



HAL
open science

Les effets de la responsabilité civile - unité ou diversité des règles et des formes de réparation ?

Laurence Clerc-Renaud, Christophe Quézel-Ambrunaz

► To cite this version:

Laurence Clerc-Renaud, Christophe Quézel-Ambrunaz. Les effets de la responsabilité civile - unité ou diversité des règles et des formes de réparation?. La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique, Regards croisés et aspects de droit comparé, Groupe de Recherche Européen sur la Responsabilité Civile et les Assurances - Université Saint-Louis, Dec 2018, Bruxelles, Belgique. halshs-02008912

HAL Id: halshs-02008912

<https://shs.hal.science/halshs-02008912>

Submitted on 6 Feb 2019

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

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

LES EFFETS DE LA RESPONSABILITÉ — UNITÉ OU DIVERSITÉ DES RÈGLES ET DES FORMES DE RÉPARATION ?

Laurence Clerc-Renaud
Christophe Quézel-Ambrunaz

Introduction

La place laissée aux « effets de la responsabilité » dans le projet de réforme. Tant le projet français que le projet belge réservent une place aux « effets de la responsabilité » pour le premier et aux « conséquences de la responsabilité » pour le second. Une place importante, surtout si l'on compare avec le droit positif en vigueur dans les deux pays. Les quelques dispositions des codes civils actuels consacrées à la responsabilité civile se focalisent sur les faits générateurs de responsabilité tout en laissant de côté ce qu'il est convenu d'appeler « effets » ou « conséquences » de la responsabilité. Au contraire, encore plus que pour les conditions de la responsabilité civile qui comporte dix-neuf articles, le projet de réforme français contient un nombre important de dispositions sur « les effets de la responsabilité », trente et un articles, contenues dans le chapitre IV qui devient le plus conséquent du projet. Il succède aux trois premiers chapitres consacrés aux dispositions liminaires (I), aux conditions (II), aux causes d'exonération ou d'exclusion de la responsabilité (III) et précède un chapitre relatif aux clauses portant sur la responsabilité (V) et à celui relatif aux régimes spéciaux (VI). Cette place primordiale laissée aux dispositions relatives à la réparation doit être saluée comme étant une innovation essentielle. En effet, pendant longtemps la responsabilité civile a été en quelque sorte déconnectée de ses conséquences indemnitaires, l'attention se portant plus sur les faits générateurs qu'à la liquidation et au paiement effectif de l'indemnisation. On remarquera toutefois que malgré cette volonté de mettre en avant la réparation des dommages, le projet français n'est pas allé jusqu'au bout de sa logique : consacrer un véritable droit de la réparation. Quant au projet belge, la section consacrée aux conséquences de la responsabilité comprend une dizaine d'articles, le parti ayant été pris de ne pas tout régler.

Projet français : entre conservatisme et progressisme. Conservatisme d'abord d'un projet qui ne va pas jusqu'au bout de sa logique, tout comme les auteurs qui écrivent dans ce domaine de la réparation du dommage. Chacun s'accorde à affirmer que la réparation est un objectif qui s'étend au-delà des règles de la responsabilité civile¹, mais chacun voit le droit de la réparation uniquement au travers des règles de la responsabilité. C'est en effet habituellement sous l'angle de la responsabilité civile que la problématique de la réparation est traitée en doctrine, dans les traités ou manuels

¹ V. notamment L. CADIET, *Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation, in Les métamorphoses de la responsabilité civile*, 6^{ème} journées Savatier, PUF 1998, spéc. p. 497 et s. où l'auteur démontre qu'aujourd'hui il est souvent question de réparation hors responsabilité.

de « *responsabilité civile* » ou de « *droit des obligations* »². En parcourant les tables et index de ces ouvrages, on constate que la réparation des dommages (ou préjudices) est envisagée dans les développements relatifs à cette condition « *constante de la responsabilité* »³, mais également aussi dans une partie plus générale dont l'intitulé varie entre « *mise en œuvre de la responsabilité* »⁴, « *effets de la responsabilité civile* »⁵, ou encore « *réparation du dommage* » mais à l'intérieur de développements relatifs à la responsabilité civile⁶. « *Habituellement* » est certainement le terme qui convient, puisque la responsabilité civile a pendant longtemps pu être considérée comme « *la pièce maîtresse du système légal d'indemnisation des dommages* »⁷. Néanmoins, si on a pu affirmer un temps que les règles de la responsabilité ont conquis le droit tout entier⁸, aujourd'hui cette affirmation mérite d'être nuancée. Le droit de la responsabilité ne suffit plus, tant s'en faut, pour répondre au besoin croissant de réparation. Le droit de la réparation est plus large que le droit de la responsabilité. Le projet de réforme révèle cette réalité mais la structure que les auteurs ont choisie fleurit bon le XIX^e siècle.

