel inter-cours, plus général autour de préjudices particulier. Deux exemples sont significatifs pour montrer qu'il y a bien une démarcation : l'exemple de l'indemnisation du déficit fonctionnel permanent (**A**) et celui de l'indemnisation du préjudice esthétique permanent (**B**).

A/ L'exemple de l'indemnisation du déficit fonctionnel permanent

355. Dans son rapport rendu en 2016, le groupe de travail ayant réalisé une étude comparative des indemnisations des dommages corporels en matière d'accidents médicaux⁵⁰⁶, a pu comparer l'indemnisation de certains préjudices selon les juges saisis et par rapport à leur coïncidence avec les référentiels, notamment le référentiel inter-cours et le référentiel de l'ONIAM. A été réalisée une comparaison de l'indemnisation du déficit fonctionnel permanent au sein d'un échantillon de décisions en fonction des ordres de juridictions saisis. Il en résulte des informations précieuses.

504S. PORCHY-SIMON, O. GOUT, P. SOUSTELLE. *Étude comparative des indemnisations des dommages corporels devant les juridictions judiciaires et administratives en matière d'accidents médicaux*. [Rapport de recherche] 213-06-11-21, Mission de recherche Droit et Justice. 2016, pp.324

505 *Ibidem* p.3 et s.

506S. PORCHY-SIMON, O. GOUT, P. SOUSTELLE. *Étude comparative des indemnisations des dommages corporels devant les juridictions judiciaires et administratives en matière d'accidents médicaux*, 2016, p.

Tableaux issus du rapport de recherche de l'Étude comparative des indemnisations des dommages corporels devant les juridictions judiciaires et administratives en matière d'accidents médicaux rendu en 2016 (p.142)

« Comparaison de l'indemnisation du DFP obtenue devant les juridictions relevant de l'échantillon de la recherche et du référentiel inter- cour (référentiel Mornet) »

Résultats deux ordres confondus :

	Effectifs	Fréquences
Montant obtenu en appel INFÉRIEUR au montant théorique (montant calculé à partir du référentiel Mornet 2012) -> Le juge a alloué moins	75	52,45%
Montant obtenu en appel ÉGAL au montant théorique (montant calculé à partir du référentiel Mornet 2012) -> Le juge s'aligne sur le référentiel	13	9,09%
Montant obtenu en appel SUPÉRIEUR au montant théorique (montant calculé à partir du référentiel Mornet 2012) -> Le juge a alloué plus	55	38,46%
TOTAL	143	100%

Résultats pour les Cours d'appel :

	Effectifs	Fréquences
Montant obtenu en appel INFÉRIEUR au montant théorique (montant calculé à partir du référentiel Mornet 2012) -> Le juge a alloué moins	63	48,46%
Montant obtenu en appel ÉGAL au montant théorique (montant calculé à partir du référentiel Mornet 2012) -> Le juge s'aligne sur le référentiel	13	10,00%
Montant obtenu en appel SUPÉRIEUR au montant théorique (montant calculé à partir du référentiel Mornet 2012) -> Le juge a alloué plus	54	41,54%
TOTAL	130	100%

Résultats pour les Cours administratives d'appel :

	Effectifs	Fréquences
Montant obtenu en appel INFÉRIEUR au montant théorique (montant calculé à partir du référentiel Mornet 2012) -> Le juge a alloué moins	12	92,31%
Montant obtenu en appel ÉGAL au montant théorique (montant calculé à partir du référentiel Mornet 2012) -> Le juge s'aligne sur le référentiel	0	0,00%
Montant obtenu en appel SUPÉRIEUR au montant théorique (montant calculé à partir du référentiel Mornet 2012) -> Le juge a alloué plus	1	7,69%
TOTAL	13	100%

356. Dans plus de la moitié des décisions étudiées concernant l'évaluation du déficit fonctionnel permanent (52,45%), les membres du groupe de travail ont pu constater que, ordre judiciaire et ordre administratif confondus, les juges octroyaient des montant d'indemnisation inférieurs au montant théorique prévu dans le référentiel intercour. Le juge s'aligne sur ce référentiel dans moins de 10% des cas (9,09%). Il offre une indemnisation supérieure dans un peu moins de 40% (38,46%).

357. Ce qui est le plus frappant, c'est que non seulement le juge administratif n'octroie jamais de montant d'indemnisation équivalent au référentiel, ce qui signifie que le juge administratif n'utilise pas ce référentiel pour rendre ses décisions, mais, en outre, dans plus de neuf cas sur dix (92,31%), il octroie un montant d'indemnisation inférieur à ce référentiel.

358. Cela signifierait donc que la situation serait plus opportune en cas de compétence d'un juge judiciaire plutôt que d'un juge administratif pour une victime, ce dernier étant moins généreux que le premier. En effet, il alloue des montants inférieurs au référentiel intercourts dans presque la totalité des cas alors que dans plus de 50% des cas, le juge judiciaire octroie au moins ce qui est prévu dans le référentiel (10,00% de montant égal + 41,54% de montant supérieur octroyé).

B/ L'exemple de l'indemnisation du préjudice esthétique

359. Un autre tableau du rapport de 2016 peut donner des éléments dans le sens de l'acceptation de la proposition selon laquelle le juge administratif et le juge judiciaire n'ont pas la même approche aux référentiels à travers l'observation des dommages-intérêts alloués pour le préjudice esthétique permanent en fonction de la gravité de ce préjudice comme évaluée par l'expert.

Tableau issu du Rapport de recherche de l'Étude comparative des indemnisations des dommages corporels devant les juridictions judiciaires et administratives en matière d'accidents médicaux rendu en 2016 (p.178)

Degrés des souffrances endurées	Chiffres du référentiel ONIAM	Chiffres médians des CAA	Chiffres du référentiel intercourts	Chiffres médians devant les CA
0 à 1	600-812	700	Jusqu'à 1 500	1 200
1,5 à 2	1350-1826	1 500	1500-3000	2 650
2,5 à 3	2907-3933	3 200	3000-6000	5 000
3,5 à 4	5930 – 8022	5 000	6000-10 000	7 750
4,5 à 5	11076- 14 985	14 000	10 000-22 000	21 000
5,5 à 6	19 003 – 25 709		22 000-35 000	26 000
6,5 à 7	30 369- 41087	25 000	35 000 et plus	

360. En effet, il paraît bien que l'on retrouve cette différence majeure entre l'utilisation des référentiels par le juge judiciaire et celle du juge administratif quant au référentiel adopté. Il semble que le juge administratif, saisi en matière d'indemnisation de préjudices corporels résultant d'accidents médicaux, se réfère principalement au référentiel de l'ONIAM. En revanche, le juge judiciaire alloue des montants d'indemnisation beaucoup plus proches des montants précisés dans le référentiel intercourts.

361. Le référentiel de l'ONIAM proche des indemnisations du juge administratif – Ainsi, tous les chiffres médians des indemnisations allouées par les cours administratives d'appel figurent dans la fourchette prévue par le référentiel de l'ONIAM. Par exemple, il est de 700€ en cas de gravité fixée de 0 à 1 alors que le référentiel du fonds prévoit un curseur allant de 600€ à 812€ donc le chiffre médian correspond quasiment à la moyenne de la fourchette du référentiel. C'est la même chose que pour les autres échelles de gravité. Donc, soit les magistrats des cours administratives d'appel tendent à aller vers une acceptation des propositions faites par l'ONIAM selon son référentiel, soit ils se réfèrent directement eux-mêmes à ce référentiel.

362. Le référentiel inter-cours proche des indemnisations du juge judiciaire – Le tableau du rapport met en évidence que tous les montants médians des dommages-intérêts alloués par les cours d'appel se rapprochent des sommes prévues par le référentiel inter-cours puisqu'ils entrent tous dans la fourchette d'indemnisation prévue par le référentiel. Donc, il serait possible que les juges judiciaires soient plus enclins à accepter la référence au référentiel élaboré par le groupe de travail de Monsieur Mornet.

363. La recherche d'une explication quand aux disparités – Le rapport va plus loin en essayant d'expliquer pourquoi les juges des deux ordres de juridictions n'ont pas les mêmes références⁵⁰⁷. D'abord, le groupe de travail a recherché si les cotations des experts étaient différentes selon que ce soit l'ordre administratif ou l'ordre judiciaire qui l'ait saisi. Mais le rapport conclut que « il n'apparaît pas de différence significative de cotation du préjudice esthétique entre les deux ordres de juridictions, les moyennes et médianes étant notamment très proches »⁵⁰⁸. Le rapport veut ensuite savoir si la distinction vient des demandes des avocats qui seraient distinctes selon l'ordre concerné. Également, cette explication n'est pas étayée car « les demandes des avocats ne présentent pas de différences significatives devant les deux ordres de juridictions, permettant d'expliquer la différence du niveau d'indemnisation constatée »⁵⁰⁹. Ainsi, il semble qu'il y ait bien une véritable différence d'approche entre le juge administratif et le juge judiciaire pour les références utilisées à propos de l'indemnisation du dommage corporel à cotation d'expert et demande d'avocats équivalentes.

Cette différence au sein du droit interne entre juge judiciaire et juge administratif n'est pas unique car elle existe également entre les droits nationaux eux-mêmes.

⁵⁰⁷*Ibidem* p.181 in fine et s.

⁵⁰⁸*Ibidem* p.186

⁵⁰⁹*Ibidem*

Section 2 : Une utilisation différente des référentiels aux échelles nationale et internationale

364. En matière d'harmonisation, de l'indemnisation du dommage corporel il semble qu'il faille se placer à deux échelles différentes. L'échelle de territoire de base pour la règle de droit, c'est l'Etat, et pour la France l'Etat français, dont le législateur crée des normes. Au niveau international, les normes se créent entre les Etats par des conventions internationales, ou au sein d'organisation internationale. Ainsi, deux questions peuvent se poser autour de l'harmonisation de l'indemnisation du dommage corporel par la mise en place de référentiels : la question de la mise en œuvre d'un référentiel national unique en France (§1), et la question d'une harmonisation entre le droit français et d'autres droits nationaux, notamment européens (§2).