Contenu progressiste. Ce prisme de la responsabilité est toutefois partiellement dépassé par la réforme proposée en droit français grâce à la présence de nombreuses dispositions relatives à la réparation. Aussi, en termes de dommage corporel l'article 1267 du projet est lourd de signification et permet d'aller au-delà des clivages habituels en admettant que les règles énoncées spécifiquement pour la réparation du dommage corporel sont applicables non seulement devant les juridictions judiciaires mais également devant les juridictions administratives et surtout encore en matière de transaction obtenue avec un Fonds d'indemnisation ou un assureur. Cette disposition évoque une notion qui apparaît à certains endroits du projet et qui est heureuse en ce qu'elle prend en compte cette réalité du XXI^e siècle : celle de débiteur de l'indemnisation qui n'est pas nécessairement la personne responsable civilement. Désormais, pour un même accident, le cercle des débiteurs d'indemnisation s'est considérablement élargi : responsables au pluriel et débiteurs « *non responsables* » : assureurs directs, fonds d'indemnisation, assurances sociales. Rares sont les cas où la dette de réparation pèse sur le patrimoine du responsable, et ce alors même que serait mise en jeu la responsabilité de celui-ci, puisque c'est son assureur de responsabilité qui payera. Les règles mais aussi

² Lorsque la réparation est envisagée en tant que telle, c'est sous un angle particulier et, par exemple, celui du dommage corporel : v. Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation*, Dalloz coll. précis 8^e éd. 2016. Et plus souvent par des praticiens, V. G. MOR, *Évaluation du préjudice corporel, Stratégies d'indemnisation, méthodes d'évaluation*, Dalloz Delmas 2014-2015 ; M. le ROY L.-D. LEROY et F. BIBAL, *L'évaluation du préjudice corporel*, LexisNexis coll droit et professionnels, 2018.

³ V. notamment J. CARBONNIER, *Droit civil, T. IV, Les obligations*, coll. Thémis, PUF 1998, 21^e éd. refondue n° 205 et s. traitant le « *dommage réparable* » comme une condition constante de la responsabilité.

⁴ V. notamment J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Le fait juridique*, 14^e édition Sirey Université ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Responsabilité civile extracontractuelle, 5^e édition LexisNexis 2018, n° 523 et s ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les Obligations*, Defrénois 10^{ème} édition, n°220 et s.

⁵ G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, LGDJ 4^{ème} édition 2017.

⁶ F. TERRE, Ph. SIMLER, et Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Les obligations*, Précis Dalloz 12^{ème} édition 2018, n° 1097 et s.

⁷ G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, Traité de droit civil, LGDJ 3^{ème} édition 2008, n° 34.

⁸ H. MAZEAUD, *L'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile*, D.H 1935, chr. p. 5.

les outils de l'indemnisation du dommage corporel (nomenclature des préjudices, référentiels, bases de données, barèmes médicaux) sont révélés dans ce chapitre au titre des dispositions spéciales consacrées à la réparation des préjudices résultant d'un dommage corporel. La consécration d'un droit commun de la réparation à côté d'un droit spécial de la réparation irrigue l'ensemble de ce chapitre même si la structure conservatrice trahit une certaine frilosité des rédacteurs.

Structure conservatrice. Le Chapitre IV intitulé « les effets de la responsabilité » est composé de deux sections. La première intitulée « *Principes* » et la seconde intitulée « *Règles particulières à la réparation des préjudices résultant de certaines catégories de dommages* ». Il est étonnant de constater que les deux articles introductifs de la section première consacrée aux principes, s'agissant des effets de la responsabilité, ne traitent que de la réparation (principe de réparation intégrale et forme de la réparation) alors que trois courtes sous-sections de cette première section abordent d'autres effets de la responsabilité. On s'interroge sur la place très modeste occupée par ces autres effets de la responsabilité civile (l'incidence de pluralité de responsables, la cessation de l'illicite et l'amende civile), au total 3 articles dans un chapitre focalisé sur la réparation comprenant trente et un articles ! Pourquoi *a minima* ne pas avoir fait le choix de consacrer un chapitre entier à la réparation des dommages avec ses règles générales (principe de réparation intégrale, distinction de la réparation en nature et de la réparation par équivalent) et ses règles particulières (règles particulières à la réparation du préjudice résultant d'un dommage corporel, dommage matériel, dommage environnemental et retard dans le paiement d'une somme d'argent) ?

Les mots de Portalis demeurent pour décrire une réalité qui n'est pas celle de notre temps. La socialisation des risques a bouleversé les règles de la responsabilité civile. La prise en charge des dommages aujourd'hui ne peut pas se limiter à la mise en œuvre des règles de la responsabilité et pourtant c'est bien la réforme de la responsabilité civile que l'on est en train d'opérer. On assiste ainsi à un double mouvement en apparence contradictoire. D'une part, une unification des règles de la réparation au-delà de la responsabilité civile par l'émergence d'un droit commun de la réparation⁹. Mais d'autre part, une différenciation des règles selon l'atteinte subie, selon la voie choisie pour la réparation. On assiste en réalité à une recomposition du droit de la réparation : là où les spécificités étaient auparavant conditionnées par le fait générateur, elles le sont désormais par l'atteinte, ou le préjudice peu importe que la réparation soit mise en œuvre en application des règles de la responsabilité ou qu'elle soit recherchée auprès d'un organisme payeur qui n'est en rien « *responsable* ».

Projet belge. La structure du projet belge dans sa section 5 consacrée aux conséquences de la responsabilité civile est tout à fait différente. A regarder attentivement le plan, il semble tout entier ou presque tourné vers la réparation comme conséquence de la responsabilité civile. La première sous-section est dédiée aux règles de base mettant en avant le principe de réparation intégrale. Sont ensuite envisagées, les modalités de la réparation en nature (sous-section 2) ou sous la forme de dommage

⁹ L. CLERC-RENAUD, *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, Thèse Chambéry 2006.

intérêts (sous-section 3). Le projet laisse toutefois une place à la dimension préventive dans une sous-section 4 intitulée « *ordre ou interdiction* » en permettant au juge « *d'adresser un ordre ou une interdiction à toute personne qui risque par sa faute de causer un dommage à autrui afin de prévenir l'acte fautif ou empêcher sa répétition ou sa continuation* ». Est aussi abordée la dimension punitive à l'intérieur de la sous-section 3 consacrée aux dommages intérêts lorsqu'il s'agit de permettre d'introduire une sorte d'amende civile avec une disposition relative à la faute lucrative et une indemnisation allant en un tel cas à la victime. Contrairement au projet français, le projet belge ne contient pas de dispositions spéciales en fonction du type de dommage, pas de place particulière laissée à la réparation du dommage corporel mais des règles qui ne concernent que ce type de dommage dans les différents articles de la section (indemnisation en rente ou capital, aggravation des dommages, réparation des dommages patrimoniaux ou extrapatrimoniaux). Aucune place n'est non plus octroyée à la réparation en dehors des règles de la responsabilité civile.

Plan A partir des enseignements tirés du projet français et en comparaison autant que possible avec le projet belge, nous envisagerons dans un premier temps ce droit spécial de la réparation ou ce droit des dommages spéciaux (I) avant de s'intéresser au droit commun de la réparation (II) qui semble se dégager de ce Chapitre IV mal nommé « des effets de la responsabilité civile ». À côté de cet effet principal qu'est la réparation, nous envisagerons la maigre place laissée à une diversification des effets de la responsabilité civile (III).

I — L'avènement d'un droit des dommages spéciaux

Le projet de réforme français prévoit des dispositions particulières pour différentes catégories de dommages (A) en octroyant une place centrale à la réparation du dommage corporel (B).