§1 La question de la mise en œuvre d'un référentiel national unique en France

365. Quand éléments différents existent et que la recherche d'une cohésion est recherchée, la solution est de substituer à ces diverses options une seule et unique entité. En France, il a été constaté qu'il existe en matière d'indemnisation du dommage corporel une pluralité de référentiels. A plusieurs reprises a été évoquée, pour garantir effectivement une égalité de l'indemnisation des victimes la création d'un référentiel national unique pour éviter les disparités liées à l'établissement et à l'utilisation d'une pluralité de ces documents, que ce soit entre les ordres de juridictions ou entre la procédure juridictionnelle et transactionnelle, contraire à une quelconque harmonisation. Mais il convient de souligner quels sont les principaux critères auxquels ce référentiel devrait obéir. Les deux critères qui reviennent le plus souvent et qui peuvent se placer autour d'un consensus sont le caractère indicatif (A) et le caractère évolutif (B) qui ont chacun leurs significations.

A/ Un référentiel national unique indicatif

366. Un consensus autour du caractère indicatif – Monsieur Benoît Mornet a toujours indiqué et répète à chacune de ses interventions que si un référentiel devait être utilisé, notamment celui élaboré par son groupe de travail, il fallait qu'il reste indicatif⁵¹⁰. Aussi, *de facto*, les intitulés des documents référentiels reprennent ce caractère ce qui montre bien l'attachement de leurs rédacteurs à ce principe. Le référentiel inter-cours est dénommé « Référentiel *indicatif* de l'indemnisation du préjudice corporel des cours d'appel »⁵¹¹, le référentiel de l'ONIAM est appelé « Référentiel *indicatif* d'indemnisation par l'ONIAM »⁵¹², et le barème du FIVA se présente également comme « *indicatif* »⁵¹³. Déjà lorsque l'idée de référentiels avait été émise par le rapport Lambert-Faivre, le caractère indicatif était présent. Le projet de réforme de la responsabilité civile, prévoit également

510B. MORNET, « Pour un référentiel national d'indemnisation du dommage corporel, » *Gaz. Pal.*, 3 juin 2010 p. 8 ;
B. MORNET, « Le référentiel indicatif d'indemnisation du dommage corporel des cours d'appel » in *Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel*, CDPOC, Faculté de droit de l'Université Savoie Mont-Blanc, 1er déc. 2016, p. 187

511Référentiel *inter-cours*, Version de septembre 2016

512Référentiel *indicatif d'indemnisation par l'ONIAM*, Version applicable au 1er janvier 2016

513Présentation du barème d'indemnisation *indicatif* du FIVA <http://www.fiva.fr/>

que le référentiel d'indemnisation qui devrait permettre de fixer la réparation des préjudices extrapatrimoniaux est un référentiel indicatif⁵¹⁴. Enfin, parmi les auteurs, qui critiquent le caractère indicatif sont ceux qui sont en réalité contre les référentiels. Le caractère indicatif relèverait pour certains « de l'angélisme ou du brouillage »⁵¹⁵.

367. La signification du caractère indicatif – Donner une indication, c'est finalement apporter une information afin de permettre d'orienter son destinataire, sans que ce dernier ne soit lié par le simple renseignement apporté. C'est le contraire du caractère contraignant de la règle de droit ordinaire. Cette idée permet de bien distinguer deux types de barémisation au sens large : la barémisation stricte et obligatoire et la barémisation référencée indicative. Dans le second cas, ni le juge ni les parties à une transaction ne sont liées par la norme qui reste un repère. Pour Monsieur Benoît Mornet⁵¹⁶, un référentiel indicatif va permettre d'avoir une référence d'évaluation pour éviter l'arbitraire du juge, tout en lui permettant de maintenir sa marge d'appréciation. C'est en cela que ces documents ont une forme de valeur nouvelle puisque habituellement, toute norme est obligatoire pour le juge qui a ici le choix de renvoyer à un référentiel ou non que celui-ci soit officiel ou non et dans ce dernier cas à partir du moment où il motive assez sa décision.

B/ Un référentiel national unique évolutif

368. Un consensus autour du caractère évolutif – Le caractère évolutif est souvent présenté aux côtés du caractère indicatif par Monsieur Benoît Mornet⁵¹⁷ comme étant indispensable. *De facto*, il est observable en pratique. Ainsi, le référentiel inter-cours est bien évolutif puisqu'il comprend plusieurs versions, celle de 2013 et celles de septembre 2015 et septembre 2016. Le référentiel de l'ONIAM a eu plusieurs versions puisque la version actuelle ne s'applique que depuis le 1er janvier 2016 et il est présenté par l'ancien directeur comme un « dispositif vivant »⁵¹⁸. On constate à chaque fois quelques changements de données. Ainsi, les montants d'indemnisation des souffrances endurées ou du préjudice esthétique permanent ont été largement revalorisés entre 2015 et 2016 seulement. Enfin le projet de réforme de la responsabilité civile prévoit également en son article 1271 que le référentiel indicatif qui doit se mettre en place devrait être « réévalué tous les trois ans en fonction de l'évolution de la moyenne des indemnités accordées par les juridictions ».

514 Article 1271 du *Projet de réforme de la responsabilité civile*, présenté par le Ministre de la justice le 13 mars 2017

515 A. BOYER, « Référentiel d'indemnisation : des mines anti-personnel : discours sur la méthode », *Gaz. Pal.*, 10 août 2010 p. 5

516 B. MORNET, « Le référentiel indicatif d'indemnisation du dommage corporel des cours d'appel » in *Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel*, CDPPOC, Faculté de droit de l'Université Savoie Mont-Blanc, 1er déc. 2016, p. 187

517 *Ibidem* p. 188

518 L. NEYRET, « La normalisation, entre référentiels et barèmes », *Gaz. Pal.*, 16 juin 2012 n°168, p.40

369. La signification du caractère évolutif – Faire évoluer un référentiel, cela signifie principalement qu'il doit être réédité périodiquement. Comme son but est de reprendre les solutions des décisions des juridictions pour en présenter une sorte de moyenne, il faudra donc reprendre toutes les décisions de manière régulière pour obtenir une reproduction fidèle des indemnisations allouées dans le moment. Cela permet de prendre en compte les changements qui auraient pu se produire. Il doit ainsi être adapté à l'évolution des concepts et au coût de la vie⁵¹⁹. En effet, les référentiels sont particulièrement dépendants des coûts monétaires puisque leur essence est de faire le lien entre réparation du préjudice et argent. Pour Monsieur Mornet⁵²⁰, le caractère évolutif passe par le débat contradictoire et la transmission des référentiels aux professionnels de l'indemnisation, notamment aux avocats. Reste tout de même en suspend la question de la périodicité de l'évolution. Doit-elle se compter en mois, en années, en décennies ? Combien de mois, d'années ou de décennies ? Le référentiel inter-cours semble être réévalué tous les ans puisque les deux dernières versions ont été publiées à chaque mois de septembre depuis 2015. Mais le projet de réforme évoque une réévaluation tous les trois ans. D'un côté, il ne faudrait pas une temporalité trop courte pour avoir le temps de procéder à la réadaptation sans qu'elle ne soit négligée et de l'autre, il faudrait éviter une temporalité trop longue pour ne pas que soit dénoncée l'absence de cohérence et de légitimité du référentiel du à son manque d'actualisation.

§2 Un référentiel national et des référentiels nationaux

370. Si au sein du droit français, il n'existe pas de consensus autour d'un référentiel national unique, il peut être opportun de pointer la situation de la France par rapport aux autres Etats pour voir quelles sont en matière de réparation des dommages corporels les méthodes d'indemnisation utilisées, notamment si la barémisation dépasse les frontières (**A**). Plus ambitieusement, il peut aussi être intéressant d'envisager une éventuelle harmonisation, au moins à l'échelle européenne, pour qu'il y ait égalité entre victimes françaises mais également entre victimes européennes (**B**).

A/ L'utilisation des référentiels par d'autres Etats

371. Pour savoir si comment les autres Etats envisagent la réparation du préjudice corporel et s'ils utilisent des référentiels et où se situe la France par rapport à eux, il convient de développer quelques exemples de droits différents (**1**) avant d'envisager ce qui existe dans l'espace de pays dont la France est la plus incluse, l'Europe (**2**).

519O. GOUT, « L'émergence de nomenclatures relatives au dommage corporel », in *Le droit mis en barèmes ?*, p.223

520B. MORNET, « Pour un référentiel national d'indemnisation du dommage corporel, » *Gaz. Pal.*, 3 juin 2010 p. 8 ;

1) Des exemples précis montrant la diversité d'approche des droits quant aux référentiels et aux barèmes

372. Au cours de l'étude, il est apparu que deux droits sont intéressants à étudier pour leur approche à la barémisation : un droit précurseur en matière de barèmes, le droit espagnol, et un droit qui se situe entre Common Law et inspiration par le droit français et dont des études sont récentes, le droit québécois.

a. *L'exemple espagnol : un droit précurseur pour l'adoption de barèmes*

373. **L'intérêt d'étudier le droit espagnol** – L'un des droits dont il faudrait qu'il faudrait probablement évoquer en premier concernant les barèmes permettant de déterminer l'évaluation des dommages corporels est sans doute le droit espagnol. En effet, il s'agit d'un droit proche du droit français en ce qu'il fait partie des pays de droit écrit. Et c'est un droit qui dans cette matière fait particulièrement appel aux barèmes. Dès lors, cela permet de souligner les disparités régionales⁵²¹ à propos de l'indemnisation des dommages corporels tantôt faisant appel aux barèmes, tantôt les évitant. Ainsi, c'est surtout en matière d'indemnisation des dommages corporels issus d'accidents de la circulation que l'idée est présente. Un bon historique de ces évolutions a été établi dans un article de Maîtres Florencia Mariscal et Gaston Gonzales, avocats⁵²² qui est plutôt critique à l'égard de cette méthode.

374. **L'évolution du droit espagnol vers la barémisation**⁵²³ – Dans les années 1970, avec l'augmentation du nombre d'accidents de la circulation, une compagnie d'assurance a d'abord fait pression sur le législateur pour disposer d'une méthode permettant d'obtenir des accords transactionnels. Dans les années 1980, plusieurs publications ont été réalisées, notamment des barèmes indicatifs pour l'évaluation spécifique des incapacités permanentes avec en parallèle la publication d'une ordonnance ministérielle⁵²⁴ précisant qu'il fallait fixer les catégories d'invalidité pour fixer les indemnités. Avec une ordonnance du 5 mars 1991, il y a un affinement du barème toujours indicatif avec un classement en six tables et un système de points de zéro à cent. Depuis 1995, le barème espagnol est devenu obligatoire pour les accidents de la circulation. Il a ensuite été réformé, notamment en 2008, pour être adapté à la « nouvelle réalité sociale ». Il est obligatoire pour les juges et les compagnies d'assurance et constitue un repère pour les dommages corporels issus d'autres causes.

521 L. BLOCH, « Barèmes et tables de référence : chut... c'est interdit », *RCA*, n° 12, Décembre 2013, alerte 41

522 F. MARISCAL et G. GONZALES, « Les systèmes d'indemnisation des dommages corporels. Etude du modèle espagnol dit « à barème » », *Gaz. Pal.*, 10 nov. 2012, n°315, p. 25 s.

523 Evolution présentée dans l'article cité ci-dessus

524 *Orden del Ministerio de Economia de 17 de marzo de 1987*

375. La critique de la barémisation espagnole – L'existence de ces barèmes espagnols est toutefois critiquée. En effet, le droit espagnol évoluerait « vers une barémisation obligatoire en matière d'accidents de la circulation et l'utilisation de fait du barème dans tous les cas de préjudices indemnisables » ce qui aboutirait à une « dictature du barème »⁵²⁵. Les deux critiques majeures présentées par Florencia Mariscal et Gaston Gonzales sont le manque d'adaptation à la réalité, en ce qu'il ne serait pas possible qu'un barème contiennent tous les préjudices qu'il est possible de subir, et le caractère contraignant de ces barèmes.

376. Le droit positif espagnol sur la question de la barémisation – Aujourd'hui, le droit espagnol a toujours recours à un barème obligatoire pour l'indemnisation des préjudices issus d'accidents de la circulation forgé en 1995 et des barèmes officieux légitimés par la Cour suprême pour les dommages corporels issus d'autres événements⁵²⁶. En ce qui concerne l'évaluation et non l'indemnisation des dommages corporels, l'Espagne a également contribué à l'élaboration du *Guide barème européen d'évaluation des atteintes à l'intégrité physique et psychique*⁵²⁷.

b. L'exemple québécois : un droit entre Common Law et droit continental

377. L'intérêt d'étudier le droit québécois – Il semble opportun de comparer le système français en matière de référentiels ou d'indemnisation en général des dommages corporels avec le système québécois, ce dernier se situant à la frontière entre deux des grandes traditions juridiques qui existent dans le monde : la tradition civiliste ou romano-germanique dont s'inspire le droit français et la tradition anglo-saxonne ou de Common Law.

378. Une méfiance envers la barémisation au nom des principes de l'indemnisation par le droit québécois – Tant le droit québécois que le droit français semblent rejeter la barémisation en raison du principe de réparation intégrale qui est au cœur du droit civil dans chacun de ces ordres juridiques et le droit à l'indemnisation y est également un acquis.⁵²⁸ Aussi, tant le droit français que le droit québécois donnent une importance à la réparation du préjudice moral. Surtout, la caractéristique du droit québécois par rapport aux autres provinces du Canada et qui le rapproche de la tradition civiliste est que le Québec reconnaît l'indemnisation du préjudice d'affection et il a pu exprimer expressément ce rattachement dans sa jurisprudence⁵²⁹. Mais des différences peuvent être

525F. MARISCAL et G. GONZALES, « Les systèmes d'indemnisation des dommages corporels. Etude du modèle espagnol dit « à barème » », *Gaz. Pal.*, 10 nov. 2012, n°315, p. 25 s.

526O. CHALUS-PENOCHET, « La réparation du dommage corporel en droit européen comparé », Faculté de Médecine Aix-Marseille, Juin 2015, p.13

527*Guide barème européen d'évaluation des atteintes à l'intégrité physique et psychique*, CEREDOC, 2003

528D. GARDNER, « Le préjudice extrapatrimonial : convergences et divergences des droits québécois et français », *Gaz. Pal.*, 2016, n°32, p.58

529*Augustus c/ Gosset* : [1996] 3 R.C.S. 268, § 32 (Arrêt de la Cour suprême du Canada) : « À la lumière de la spécificité de la tradition juridique du Québec, à l'instar de la cour d'appel, j'estime que c'était au droit français, et non au droit anglais, qu'il fallait se référer pour décider de la reconnaissance du *solatium doloris* en droit civil

soulignées entre le droit français et celui des francophones canadiens comme a pu le faire le professeur Daniel Gardner, professeur à la faculté de droit de Laval⁵³⁰.

379. Les distinctions entre droit français et droit québécois à propos de l'indemnisation –

La première distinction est que le droit français, notamment dans la nomenclature Dintilhac, sépare tous les préjudices extrapatrimoniaux pour l'indemnisation tandis que les Canadiens, inspiré du droit anglo-saxons, font une évaluation globale de tous les préjudices non pécuniaires. En effet, les juristes anglo-canadiens estiment que tous les éléments du préjudice extrapatrimonial sont imbriqués les uns dans les autres. Cela a nécessairement une influence sur la question de l'adoption ou non de référentiels ou de barèmes. En effet, en France, comme le législateur et le juge essaient de prendre en compte tous les préjudices extrapatrimoniaux possibles afin de tendre vers la réparation intégrale, il en existe des multiples qu'ils soient temporaires ou permanents, directs ou indirects. S'il existe des barèmes ou référentiels, il faut qu'il existe autant de fourchette ou de montant donné par préjudice que de préjudice extrapatrimonial envisagé. En revanche, lorsqu'il existe une évaluation globale des préjudices extrapatrimoniaux, comme au Québec, si un ou plusieurs référentiels existaient, ils ne seraient que globaux aussi et il ne pourrait exister par exemple qu'une fourchette globale avec un minimum et un maximum que pourrait attribuer le juge au titre de l'ensemble du préjudice extrapatrimonial.

380. Une autre distinction à faire est que le Québec, contrairement à la France et à la plupart des pays européens, notamment ceux qui ne sont pas d'influence anglo-saxonne comme l'Angleterre ou l'Irlande, prévoit des plafonds d'indemnisation pour le préjudice extrapatrimonial. Ceux-ci sont prévus par la jurisprudence elle-même alors que dans les autres pays influencés par le droit anglo-saxon ils sont plutôt prévus par la loi. C'est ainsi qu'en 1981, la Cour suprême du Canada a considéré qu'il devait exister un plafond d'indemnisation de 100 000 dollars pour les préjudices extrapatrimoniaux⁵³¹. Mais dès leur décision, les juges canadiens ont estimé que ce montant devrait être modifié en fonction de l'inflation et de l'érosion monétaire. Ainsi, en 2016, ce plafond a été revalorisé à un montant de 370 000 dollars soit 250 000€. Mais le professeur Gardner estime que ce plafond n'a aucun rapport avec une évaluation maximale qui serait équivalent au montant maximum, au point culminant d'une fourchette d'un référentiel ou d'un barème. Cela montre donc à nouveau que le Québec est réticent à l'adoption de telles normes.

québécois. »

530 *Ibidem*

531 *Lindal c/ Lindal* : [1981] 2 R.C.S. 629, p. 640-641 : « Pour tous les motifs susmentionnés, je réitère ici l'adoption d'un plafond approximatif de \$100,000 au titre des pertes non pécuniaires dans les cas de préjudice corporel grave, ce qui assure une certaine uniformité et prévisibilité dans ce domaine complexe. »

381. Une dernière distinction quant aux barèmes de capitalisation existe. Enfin, ce qui est notable en matière de barèmes est que si la France reconnaît des barèmes de capitalisation permettant de convertir un capital en une rente en cas d'indemnisation d'un préjudice corporel, pour tenir compte des pertes futures, le Québec n'accepte pas cette pratique. Le Code civil québécois, à son article 1614, prévoit pour les « aspects prospectifs du préjudice », un taux d'actualisation de 2% pour les pertes résultant de la diminution de capacité de gains ou de la progression des revenus et un taux de 3,25% pour les autres pertes résultant de l'inflation.

2) *Ebauche d'une situation en Europe sur les référentiels et barèmes en matière d'indemnisation du dommage corporel*

382. Dans une étude comparative élaborée sous la direction des Messieurs Philippe Pierre et Fabrice Leduc, a été étudiée l'appréhension en Europe, principalement dans les membres de l'Union européenne, du principe de réparation intégrale⁵³². Ont été posées un certain nombre de questions pour connaître l'application de ce principe dans les différents Etats communautaires dont les questions suivantes qui ont trait à la barémisation : « Existe-t-il, au moins pour l'évaluation de certains chefs de préjudice, un barème officiel obligatoire ? » et « Le juge utilise-t-il des barèmes officieux ? Si oui, pour réparer quels chefs de préjudice ? ». Cette étude permet de classer quels sont les pays qui au moment de cette étude utilisent des barèmes et si oui s'ils sont officiels ou non.