A) Les différentes catégories de dommage réparable

1— consécration de la distinction du dommage et du préjudice

Les notions de dommage ou de préjudice ont longtemps été négligées tant par le législateur, que par la jurisprudence ou la doctrine. En quelque sorte « *peu importe ce que l'on répare, du moment qu'on le répare* »¹⁰. Pourtant aujourd'hui, particulièrement pour la réparation du dommage corporel, il semble que la distinction du dommage et du préjudice soit beaucoup moins discutée et ait convaincu les auteurs du projet de réforme. Il s'agit de distinguer l'atteinte (le dommage) de ses conséquences (le préjudice). Il peut donc s'agir dans le projet d'une atteinte au corps (dommage corporel), d'une atteinte à un bien (dommage matériel), d'une atteinte à l'environnement (dommage environnemental) et du dommage résultant dans le retard de paiement d'une somme d'argent. Ce dommage entraîne des conséquences juridiques, c'est-à-dire des préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux (parfois) découlant du dommage. Les titres des différentes sous-sections sont parlants puisqu'il est question de réparer « *les préjudices résultant d'un dommage corporel, matériel,*

¹⁰ L. CADIET, *Les métamorphoses du préjudice*, in *Les métamorphoses de la responsabilité civile*, 6^{ème} journées Savatier, PUF 1998, p. 37 et s.

environnemental » et des « *préjudices résultant du retard dans le paiement d'une somme d'argent* ». Cette distinction irrigue l'ensemble du projet et on la retrouve déjà au titre des dispositions relatives au préjudice réparable à l'article 1235 qui dispose « *qu'est réparable tout préjudice¹¹ certain résultant d'un dommage¹² et consistant en la lésion d'un intérêt licite patrimonial ou extrapatrimonial* ». Cette distinction est en revanche ignorée dans le projet belge.

2— Les règles particulières applicables à chaque catégorie de dommage¹³

Préjudice résultant d'un dommage corporel¹⁴. La sous-section première consacrée aux préjudices résultant d'un dommage corporel est de loin la plus développée puisqu'elle comporte douze articles d'ordre public qui sont pour la plupart très inspiré du droit en vigueur justifie des développements plus conséquents¹⁵.

Préjudice résultant d'un dommage matériel. Les deux dispositions de cette sous-section visent à confirmer les solutions du droit positif quant à l'évaluation du dommage matériel et n'appellent pas de développement particulier. « *En cas d'atteinte à un bien corporel, l'indemnité sera de la plus faible des deux sommes représentant le coût de la remise en état et celui du remplacement du bien, sans qu'il soit tenu compte de sa vétusté ni de la plus-value éventuellement inhérente à la réparation* » (article 1278 al 1). En revanche, quand le bien ne peut être ni remis en état, ni remplacé, l'indemnité doit correspondre à la valeur qu'aurait eue le bien au jour de la décision, dans son état antérieur au dommage (1278 al. 2), et le responsable peut demander que le bien endommagé lui soit remis ou que sa valeur résiduelle soit déduite de l'indemnité (al. 3). Quant à l'article 1279, il précise que « *le cas échéant, l'indemnité compense également la privation de jouissance du bien endommagé, les pertes d'exploitation ou tout autre préjudice* ».

Préjudice résultant d'un dommage environnemental. La sous-section 3, qui traite des règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'un dommage environnemental est composée de six articles (art. 1279-1 à 1279-6), reprenant les nouveaux articles 1246 à 1252 du Code civil, issus de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016. Deux remarques sur cette question : d'abord, comme il a pu être relevé¹⁶, le vocabulaire utilisé pour caractériser le « *préjudice écologique* » vise en réalité le dommage, l'atteinte à l'environnement, plus précisément « *l'atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement* » (article 1279-2). Ces dispositions organisent uniquement la réparation du dommage environnemental proprement dit et non celle des préjudices qui en résultent en mettant l'accent sur les mesures préventives, le caractère collectif de l'action en réparation et la priorité de la réparation en nature. Il

¹¹ C'est nous qui soulignons.

¹² C'est nous qui soulignons.

¹³ V. dans le Chapitre 4 consacré aux « *effets de la responsabilité* », le titre de la section 2 du projet de réforme « *Règles particulières à la réparation des préjudices résultant de certaines catégories de dommages* » après la section 1 consacrée aux « *Principes* ».

¹⁴ Sous-section 1 articles 1267 à 1277 du projet.

¹⁵ Cf. infra B).

¹⁶ J.-S. BORGHETTI, Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017, D. 2017. 770.

s'agit de nouvelles modalités de réparation du préjudice (ou dommage ?) écologique qui viennent s'ajouter au régime de « *responsabilité environnementale* » intégré dans le Code de l'environnement aux articles L 160-1 et suivants. Il est d'ailleurs regrettable qu'aucune articulation entre ces deux types de responsabilité « *civile* » et « *environnementale* » ne soit envisagée.

Préjudice résultant dans le retard du paiement d'une somme d'argent. Nous nous interrogeons sur l'intérêt d'une telle disposition concernant les intérêts moratoires qui sont très éloignés de l'idée d'une réparation d'un préjudice, d'autant plus que l'article 1231-7 tel qu'il résulte de l'ordonnance du 10 février 2016 est relatif à cette question.

B) La consécration d'un droit spécial du dommage corporel

1- Une spécificité visible en dehors des règles particulières consacrées aux préjudices résultant d'un dommage corporel.

La volonté de prendre en compte particulièrement le dommage corporel pour le régir par des règles spéciales dérogatoires irrigue tout le projet. Cette tendance illustre le souci de protection de cette catégorie de victime atteinte dans son intégrité corporelle. Ainsi, il est prévu une réparation des préjudices résultant d'un dommage corporel exclusivement mise en œuvre par principe sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, alors que ceux-ci seraient causés à l'occasion de l'exécution d'un contrat¹⁷.

En outre, une particularité existe également pour les dommages causés par un membre indéterminé d'un groupe à l'article 1240 dont on peine à comprendre la limitation de l'application au seul dommage corporel¹⁸. Il ne s'agit pas seulement d'une faveur pour les victimes de dommages corporels, mais d'une règle de logique, tout aussi pertinente pour les autres dommages — supposons qu'une personne périsse dans l'incendie de sa maison, sans que l'on puisse identifier l'incendiaire au sein d'un groupe : chaque membre du groupe serait tenu d'indemniser les conséquences du décès de la personne, mais personne ne serait responsable de l'incendie de la maison ?¹⁹.

On retrouve également dans le chapitre III consacré aux causes d'exonération le souci de protection de la victime fautive à l'article 1254 alinéa 2 énonçant qu'en « *cas de dommage corporel, seule une faute lourde peut entraîner l'exonération partielle* » alors qu'une faute simple de la victime suffit en dehors du dommage corporel.

Des règles spécifiques à la réparation du dommage corporel sont aussi envisagées dans le chapitre consacré aux effets de la responsabilité dans la section contenant les principes. Ainsi, en ce qui concerne la réparation sous forme de dommages-intérêts (sous-section 2 de la section 1), un alinéa

¹⁷ article 1233-1 al. 1^{er}. Une exception est toutefois envisagée à l'alinéa 2, toujours dans un but de protection, prévoyant que « *la victime peut invoquer les dispositions expresses du contrat qui lui sont plus favorables que l'application des règles de la responsabilité extracontractuelle* ».

¹⁸ « *Lorsqu'un dommage corporel est causé par une personne indéterminée parmi des personnes identifiées agissant de concert ou exerçant une activité similaire, chacune en répond pour le tout, sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé* ».

¹⁹ V. sur cette critique Contribution aux travaux de la mission d'information sur la responsabilité civile créée par la commission des lois du Sénat, Projet RCSR ANR-CDPPOC, <http://hal.univ-smb.fr/halshs-01842467>

est ajouté à l'article 1262, qui prévoit que, en cas de dommage corporel, la victime peut également réclamer une indemnisation complémentaire pour tout chef de préjudice préexistant non inclus dans la demande initiale. Il est aussi précisé à l'article 1263 que l'obligation de prendre les mesures sûres et raisonnables propres à éviter l'aggravation de son préjudice pour ne pas subir une réduction des dommages-intérêts ne s'applique pas en cas de dommage corporel.

2- Une spécificité largement prise en compte dans la sous-section consacrée aux préjudices résultant d'un dommage corporel.

Les articles 1267 et 1267-1 qui introduisent cette sous-section donnent toute leur force à ce droit spécial de la réparation du dommage corporel qui se présente aussi comme un droit commun de la réparation du dommage corporel. Comme nous l'avons déjà souligné, l'article 1267 prévoit que ces dispositions s'appliquent tant devant les juridictions judiciaires qu'administratives mais aussi lorsque la réparation est obtenue par la conclusion d'une transaction avec un fonds ou un assureur. Un droit à la fois spécial car ne régissant que cette catégorie de dommage que constitue l'atteinte au corps mais également un droit commun parce que ce corps de règles a vocation à s'appliquer à chaque fois qu'un dommage corporel est subi que l'on recherche une réparation en application des règles de la responsabilité ou en dehors de ces règles.