383. L'utilisation de barèmes officiels obligatoire par les Etats européens – Il ressort de cette recherche que les Etats étudiés n'ont pas adopté en majorité des barèmes officiels dont l'application par les juges serait obligatoire. En outre, il faut constater que les pays qui ont adopté de tels référentiels officiels et les ont rendu obligatoire ne l'ont fait que pour des domaines précis. Le domaine qui revient le plus est celui de la réparation du dommage corporel. Par exemple, dans sa réponse, la Cour suprême suédoise a répondu à la question sur les barèmes officiels que la réparation pour les douleurs et souffrances, la défiguration ou autre trouble ou altération, donc les dommages corporels plus généralement, sont évalués avec un tel barème officiel et obligatoire⁵³³. D'autres Etats ont adopté de tels barèmes pour la réparation de préjudices corporels résultant de faits particuliers que sont les accidents de la circulation. C'est le cas de l'Italie selon l'article 139 de son Décret-Loi n°209/2005 qui prévoit aussi l'application d'un barème officiel obligatoire dans d'autres cas comme la réparation de dommages causés par les centrales nucléaires selon une loi n°1860/9162 ou la responsabilité des transporteurs aériens, maritimes et ferroviaires en cas de dommages régis par des conventions internationales⁵³⁴. C'est aussi le cas de l'Espagne⁵³⁵.

532Ph. PIERRE et F. LEDUC, *La réparation intégrale en Europe*, étude effectuée par l'Iode de Rennes et le centre de recherche de droit privé de Tours, Larcier, 2012

533Ibidem p. 471

534Ibidem p.322

535F. MARISCAL et G. GONZALES, « Les systèmes d'indemnisation des dommages corporels. Etude du modèle

384. L'utilisation de barèmes officiels indicatifs par les Etats européens – S'il y a peu d'Etats où des barèmes officiels et obligatoires ont été édictés, en revanche beaucoup d'Etats ont des barèmes officiels mais qui ne sont qu'indicatifs au moins dans certaines matières. En France, il n'y a pas de référentiel qui soit pour l'instant officiel. Dans d'autres pays, il est possible d'en trouver pour des domaines particuliers. Au Portugal⁵³⁶, il existe une norme, le décret n°377/2008 du 26 mai 2008 qui prévoit des barèmes en matière de réparation des dommages corporels pour aider les compagnies d'assurance à les évaluer avec des montants de dommages-intérêts précisés pour chaque dommage corporel. Il est précisé que cette norme n'a qu'une valeur indicative. Egalement, le Royaume-Uni, dont il faut souligner qu'il appartient à une autre famille de droit, la Common Law, possède également des barèmes mais peut-être moins officiels. L'un est prévu par le *Judicial studies board*, considéré comme un guide « quasi officiel ».

385. L'utilisation de barèmes officieux par les Etats européens – La réponse à la question de l'utilisation des barèmes officieux fait l'objet de réponses positives dans encore plus d'Etats. Il a déjà été constaté que c'était le cas en France avec notamment les référentiels de l'ONIAM ou du FIVA et le référentiel inter-cours. Mais c'est aussi vrai dans d'autres pays. Ainsi sont publiés des barèmes qui semblent être utilisés de manière non officielle par les juges du fond ailleurs en Europe. En Allemagne, pour l'évaluation du préjudice moral, *shmerzengeld*, sont publiés des barèmes dans des recueils privés. En Autriche, il existe des barèmes officieux pour l'indemnisation des douleurs et souffrances. En Belgique, est publié régulièrement un « Tableau indicatif » depuis 1995 l'Union nationale des magistrats de première instance et l'Union royale des juges de paix et de police qui est indicatif et qui en plus de prévoir les principes d'évaluation précise des indemnités forfaitaires en matière d'indemnisation du dommage corporel. Au Luxembourg, il a été affirmé dans l'étude que le juge peut en tenir compte. En Irlande, il existe un « Livre des Quantums » qui peut guider les juges⁵³⁷. Aux Pays-Bas, il est certain qu'il n'y a pas de barème officiel mais une revue juridique publie un guide présentant un aperçu de jurisprudence pour l'évaluation des dommages immatériels et qui entre dans un processus de normalisation dite *Smartengeldgids*. Quand aux juges portugais et italiens, ils utiliseraient des référentiels jurisprudentiels en dehors des domaines des barèmes officiels. Enfin, en Suisse, il y a une « Tables de calculs » dont l'utilisation semble courante.

espagnol dit « à barème » », *Gaz. Pal.* 10 nov. 2012, n°315, p. 25 s.

536Ph. PIERRE et F. LEDUC, *La réparation intégrale en Europe*, étude effectuée par l'Iode de Rennes et le centre de recherche de droit privé de Tours, Larcier, 2012 p.389

537Ibidem p.312

386. Le rejet des barèmes par certains Etats européens – Les professeurs Philippe Pierre et Fabrice Leduc constatent enfin dans leur synthèse, en 2012, que deux Etats parmi ceux étudiés, seulement, semblaient encore réfractaires sur la question des barèmes : la Pologne et la Hongrie. Mais les auteurs pensent que « la nécessité fera sans doute son œuvre dans ces droits jeunes ».

Si de plus en plus d'Etats utilisent des barèmes officieux voire officiels, indicatifs voire obligatoires, si à terme un grand nombre d'Etats se dotaient de tels outils, la question d'une harmonisation non plus nationale mais européenne pourrait se poser.

B/ Une harmonisation entre Etats de l'indemnisation des dommages corporels ?

387. Si les Etats commencent à voir émerger le mouvement de la barémisation, il convient de faire état de ce qui existe déjà en Europe de commun à propos du préjudice corporel (1) avant de poser la question de la possibilité d'harmoniser l'indemnisation (2).

1) L'état de l'harmonisation européenne de l'indemnisation du préjudice corporel

388. Des principes européens encadrant le droit de la responsabilité civile – Au niveau européen, l'une des avancées en matière d'harmonisation concernant la matière de la responsabilité civile tient notamment de la création de principes de droit européen dans ce domaine publiés en 2005 par le *European Group of Tort Law* issus d'un projet de recherche comparative. La traduction française date de 2009 et il est possible de les consulter dans un ouvrage de la Société de législation comparée⁵³⁸. Ces principes concernent des points assez généraux de la responsabilité civile avec des concepts que l'on retrouve en droit français : le principe selon lequel toute personne qui cause un dommage doit le réparer, le lien de causalité, le préjudice et le fait générateur constitué d'une faute ou non, la responsabilité du fait d'autrui, préposés ou mineurs, les faits justificatifs ou causes d'exonération notamment. Sur le préjudice corporel, quelques dispositions sont prévues. Ainsi, concernant le domaine, l'article 10 :202 prévoit qu'en cas de préjudice corporel, qui est reconnu comme incluant « une atteinte à l'intégrité physique et à la santé mentale conduisant à une maladie reconnue », le préjudice matériel qui peut en découler doit comprendre la perte de revenu, la détérioration de la capacité de gagner sa vie et les dépenses raisonnables, notamment les soins médicaux. Egalement l'article 10 :301 précise en substance que la réparation d'un préjudice extrapatrimonial est possible en cas de préjudice corporel.

⁵³⁸Les principes du droit européen de la responsabilité civile, Vol. 11, 2011, Société de législation comparée

389. La pose des premières pierres concernant un référentiel européen – Pour harmoniser les solutions en Europe en matière d'indemnisation du préjudice corporel, il faudrait que les juges européens puissent avoir un document de base identique pour fonder leurs décisions afin qu'elles soient dans le même ordre d'idée. Sur l'idée d'un barème médical, le Guide barème européen d'évaluation médicale est déjà un premier pas mais pour un référentiel d'indemnisation, il n'y a encore rien de concret qui a été prévu. Seule la distinction entre préjudice économique et non économique a été actée⁵³⁹. Ce pourrait être « la prochaine grande étape »⁵⁴⁰.

2) *La question de la possibilité d'harmoniser les solutions entre plusieurs Etats*

390. Pour créer une harmonisation en Europe, il faudrait probablement passer par un organisme ayant un minimum de force de contrainte et d'organisation juridique préalable. L'institution concernée pourrait donc être l'Union européenne. Or, ceux qui ont pu observer la mise en place de barèmes dans des pays européens, déjà critiques à leur égard, peuvent être sceptiques face à une telle idée. Plusieurs arguments sont soulevés. D'abord, au plan de l'Union européenne, celle-ci n'aurait pas compétence en matière de droit civil et même si elle l'avait, il y aurait toujours certains Etats qui seraient réticents à intégrer ce système dans leurs droits⁵⁴¹ alors que le droit communautaire a pour but de faire en sorte qu'un maximum d'Etats adhèrent aux perspectives qu'elle émet. Egalement, si l'élaboration d'un référentiel poussé, qui donnerait à la fois une nomenclature des préjudices et leurs définitions et des modes de calculs voire des sommes attribuées à chaque type de préjudice, comme c'est le cas des référentiels qui ont été étudiés, était envisagée, se dresserait probablement contre cette idée la barrière de la langue et la barrière de la monnaie. L'hypothèse la plus probable à envisager pourrait être la création d'une nomenclature unique entre plusieurs Etats pour qu'il existe au moins un accord quant aux préjudices qui peuvent être indemnisés.

539Résolution 75-7 adoptée par le Comité des ministres le 14 mars 1975

540S. BOUVET, L'équité dans la réparation du préjudice : de quelle équité me parlez-vous ?, RCA 2007, chron. N°10

541F. MARISCAL et G. GONZALES, « Les systèmes d'indemnisation des dommages corporels. Etude du modèle espagnol dit « à barème » », Gaz. Pal. ,10 nov. 2012, n°315, p. 25 s à la fin

CONCLUSION

391. La question de l'utilisation des référentiels d'indemnisation permettant de déterminer le montant des dommages-intérêts à attribuer en matière de réparation des préjudices corporels est bien actuelle.