L'adoption d'une méthodologie encadrée de réparation du dommage corporel. Concernant le contenu des dispositions, contrairement au projet belge, le législateur français a choisi d'encadrer par la loi des pratiques et techniques de réparation du dommage corporel largement utilisées en droit positif. Il s'agit en quelque sorte de consacrer une méthodologie qui se traduit par la reconnaissance de la distinction du dommage et du préjudice, par le rappel de certains principes consacrés en jurisprudence comme l'absence de prise en compte des prédispositions de la victime (article 1268) et surtout par le recours à certains outils existants pour mesurer l'atteinte ou pour identifier et évaluer les chefs de préjudice réparable.

Outils pour mesurer l'atteinte. Le constat de l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne résulte le plus souvent d'une expertise médicale à la suite d'un examen médical de la victime réalisé par un médecin expert judiciaire (dans le cadre d'une action juridictionnelle) ou d'un médecin conseil de compagnie d'assurances (dans le cadre d'un règlement amiable ou transactionnel). Il s'agit d'une évaluation factuelle et non monétaire : cette première opération consiste en l'appréciation de l'ampleur de l'atteinte corporelle au moyen de critères médico-légaux. Une telle évaluation, exprimée en pourcentage et taux d'incapacité fonctionnelle, permet de donner une mesure chiffrée des atteintes à la personne (atteinte à l'intégrité physique et psychique : AIPP). Cette méthode quantitative est utilisée dans la plupart des pays européens sauf en Grande-Bretagne où l'expert doit décrire précisément l'état physique et psychique de la personne, ses besoins et ses manques²⁰. En France une

²⁰ G. MOR, Evaluation du préjudice corporel, stratégies d'indemnisation, méthodes d'évaluation, 2^e ed. Delmas 2014-2015, p. 338, n° 123-11.

multitude de barèmes médicaux existent²¹. Pour ne citer que les principaux, coexistent le barème d'évaluation médico-légale de la Société de médecine légale, le barème indicatif des taux d'incapacité en droit commun du concours médical qui est celui utilisé par les assureurs et en matière d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux ; le barème européen d'évaluation des atteintes à l'intégrité physique et psychique mis au point sous l'égide de l'institut européen du droit de la circulation de Trève. Le premier présente l'originalité d'une double approche : l'une traditionnelle fondée sur l'analyse des lésions et des déficiences, l'autre est plus innovante fondée sur l'analyse des diverses fonctions (motrice, sensorielle, cardio-respiratoire, urinaire...). Les deux autres font la part belle à l'analyse anatomique des séquelles en négligeant l'aspect fonctionnel²². Le principal inconvénient est que la même atteinte sera mesurée différemment selon le barème appliqué si bien que beaucoup jugent aujourd'hui souhaitable d'adopter un barème médical unique²³, c'est-à-dire, un barème indicatif d'évaluation de l'atteinte en exigeant de l'expert qu'il complète le taux d'incapacité retenu par une description précise des séquelles, « l'évaluation barémique n'étant pas une science exacte »²⁴.

Cette proposition se retrouve à l'article 1270 de réforme du droit de la responsabilité civile en ces termes : « *sauf disposition particulière, le déficit fonctionnel après consolidation est mesuré selon un barème médical unique, indicatif, dont les modalités d'élaboration, de révision et de publication sont déterminées par voie réglementaire* ». L'outil est en lui-même intéressant s'il est indicatif et accompagné d'une description précise des séquelles par le médecin expert. Ce qui est surprenant dans le projet c'est que le recours au barème se trouve limité à la mesure d'un seul chef de préjudice, le déficit fonctionnel permanent alors qu'il serait aussi utile d'avoir certains repères pour l'évaluation médicale des souffrances endurées ou du préjudice esthétique par exemple.

Outils permettant d'identifier et d'évaluer les chefs de préjudice réparables. Une fois le dommage corporel mesuré, il va falloir déterminer quels sont les chefs de préjudice que la victime a effectivement subi avant de procéder à leur évaluation monétaire en fonction de certaines modalités.