392. Elle illustre le caractère spécifique de la matière à laquelle elle est rattachée, le *Droit du dommage corporel*, qui se détache de sa matrice, la responsabilité civile, pour devenir une discipline à part entière, puisqu'il s'agit d'utiliser un outil juridique qui lui est propre. Non seulement elle devient indépendante de la responsabilité civile, mais, en outre, elle vient pour certains remettre en cause les principes traditionnels de la responsabilité civile que sont le principe de réparation intégrale et d'individualisation de l'indemnisation. Elle a en effet pour cause principale le respect d'un autre principe plus récent et plus significatif encore en matière de réparation de dommages corporels, celui de l'égalité entre les victimes imposant une harmonisation de l'indemnisation. Les référentiels semblent s'adapter à la recherche un compromis entre ces deux types d'enjeux. En effet, s'ils permettent de faire en sorte que tous les protagonistes de l'indemnisation aient en main les mêmes cartes, les mêmes références, afin d'assurer aux personnes indemnisées une cohérence et une équité entre elles, ils permettent aussi de faire en sorte que la recherche de l'évaluation de tous les préjudices soit recherchée, tout en permettant au juge ou aux parties d'adapter le référentiel à la situation donnée par le caractère non impératif des référentiels.

393. Ces derniers apparaissent aussi comme une nouvelle pratique du droit, où les acteurs ne se fondent plus uniquement sur la loi et les règlements ou d'autres normes à valeur supérieure, mais sur des textes qui ont été forgés par les praticiens eux-mêmes. Et même si certains d'entre eux critiquent leur présence au sein du droit, la plupart semblent satisfaits de pouvoir se servir d'une base commune, riche et pratique pour leur travail. La seule problématique importante est de souligner que, comme il s'agit de documents issus des professionnels et non du législateur, il en existe une pluralité, ce qui contredit l'impératif d'harmonisation. Mais la voie vers le référentiel d'indemnisation unique et national semble être en marche avec sa mention dans le projet de réforme de la responsabilité civile sous forme de renvoi à un décret, d'autant que cette manière d'indemniser existe aussi dans d'autres pays en dehors du droit français. Reste donc à attendre cette réforme promise depuis longtemps et à espérer que ces textes soient adoptés pour obtenir l'égalité.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

- J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 1996, n°242
- Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Précis Dalloz, 2015, édition n°8
- M. LE ROY, J.-D. LE ROY, F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, LexisNexis 2015, éd. N°20
- G. MOR, *Evaluation du préjudice corporel*, Dalloz, 2014/2015, éd. N°2
- X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, 2004
- Ph. PIERRE et F. LEDUC, *La réparation intégrale en Europe*, Etude effectuée par l'Iode de Rennes et le centre de recherche de droit privé de Tours, Larcier, 2012
- L. REISS, *Le juge et le préjudice, Etude comparée des droits français et anglais*, PUAM n°353 et s.
- I. SAYN (dir.), *Le Droit mis en barèmes ?*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2014
- B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. Rodstein, 1947
- G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2011, éd. n°3

ARTICLES

- « Réparation intégrale : mythe ou réalité », Colloque du CNB, *Gaz. Pal.* 2010, 1198 s.
- F. BIBAL, « La modification des instruments de chiffrage des indemnités, réelle urgence ou panique des assureurs », *Gaz. Pal.*, 24 décembre 2011, n°358, p.44 et s.
- L. BLOCH, « Barèmes et tables de référence : chut... c'est interdit », *RCA*, n° 12, Décembre 2013, alerte 41
- J.-S. BORGHETTI, « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *D.*, 2016, p.1442, n°53
- J. BOURDOISERAU, *L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations*, LGDJ, 2010
- M. BOURRIE-QUENILLET, « Pour une réforme conférant un statut juridique à la réparation du préjudice corporel », *JCP G*, n°14, 3 avril 1996, I 3919
- S. BOUVET, « L'équité dans la réparation du préjudice : de quelle équité me parlez-vous ? », *RCA*, 2007, chron. N°10

- A. BOYER, « Référentiel d'indemnisation : des mines anti-personnel : discours sur la méthode », *Gaz. Pal.*, 10 août 2010 p. 5
- C. COUSIN, « Le débat sur le référentiel indicatif d'indemnisation du préjudice corporel à l'heure des bases de données », *JCP*, 24 avril 2017, p. 830
- P. DEUMIER, « Une norme indicative : la table de référence pour fixer les pensions alimentaires », *RTD Civ.*, 2014, p.77
- M. EHRENFELD, « Le point de vue de l'assureur sur l'unification des outils de chiffrage des indemnités en dommage corporel », *Gaz. Pal.*, 24 décembre 2011, n°358, p.41 et s.
- D. GARDNER, « Le préjudice extrapatrimonial : convergences et divergences des droits québécois et français », *Gaz. Pal.*, 2016, n°32, p.58
- H. GROUDEL, « Réparation intégrale et barémisation : l'éternelle dispute », *RCA*, 2006, Repère 11
- A. GUÉGAN-LÉCUYER, « Vers une nomenclature des préjudices corporels enfin commune aux deux ordres de juridictions », *Gaz. Pal.*, 2014, n°247
- P. JOURDAIN, « Sida : le préjudice des transfusés contaminés devant la Cour de cassation », *RTD civ.*, 1995, 626
- M.-C. LAGRANGE, « Les référentiels d'indemnisation : un outil pertinent ? », *Gaz. Pal.*, 10 nov. 2012, p. 22
- F. MARISCAL et G. GONZALES, « Les systèmes d'indemnisation des dommages corporels. Etude du modèle espagnol dit « à barème » », *Gaz. Pal.*, 10 nov. 2012, n°315, p. 25 s.
- L. MAURIN, « Le droit souple de la responsabilité civile », *RTD Civ.* 2015 p.517
- M. MEKKI, « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile : maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile », *Gaz. Pal.*, 14 juin 2016, p. 17 à 19.
- L. MORLET-HAÏDARA, « Un droit en miettes ou le millefeuille de la réparation du dommage corporel », *RGDM*, n° 31, juin 2009, p. 28
- L. MORLET-HAÏDARA in, « Projet de réforme de la responsabilité civile et santé », Groupe de travail de l'Institut DroitSanté, *RDSS*, 2016, p.904
- B. MORNET, « Pour un référentiel national d'indemnisation du dommage corporel », *Gaz. Pal.*, 3 juin 2010 p. 8
- B. MORNET, « Le référentiel indicatif d'indemnisation du dommage corporel des cours d'appel » in *Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel*, CDPPOC, Faculté de droit de l'Université Savoie Mont-Blanc, 1er déc. 2016
- L. NEYRET, « La normalisation, entre référentiels et barèmes », *Gaz. Pal.*, 16 juin 2012 n°168, p.40

D. POITOUT, I. POITOUT, « L'Homme blessé. Approche médico-légale des dommages corporels » in *Le Corps & la loi*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Organisé par l'Association Internationale pour l'Etude du Corps et de son Image, Avec la participation de l'Institut André Tunc, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, 2010

S. PORCHY-SIMON, « La nécessaire réforme du droit du dommage corporel », *Etudes offertes à H. Groutel*, Litec 2006 p. 359 s.

S. PORCHY-SIMON, « Brève histoire du droit de la réparation du dommage corporel », *Gaz. Pal.*, 9 avr. 2011, p. 9 et s., I5438

J.-B. PREVOST, « Justice de la justesse », *Gaz. Pal.*, 31 janvier 2009, p.6

M. ROBINEAU, « Le statut normatif de la nomenclature Dintilhac », *JCP*, 2010, n°612

G. VINEY, « L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile », *D.*, 2016, p.1378

TEXTES JURIDIQUES

Loi n°58-208 du 27 février 1958 Institution d'une obligation d'assurance en matière de circulation de véhicules terrestres à moteur

Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile

REFERENTIELS

Ecole nationale de la magistrature (dir. B. MORNET), *Référentiel indicatif de l'indemnisation du préjudice corporel des cours d'appel*, Septembre 2016
<https://clementcousin.files.wordpress.com/2017/03/referentiel-indicatif-de-l-indemnisation-du-prejudice-corporel.pdf>

B. MORNET, *L'indemnisation des préjudices en cas de blessures ou de décès*, Septembre 2015
http://www.ajdommagecorporel.fr/sites/www.ajdommagecorporel.fr/files/fichier_cv/Referentiel-Mornet-2015.pdf

Indemnisation des dommages corporels, Recueil méthodologique commun, Mars 2013
http://www.avocat-perigueux-laboetie.fr/sites/avocat-perigueux-laboetie.fr/IMG/pdf/referentiel_ca_indemnisation.pdf

Référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM, Version applicable au 1er janvier 2016
<http://www.oniam.fr/procedure-indemnisation/bareme-indemnisation>

Présentation du barème d'indemnisation indicatif du FIVA
<http://www.fiva.fr/>

RAPPORTS, ÉTUDES, AVIS, DOCUMENTATION PROFESSIONNELLE

Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel, Juin 2003 dit « Rapport Lambert-Faivre »

Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, Groupe de travail présidé par J.-P. DINTILHAC, Juillet 2005

Livre Blanc sur l'indemnisation du dommage corporel, Association Française de l'Assurance, Avril 2008, p.8-9

Mission d'expertise 2009 mise à jour en 2014, Journal d'information de l'AREDOC et du Centre de documentation

Rapport d'activité 2015 de l'Observatoire des risques médicaux

S. PORCHY-SIMON, O. GOUT, P. SOUSTELLE. *Étude comparative des indemnisations des dommages corporels devant les juridictions judiciaires et administratives en matière d'accidents médicaux*. [Rapport de recherche] 213-06-11-21, Mission de recherche Droit et Justice. 2016, pp.324

TEXTES EUROPEENS

Résolution 75-7 adoptée par le Comité des ministres le 14 mars 1975

Recommandation de Trèves relative aux accidents de la circulation suite d'un colloque européen, Juin 2000

PROJETS ET PROPOSITIONS DE TEXTES

P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. Fr. 2006

Proposition de loi visant à améliorer l'indemnisation des victimes de dommages corporels à la suite d'un accident de la circulation, votée par l'Assemblée nationale le 17 févr. 2010, Sénat, n°301

F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011

Avant - projet de loi « Réforme de la responsabilité civile », présenté par le Ministre de la justice le 29 avril 2016

Projet de réforme de la responsabilité civile, présenté par le Ministre de la justice le 13 mars 2017

REPONSES MINISTERIELLES

Réponse Ministérielle n° 54439, JO du 8 décembre 2009, p. 11759

Réponse Ministérielle n°80346, JO, 19 octobre 2010, p. 11444.

Réponse ministérielle n°8576, JOAN Q, 5 mars 2013, p. 2620

JURISPRUDENCE

ARRETS DE LA COUR DE CASSATION

- **Arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation**
 - Civ. 16 juin 1896 D.P. 1897, I, 433, note SALEILLES, concl. SARRUT ; S. 1897, I, 17, note ESMEIN
 - Civ. 2e, 28 octobre 1954, JCP 1955, II, 8765, note SAVATIER, D. 1954 somm. 32
 - Civ., 15 janvier 1957 : D. 1957, I, p.161-162
 - Civ. 2e, 1er avril 1963, n°JCP 1963. II. 13408, note ESMEIN
 - Civ. 2e, 27 janvier 1965, Bull. p.55
 - Civ. 2e, 20 décembre 1966, Bull. Civ. 1966, II, n°979
 - Civ. 2e, 18 janvier 1973, n°71-14.282
 - Civ. 2e, 9 nov. 1976, n°75-11.737 : Bull. civ. II, n°302
 - Civ. 2e, 20 juillet 1987 n°86-16.287, Bull. 1987 II N° 160 p. 90
 - Civ. 2e, 5 janvier 1994, n°92.12.185, Bull. Civ. 1994 II, n°15, p.8
 - Civ. 1ère, 3 juillet 1996, n°9414820, Bull. Civ. I, n°296 p.206
 - Civ. 2e, 23 janvier 2003, n°01-00.200 , Bull. II, n° 20
 - Civ. 2e, 26 octobre 2006, n°05-10.729
 - Civ. 2e, 21 décembre 2006, n°06-13.056 et n°06-13.54
 - Civ. 1ère, 22 mai 2008 n°06-10.967, Bull. civ. I, n° 149 ; D. 2008, p. 1544
 - Civ. 2e, 9 avril. 2009 , n° 08-15.97, Bull. civ. 2009, II, n° 98 ; RCA, 2009, n° 163
 - Civ. 2e, 29 mai 2009, n°08-16.829, RTD Civ., 2009, p.534, obs. P. JOURDAIN
 - Civ. 1ère, 24 septembre 2009 n°08-16.305, Bull. civ. I, n°187
 - Civ. 2e, 18 mars 2010 n°09-65.237
 - Civ. 3e, 16 mars 2011 n°10-10.503
 - Civ. 2e, 7 avril 2011, n°10-15918
 - Civ. 2e, 12 mai 2011, n°10-17148
 - Civ. 2e, 28 févr. 2013, n° 11-21.015
 - Civ. 1re, 23 oct. 2013, n° 12-25.301, avis D. SARCELET et rapp. C. CAPITAINE ; D. 2013. 2518
 - Civ. 2e, 20 novembre 2014 n°13-26.693
 - Civ. 2e, 10 septembre 2015, n°14-24.447
- **Arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation**
 - Crim., 3 novembre 1955, D., 1956, p.577, note R. SAVATIER
 - Crim., 29 mai 1957, n°, Bull. Crim. 1957, n°456, p.820
 - Crim., 4 février 1970, n°68-93.464
 - Crim., 26 juin 1984, Guimber, Bull. n° 243
 - Crim., 9 octobre 1985 n°84-90.584 , Bull. Crim. n°305, D. 1987, p.93, note A. BRETON
- **Arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation**
 - Soc., 11 mai 2010 n°09-42.241 à 09-42-257, D. 2010, 2048
- **Arrêts de chambre mixte de la Cour de cassation**
 - Chambre mixte, 27 février 1970, *Dangereux*, n°68-10276, GAJC, Vol. II, 13e éd., n° 188-189
 - Chambre mixte, 30 avril 1976, n°74-90.280 ; D. 1977, p.185, note M. CONTAMINE-RAYNAUD

- **Arrêts d'Assemblée plénière de la Cour de cassation**
- Ass. Plén. 10 juillet 1995 n°94-13.912, Bull. 1995 A. P. N° 6 p. 11

ARRETS DE COURS D'APPEL

- CA Paris, 29 mars 1957, JCP 1957, IV, 95
- CA Paris, 7 juillet 1989, *Courtellemont*, Gaz. Pal. 1990 II, p.752
- CA Limoges, 19 septembre 2012, n°11/01.152
- CA Douai, 3e chambre, 14 Février 2013, n° 09/08458
- CA Poitiers, 3e chambre civile, 10 Décembre 2014, n° 12/02697
- CA Limoges, 16 mars 2015, 12/00.925
- CA Bastia, 20 mai 2015, n°14/00.985
- CA Colmar, 2e chambre civile, section A, 18 Avril 2016, n° 14/04516
- CA Rennes, 5e chambre, 12 Octobre 2016, n° 14/03206
- CA Bastia, 9 novembre 2016, n°15/00.358
- CA Bastia, 25 janvier 2017, n°16/00.028
- CA Douai, 3e chambre, 9 Mars 2017, n° 16/06482

ARRETS DU CONSEIL D'ETAT

- CE, 24 novembre 1961, *Consorts Letisserand*, n°48841
- CE, Section, Avis, 4 juin 2007, *Lagier et Consorts Guignon*, n° 303422 et 304214, JCP Adm. 2007, 1897, note C. GUETTIER
- CE, 7 octobre 2013, n° et 337851 et 338532, AJDA, 2014, p.295, note T. LELEU

ARRETS DE COURS ADMINISTRATIVES D'APPEL

- CAA Lyon, Chambre 6, 9 Juin 2011, n° 09LY02169
- CAA Marseille, Chambre 2, 3 Avril 2014, n° 12MA02808
- CAA Lyon, Chambre 6, 27 Octobre 2016, n°14LY02512

DECISIONS DU TRIBUNAL DES CONFLITS

- TC, 25 mars 1957, *Chilloux*, n° 1624, Rec. 816
- TC 14 févr. 2000, *Ratinet*, n° 2929, Rec. 749

DECISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- C.C., 22 octobre 1982, n° 82-144 DC, *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel*
- C.C., 23 janvier 1987, Décision n° 86-224 DC
- C.C., 28 janvier 2011, Décision n° 2010-92, QPC, *Mme Corinne C. et autre* [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe]
- C.C., 4 Août 2011 n°2011-640 DC, JO 11 Août 2011, p.13787

ARRETS DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

- CourEDH, 25 mars 1999, *Pélissier et Sassi contre France*, Requête n° 25444/94

ANNEXES

Annexe n°1 : Comparatif entre référentiels pour le préjudice d'affection

« Victime décédée » (ONIAM + Inter-cours)		Réparation du préjudice d'affection													
		Référéntiel Intercours ou Référéntiel Benoit Morot						ONIAM				FIVA (préjudice moral lié au décès des proches des victimes de l'événement)		Différence entre le référéntiel Intercours et le barème de l'ONIAM	
			Minimum	Maximum		Minimum	Maximum		Référéntiel	Valeur déclinée	Entre les minimums	Entre les maximums	Entre les minimums	Entre les maximums	
Conjoint / Concubin / Pacsé	Conjoint / Concubin / Pacsé	20 000 - 30 000 (à modeler selon la durée de la vie commune)	20 000	30 000	15 000 - 25 000	15 000	25 000	23 900 (à accompagner)	23 900		75 %	83 %	75 %	80 %	
Enfant mineur	Parent	20 000 - 30 000	20 000	30 000	15 000 - 25 000	15 000	25 000	8 700	8 700		75 %	83 %	75 %	29 %	
Enfant majeur au foyer	Parent		20 000	30 000	12 000 - 20 000	12 000	20 000								
Enfant majeur hors foyer	Parent		4 000 - 6 500	6 500	4 000 - 6 500	4 000	6 500								
Parent	Enfant mineur	25 000 - 30 000 Si mineur orphelin... Migration de 40 à 60%	25 000	30 000	15 000 - 25 000	15 000	25 000	16 300	16 300		60 %	83 %	60 %	54 %	
Enfant majeur au foyer	Enfant majeur au foyer	15 000 - 25 000	15 000	25 000	12 000 - 20 000	12 000	20 000	16 300 (si moins de 25 ans) 9 600 (si plus de 25 ans)	16 300		80 %	86 %	80 %	65 %	
Enfant majeur hors foyer	Enfant majeur hors foyer	11 000 - 15 000	11 000	15 000	4 000 - 6 500	4 000	6 500	5 400	5 400		36 %	43 %	36 %	36 %	
Grand parent	Petit enfant														
	- Avec cohabitation				4 000 - 6 500	4 000	6 500								
	- Sans cohabitation				2 000 - 4 500	2 000	4 500								
	- Voyant régulièrement son grand-parent	6 000 - 10 000	6 000	10 000				3 300	3 300					33 %	
	- Ne justifiant pas voir régulièrement son grand-parent	3 000 - 7 000	3 000	7 000											
Petit enfant	Grand parent														
	- Avec cohabitation				4 000 - 6 500	4 000	6 500								
	- Sans cohabitation				2 000 - 4 500	2 000	4 500								
	- Voyant régulièrement son petit-enfant	11 000 - 14 000	11 000	14 000											
	- Ne justifiant pas voir régulièrement son petit-enfant	7 000 - 10 000	7 000	10 000											
Frère / Soeur	Frère / Soeur														
	- Avec cohabitation	9 000 - 14 000	9 000	14 000	12 000 - 20 000	12 000	20 000	3 300	3 300		133 %	143 %	133 %	37 %	
	- Sans cohabitation	6 000 - 9 000	6 000	9 000	4 000 - 6 500	4 000	6 500				67 %	72 %	67 %	24 %	
Autres parents ou proches justifiant fréquenter régulièrement la victime		Il est rarement dépassé 3 000		3 000											
											Moyennes des différences				
											75 %	84 %	75 %	49 %	