– **La détermination des chefs de préjudice par l'adoption d'une nomenclature** : Préconisée dans le rapport Lambert-Faivre en 2003, elle a été adoptée en 2005 par un groupe de travail réuni sous la Présidence de Jean-Pierre Dintilhac. Il s'est agi de dresser une liste des préjudices réparables, d'en proposer une classification cohérente et de donner une définition pour chaque chef de préjudice proposé. Ce travail était nécessaire pour parvenir aux objectifs fixés par la loi du 21 décembre 2006 qui modifie les modalités du recours des tiers payeurs en imposant en particulier l'imputation de ces

²¹ V. G. MOR, *op. cit.*, n° 123-12 et s'évoquant la « guerre de barèmes médicaux ».

²² Il existe aussi avec un domaine d'application plus réduit le barème assurance maladie invalidité et accident du travail (évaluation du corps au travail) et le barème des pensions militaires.

²³ Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, *op. cit.* n° 126 ; G. MOR, *op. et loc. cit.*, de manière plus nuancée surtout pour l'évaluation en droit commun : il est préconisé qu'un barème différent existe pour évaluer la perte de capacité fonctionnelle et la perte de capacité au travail.

²⁴ Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, *op. et loc. cit.* : « *Le barème par nature arbitraire et abstrait ne peut donner qu'une référence indicative que le médecin expert adapte au concret de son expertise : le barème médical devrait être établie non seulement en moyenne mais aussi en fourchettes* ». Dans le même sens, G. MOR, *op. cit.* n° 123-20.

recours « *poste par poste sur les seules indemnités qui réparent les préjudices que les tiers payeurs ont pris en charge* ». Malgré son absence de valeur normative, cette nomenclature est aujourd'hui largement utilisée. Elle est l'outil de référence du juge judiciaire, elle commence à s'imposer devant les juridictions de l'ordre administratif qui avaient dans un premier temps préféré adopter leur propre nomenclature. Elle est appliquée par les assureurs et fonds d'indemnisation ou de garantie dans le cadre de procédure transactionnelle. Non figée, elle a évolué avec la reconnaissance de nouveaux chefs de préjudice et elle a aussi été améliorée par une jurisprudence de plus en plus fournie, arrêt après arrêt de la Cour de cassation qui en a précisé les contours. Le dernier de projet de réforme comme ceux qui l'ont précédé propose de rendre cette nomenclature obligatoire. L'article 1269 dispose 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'État* ».

– **Le recours à un référentiel ou à une base de données pour évaluer certains chefs de préjudice extrapatrimoniaux.** Une fois les chefs de préjudice identifiés, il est nécessaire de les évaluer en respectant le principe de réparation intégrale et celui de la personnalisation de la réparation. Pour certains postes de préjudice, on peut parler d'évaluation objective²⁵ (*in concreto*). Comptable, elle permet d'évaluer les préjudices patrimoniaux, presque au centime près, pour notamment indemniser les dépenses de santé, les pertes de gains professionnels et plus largement le préjudice spécifique à la perte d'autonomie (assistance tierce personne, aménagement du logement, du véhicule etc.). Mais pour d'autres postes de préjudice, essentiellement les postes de préjudice extrapatrimoniaux, l'évaluation ne peut être que subjective. L'idée d'avoir recours à un barème rigide consistant à attribuer une valeur monétaire à un étalonnage médical des préjudices²⁶ a vite été abandonnée car contraire aux principes de réparation intégrale et d'individualisation de la réparation. En revanche, le juge et le payeur dans la réparation transactionnelle ont besoin de repères pour que l'indemnisation ne soit ni arbitraire ni injuste²⁷. La pratique du recours à un référentiel d'indemnisation s'est dès lors développée en France. En premier lieu, certains Fonds d'indemnisation ont adopté leur propre référentiel (FIVA, ONIAM, et dernièrement le FGTI a publié son référentiel d'indemnisation des victimes d'attentat). Mais ce sont surtout les cours d'appel qui sont à l'origine de cette pratique. Cette pratique s'est structurée ces dernières années à l'initiative d'un groupe de travail constitué autour du Président Mornet puis structuré pour réunir aujourd'hui les références d'indemnisation de vingt neuf cours d'appel²⁸. Il s'agit « *d'attribuer une référence d'indemnisation à un étalonnage médical ; la*

²⁵ B. MORNET, Le référentiel indicatif d'indemnisation du dommage corporel des cours d'appel, *in* Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel, recueil des travaux du GRECA, dir. Ph. Brun, L. Clerc-Renaud et C. Quézel-Ambrunaz, Bruylant 2017 p. 243 et s.