Annexe n°2 : Comparatif entre référentiels pour les souffrances endurées et le préjudice esthétique permanent

Souffrances endurées et Préjudice esthétique permanent	Référentiel Inter-cours 2015			ONIAM			Différence						Formule		
	Minimum	Maximum	Moyenne	Minimum	Maximum	Moyenne	En valeur			En pourcentage					
							Minimums	Maximums	Moyennes	Minimum	Maximum	Moyennes			
	Référentiel Inter-cours 2015														
1	0	1500	750	811	1098	955	-811	402	-205				73 %	127 %	
2	1500	3000	2250	1572	2126	1849	-72	874	401	105 %			71 %	82 %	
3	3000	6000	4500	3076	4162	3619	-76	1838	881	103 %			69 %	80 %	(ONIAM / Intercours) %
4	6000	15000	10500	6121	8281	7201	-121	6719	3299	102 %			55 %	69 %	
5	15000	30000	22500	11502	15561	13531	3498	14439	8969	77 %			52 %	60 %	
6	30000	45000	37500	20014	27078	23546	9986	17922	13954	67 %			60 %	63 %	
7	45000			32453	43907	38180	12547			72 %					
	Référentiel Inter-cours 2016														
1	0	2000	1000	811	1098	955	-811	902	45				55 %	96 %	
2	2000	4000	3000	1572	2126	1849	428	1874	1151	79 %			53 %	62 %	
3	4000	8000	6000	3076	4162	3619	924	3838	2381	77 %			52 %	60 %	(ONIAM / Intercours) %
4	8000	20000	14000	6121	8281	7201	1879	11719	6799	77 %			41 %	51 %	
5	20000	35000	27500	11502	15561	13531	8498	19439	13969	58 %			44 %	49 %	
6	50000	80000	65000	20014	27078	23546	29986	52922	41454	40 %			34 %	36 %	
7	80000			32453	43907	38180	47547			41 %					

TABLE DES MATIERES
(Les numéros renvoient aux numéros de pages)

TABLE DES ABRÉVIATIONS.....	5
SOMMAIRE.....	7
INTRODUCTION.....	9
<u>Partie 1 : Les référentiels d'indemnisation à l'épreuve des principes de la responsabilité civile</u>	19
Titre 1 : Le caractère particulier du <i>Droit du dommage corporel</i> conduisant à l'adoption de normes spécifiques	21
Chapitre 1 : Les spécificités du dommage corporel	23
<u>Section 1 : La spécificité du dommage corporel par rapport aux autres dommages</u>	24
<i>§1 Une démarcation des préjudices corporels comme matière à part entière</i>	24
A/ <i>Le Droit du dommage corporel</i> dans la doctrine.....	24
B/ L'enseignement du <i>Droit du dommage corporel</i>	26
<i>§2 Une démarcation des préjudices corporels dans le droit</i>	26
A/ Une démarcation des préjudices corporels en droit positif.....	26
1) <i>Une différenciation quant aux conditions de mise en œuvre de la responsabilité entraînant un dommage corporel</i>	26
2) <i>Une différenciation quant à la preuve du dommage corporel</i>	27
3) <i>Une différenciation quant à l'action en responsabilité permettant l'indemnisation de dommages corporels</i>	28
4) <i>Une différenciation quant à la créance d'indemnisation consécutive à un dommage corporel</i>	29
B/ Une démarcation des préjudices corporels en droit prospectif.....	30
1) <i>Le traitement particulier attribué au dommage corporel dans le projet de réforme de la responsabilité civile</i>	31
2) <i>L'appréciation du traitement particulier attribué au dommage corporel</i>	32

<u>Section 2 : Les spécificités de l'évaluation de certains dommages au sein des dommages corporels</u>	33
<i>§1 La spécificité de la réparation des dommages corporels issus du quotidien</i>	34
A/ La spécificité de la réparation des dommages corporels nés d'accidents médicaux.....	34
1) <i>L'accident médical</i>	34
2) <i>Le Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles (FITH)</i>	35
3) <i>L' Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) et son référentiel</i>	35
B/ La spécificité de la réparation des dommages corporels nés d'accident de la circulation.....	36
1) <i>Un texte dédié aux accidents de la circulation</i>	37
2) <i>L'omniprésence des assureurs par l'assurance automobile obligatoire</i>	37
<i>§2 La spécificité de la réparation des dommages corporels issus de l'exercice de son activité</i>	40
A/ La spécificité de la réparation des dommages corporels nés d'accidents du travail.....	40
1) <i>L'accident du travail</i>	40
2) <i>L'existence d'un barème médical en matière d'accident du travail</i>	41
3) <i>Le caractère forfaitaire de l'indemnisation des dommages liés à un accident du travail</i>	41
B/ La spécificité de la réparation des dommages corporels dus à l'amiante.....	42
1) <i>La mise à part du préjudice lié à l'amiante</i>	42
2) <i>Le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA) et ses barèmes</i>	44
Chapitre 2 : La question de la supériorité du dommage corporel	45
<u>Section 1 : Une évaluation des dommages touchant à la personne humaine et au corps humain</u>	46
<i>§1 Une réparation particulière du dommage corporel découlant du droit à l'intégrité physique et du principe de dignité humaine</i>	46
A/ Les fondements du droit à l'intégrité physique et du principe de dignité humaine.....	46
1) <i>Le droit à l'intégrité physique et le principe de dignité humaine dans les textes internationaux</i> ..	47
2) <i>Le droit à l'intégrité physique et le principe de dignité humaine en droit français</i>	48
B/ L'application du droit à l'intégrité physique et du principe de dignité humaine aux préjudices corporels.....	49

1) La nécessaire indemnisation des préjudices corporels comme conséquence de droits fondamentaux.....	49
2) La référence aux droits fondamentaux et les référentiels.....	51
§2 Un Droit du dommage corporel tourné vers l'indemnisation de la victime.....	52
A/ Une réparation du dommage tournée vers l'indemnisation de la victime.....	52
1) L'émergence d'une responsabilité sans faute.....	53
2) Un législateur et une jurisprudence dévouée à la cause des victimes de dommages corporels....	54
B/ Une réparation du dommage corporel tournée vers l'indemnisation de la victime.....	55
1) Une réparation du dommage corporel tournée vers l'indemnisation de la victime directe.....	55
2) Une réparation du dommage corporel tournée vers l'indemnisation des victimes indirectes.....	58
Section 2 : Une évaluation des dommages supérieure par sa mesurabilité.....	60
§1 Une indemnisation du préjudice corporel coûtant plus cher que l'indemnisation des autres préjudices.....	60
A/ Les enjeux économiques de l'indemnisation du préjudice corporel.....	61
B/ L'encadrement économique de l'indemnisation du préjudice corporel.....	61
1) Les limitations économiques de l'indemnisation du préjudice corporel.....	61
2) La solution du bornage des montants alloués pour l'indemnisation du préjudice corporel par les référentiels.....	62
§2 Une démarcation du préjudice corporel par sa valeur : le renvoi à des barèmes et référentiels.....	64
A/ L'absence actuelle de nomenclature et de méthode d'indemnisation des préjudices dans les textes.....	64
1) L'absence historique de classification des préjudices par le législateur.....	64
2) L'absence actuelle de renvoi à des barèmes ou à des référentiels.....	65
B/ Le traitement particulier des dommages corporels par le renvoi à des barèmes et référentiels dans le projet de réforme de la responsabilité civile.....	65
1) Le renvoi à des barèmes et référentiels prévus par des règlements dans les textes sur la réforme de la responsabilité civile.....	66
2) L'appréciation du renvoi à des barèmes et référentiels prévus par des règlements dans les textes sur la réforme de la responsabilité civile.....	67

Titre 2 : La conciliation entre les principes fondamentaux du <i>Droit du dommage corporel</i> face à l'adoption de référentiels.....	69
Chapitre 1 : Les principes à l'encontre de l'adoption de référentiels	71
<u>Section 1 : L'opposition de l'adoption de référentiels au principe d'individualisation de l'indemnisation</u>	72
<i>§1 Les justifications du principe d'individualisation de l'indemnisation.....</i>	72
A/ Les divergences de conséquences d'un dommage corporel d'une victime à une autre.....	72
B/ La prise en compte du caractère humain de l'impact du dommage corporel.....	74
<i>§2 L'interrogation sur la possibilité d'individualiser in concreto le dommage corporel.....</i>	75
A/ L'individualisation de l'indemnisation, une fiction juridique.....	75
B/ La question de la possibilité de quantifier individuellement certains dommages corporels.....	76
<u>Section 2 : L'opposition de l'adoption de référentiels au principe de réparation intégrale</u>	78
<i>§1 Les fondements du principe de réparation intégrale.....</i>	78
A/ La légitimité du principe de réparation intégrale.....	79
1) <i>Les sources du principe de réparation intégrale.....</i>	79
2) <i>La valeur du principe de réparation intégrale.....</i>	80
B/ L'interrogation sur la possibilité de la réparation intégrale des dommages.....	81
1) <i>La portée du principe de réparation intégrale.....</i>	81
2) <i>Réparation intégrale et globalisation de l'indemnisation.....</i>	82
3) <i>Réparation intégrale et barémisation.....</i>	83
<i>§2 Le problème de l'inégalité entre indemnisation par transaction et indemnisation par le juge contraire au principe de réparation intégrale.....</i>	84
A/ La transaction, domaine de disparités entre victime et partie indemnissante.....	84
1) <i>La prégnance des assureurs sur les victimes.....</i>	85
2) <i>La remise en cause de la réparation intégrale à cause d'une indemnisation plus faible des victimes dans les transactions.....</i>	85
B/ Transactions et référentiels d'indemnisation.....	86
1) <i>La question de la prise en compte des transactions par les référentiels.....</i>	86
2) <i>La question de l'application des référentiels lors des transactions.....</i>	87

Chapitre 2 : Le principe récent de l'égalité en faveur de l'adoption de référentiels	89
<u>Section 1 : Le principe d'égalité, moteur de la mise en place de barèmes et référentiels</u>	90
<i>§1 Les fondements du principe d'égalité en Droit du dommage corporel</i>	90
A/ L'égalité devant la loi applicable en <i>Droit du dommage corporel</i>	90
1) <i>L'égalité, un principe ancien</i>	90
2) <i>L'harmonisation de la réparation du dommage corporel, une idée récente</i>	91
B/ L'égalité indispensable entre les justiciables.....	92
1) <i>Créer des référentiels pour harmoniser les régimes</i>	92
2) <i>Créer des référentiels pour harmoniser les indemnisations</i>	93
<i>§2 Les barèmes et référentiels comme application du principe d'égalité en Droit du dommage corporel</i>	93
A/ Les barèmes et référentiels, recours contre l'aléa des décisions de justice.....	93
1) <i>L'égalité entre justiciables appliquée par les juges avec la barémisation</i>	94
2) <i>L'amélioration du service de la justice par la barémisation</i>	94
B/ Les barèmes et référentiels, outils de prévisibilité.....	95
1) <i>Les barèmes et référentiels comme déclencheurs de l'action en justice</i>	95
2) <i>Les barèmes et référentiels comme bon exercice de l'action en justice</i>	96
<u>Section 2 : L'effet pervers de l'égalité entre préjudice subi et indemnisation et les référentiels</u>	98
<i>§1 La difficulté à mettre en œuvre une égalité réelle entre les victimes</i>	98
A/ Des conditions à respecter pour tendre vers une égalité parfaite.....	98
B/ Les obstacles à la généralisation par la statistique.....	99
<i>§2 La complexité d'application des outils censés appliquer une égalité</i>	100
A/ Des normes supplémentaires dans un système bien garni.....	101
B/ Des normes supplémentaires pour un résultat ambitieux.....	101

<u>Partie 2 : Les référentiels d'indemnisation, apparition d'une pratique du droit</u>	103
Titre 1 : La pratique de l'évaluation du dommage corporel comme source normative	105
Chapitre 1 : Les référentiels d'indemnisation, un exemple de prise en compte de la <i>soft law</i>	107
<u>Section 1 : La responsabilité civile, terrain privilégié de l'utilisation du droit souple</u>	108
<i>§1 Les nombreuses sources sans valeur normative et éparpillées en droit de la responsabilité civile</i>	108
A/ Les domaines du droit souple en responsabilité civile.....	108
B/ Les conséquences du droit souple en responsabilité civile.....	109
<i>§2 Les référentiels d'indemnisation et la nomenclature Dintilhac</i>	110
A/ Le statut normatif bien établi de la nomenclature Dintilhac.....	110
B/ La nécessité d'une nomenclature pour préparer les référentiels.....	112
<u>Section 2 : La force des barèmes et référentiels questionnée par leur nature normative</u>	113
<i>§1 L'autorité des barèmes et référentiels en matière d'indemnisation du préjudice corporel</i>	113
A/ L'autorité globale des barèmes et référentiels.....	113
B/ L'autorité propre à chaque barème ou référentiel.....	114
1) <i>L'autorité du référentiel inter-cours</i>	114
2) <i>L'autorité du référentiel de l'ONIAM</i>	116
3) <i>L'autorité du barème du FIVA</i>	116
4) <i>L'autorité des barèmes des assureurs</i>	117
<i>§2 La fiabilité des barèmes et référentiels en matière d'indemnisation du préjudice corporel</i>	117
A/ L'interrogation de la fiabilité scientifique de la méthode.....	118
B/ L'interrogation de la fiabilité objective de la méthode.....	118

Chapitre 2 : Le positionnement des acteurs de l'indemnisation des préjudices corporels envers les référentiels.....	119
<u>Section 1 : Les souhaits de la pratique face à l'adoption de référentiels.....</u>	120
<i>§1 La prise en compte tranchée de la volonté des praticiens du droit et des professionnels de l'indemnisation.....</i>	<i>120</i>
A/ Les avocats et associations de victimes contre la barémisation et les référentiels.....	120
B/ Les assureurs et fonds d'indemnisation pour la création de leurs propres référentiels.....	122
1) L'intérêt des indemnificateurs pour les référentiels.....	122
2) L'intérêt des fonds d'indemnisation pour leurs référentiels.....	123
<i>§2 Les souhaits partagés de la doctrine.....</i>	<i>124</i>
<u>Section 2 : L'action de la pratique consécutive à l'adoption de référentiels.....</u>	126
<i>§1 Le rôle du juge et son utilisation des référentiels dans l'évaluation du dommage corporel...126</i>	<i>126</i>
A/ La simplification de l'indemnisation par les référentiels.....	126
1) Une aide à la décision grâce aux référentiels.....	126
2) L'accélération de la procédure judiciaire grâce aux référentiels.....	127
B/ L'adéquation entre utilisation des référentiels et la jurisprudence traditionnelle.....	128
1) Le contrôle de la Cour de cassation sur l'évaluation des indemnités par les juges du fond.....	128
2) Le principe d'appréciation souveraine des juges du fond sur la fixation des dommages-intérêts indemnisant les préjudices corporels.....	130
C/ Une nouvelle méthode de raisonnement des juges.....	131
1) Le rapprochement de la méthode d'évaluation des préjudices corporels française avec la Common law.....	131
2) Les impératifs à respecter pour les magistrats.....	132
3) La réception des référentiels d'indemnisation par les juges : étude de décisions de justice.....	132
<i>§2 L'intervention des experts dans la décision judiciaire.....</i>	<i>137</i>
A/ La méthode de transmission des informations de l'expert vers le juge.....	137
B/ Le risque de dévolution de la décision du juge à l'expert.....	139

Chapitre 3 : La problématique de la pluralité des référentiels des assureurs, des fonds d'indemnisation, de la justice	141
<u>Section 1 : Comparaison entre les principaux référentiels accessibles publiquement</u>	142
<i>§1 Les différences d'indemnisation selon les référentiels concernant la réparation du préjudice d'affection des victimes indirectes</i>	142
A/ Les distinction de définition des liens pour le préjudice d'affection.....	142
B/ Les distinction d'indemnisations pour le préjudice d'affection pour une même victime.....	143
<i>§2 Les différences d'indemnisation entre le référentiel inter-cours et celui de l'ONIAM concernant la réparation du des souffrances endurées et du préjudice esthétique permanent</i> ...145	
A/ Différences entre référentiel de l'ONIAM et référentiel inter-cours de 2015.....	145
B/ Différences entre référentiel de l'ONIAM et référentiel inter-cours de 2016.....	147
<u>Section 2 : Discussion sur les différences entre référentiels accessibles publiquement</u>	150
<i>§1 Les raisons des différences entre référentiels</i>	150
<i>§2 L'utilisation des différences des référentiels</i>	151
A/ Une utilisation distinction selon la présence ou non d'un appel à la solidarité.....	151
B/ Une utilisation distincte selon son placement du côté de la victime ou de la défense.....	152
Titre 2 : Les référentiels d'indemnisation et l'harmonisation des pratiques	153
Chapitre 1 : Les référentiels et les autres solutions d'harmonisation	155
<u>Section 1 : Les alternatives à l'adoption de référentiels</u>	156
<i>§1 Une classification des méthodes d'évaluation des préjudices corporels</i>	156
<i>§2 Les méthodes adjacentes aux référentiels</i>	157
A/ La création d'une base de données.....	157
B/ La barémisation stricte de l'indemnisation des préjudices.....	158
<u>Section 2 : Le dépassement des difficultés liées aux référentiels</u>	160

Chapitre 2 : La question de la mise en place d'un référentiel national unique.....	161
<u>Section 1 : Une utilisation différente des référentiels par le juge judiciaire ou le juge administratif.....</u>	162
<i>§1 La répartition de l'indemnisation des préjudices corporels entre juges judiciaire et administratif.....</i>	<i>162</i>
A/ La répartition des compétences du juge judiciaire et du juge administratif concernant la réparation du dommage corporel.....	162
B/ L'utilisation distincte des référentiels par le juge judiciaire ou le juge administratif.....	163
<i>§2 Les exemples caractéristiques de la différence de traitement entre les ordres juridiques.....</i>	<i>164</i>
A/ L'exemple de l'indemnisation du déficit fonctionnel permanent.....	164
B/ L'exemple de l'indemnisation du préjudice esthétique.....	166
<u>Section 2 : Une utilisation différente des référentiels aux échelles nationale et internationale.....</u>	168
<i>§1 La question de la mise en œuvre d'un référentiel national unique en France.....</i>	<i>168</i>
A/ Un référentiel national unique indicatif.....	168
B/ Un référentiel national unique évolutif.....	169
<i>§2 Un référentiel national et des référentiels nationaux.....</i>	<i>170</i>
A/ L'utilisation des référentiels par d'autres Etats.....	170
<i>1) Des exemples précis montrant la diversité d'approche des droits quant aux référentiels et aux barèmes.....</i>	<i>171</i>
a. L'exemple espagnol : un droit précurseur pour l'adoption de barèmes.....	171
b. L'exemple québécois, un droit entre Common Law et droit continental.....	172
<i>2) Ebauche d'une situation en Europe sur les référentiels et barèmes en matière d'indemnisation du dommage corporel.....</i>	<i>174</i>
B/ Une harmonisation de l'indemnisation des dommages corporels ?.....	176
<i>1) L'état de l'harmonisation européenne de l'indemnisation du préjudice corporel.....</i>	<i>176</i>
<i>2) La question de la possibilité d'harmoniser les solutions entre plusieurs Etats.....</i>	<i>177</i>