²⁶ Définition de la barémisation, rapport Lambert-Faivre sur l'indemnisation du dommage corporel, juin 2003.

²⁷ « Le juge n'évalue pas les préjudices en lisant dans une boule de cristal ; confronté à l'indemnisation du préjudice, le juge cherche des précédents. Et la recherche de précédents nous conduit nécessairement vers la notion de référentiel », B. MORNET, préc..

²⁸ « Référentiel indicatif de l'indemnisation du préjudice corporel des cours d'appel », septembre 2016. Ce référentiel prend désormais la forme d'un véritable guide de l'indemnisation du préjudice corporel élaboré par des magistrats pour contenir une sorte de manuel de l'indemnisation du préjudice corporel en plus des indications relatives aux montants d'indemnisation pour les différents postes de préjudices.

fourchette ou le curseur de référence présente un caractère indicatif et laisse au juge la possibilité de personnaliser l'indemnisation à l'intérieur de la fourchette ou autour du curseur. Il peut même s'en écarter si la situation le justifie »²⁹. Pour éviter les distorsions inhérentes à la multiplication des référentiels³⁰, il est proposé dans le projet de réforme de la responsabilité civile à l'article 1271 l'adoption par décret d'un référentiel indicatif d'indemnisation réévalué tous les trois ans en fonction de l'évolution de la moyenne des indemnités accordées par les juridictions³¹.

Ce référentiel est couplé dans le projet de réforme avec l'adoption d'une base de données qui « *rassemble, sous le contrôle de l'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* ». Cet outil a la préférence des défenseurs de victimes car il présente l'avantage, grâce à un moteur de recherche perfectionné, de situer l'évaluation de chaque victime dans son contexte précis en se référant à une décision précise. Il est étonnant de voir que le projet de réforme prévoit ces deux outils alors que le débat se fige généralement entre les partisans du référentiel, essentiellement les assureurs et majoritairement les magistrats qui mettent en avant l'argument de la sécurité juridique et les adeptes de la base de données, majoritairement les avocats de victimes qui préconisent cet outil présenté comme étant le seul conforme au principe de réparation intégrale et à son corollaire, l'individualisation de la réparation³².

– **Un outil particulier pour indemniser certains postes de préjudices patrimoniaux futurs : la table de capitalisation.** Deux modalités s'offrent au juge et au payeur : octroyer à la victime une rente ou un capital. Cette question se pose notamment pour l'indemnisation des pertes de revenus futurs, de l'assistance tierce personne. L'indemnisation sous forme de capital présente l'intérêt pour la victime de disposer tout de suite d'une somme d'argent importante qu'elle peut utiliser à sa convenance et pour le payeur de se libérer de la gestion d'un dossier lourd, d'apurer ses comptes relatifs à l'accident. L'intérêt de la rente pour la victime consiste dans une gestion plus facile, un risque moindre de dilapidation, surtout en présence d'une victime jeune et lourdement handicapée. Si le choix n'est pas celui de la rente, il va falloir la capitaliser à l'aide d'une table ou barème de capitalisation permettant la conversion d'une rente en un capital représentatif. Différents barèmes existent, car plusieurs méthodes sont envisageables pour les établir (choix du taux d'intérêt, de la table de

²⁹ B. MORNET, préc.

³⁰ A titre d'exemple pour des souffrances endurées évaluées par le médecin expert à 4/7, le « référentiel indicatif de l'indemnisation du préjudice corporel des cours d'appel 2016 » propose une fourchette d'indemnisation entre 8000 et 20 000 € et selon le référentiel de l'ONIAM la fourchette est située entre 6121-8281 €.

³¹ Article 1271 « *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* ».

A cette fin, une base de données rassemble, sous le contrôle de l'État et dans des conditions définies par décret en Conseil d'État, les décisions définitives rendues par les cours d'appel en matière d'indemnisation du dommage corporel des victimes d'un accident de la circulation ».

³² V. sur cette question, C. COUSIN, Le débat sur le référentiel indicatif de l'indemnisation du préjudice corporel des cours d'appel à l'heure des bases de données, La Semaine juridique, édition générale, 24 avr. 2017, n° 17, p. 830–836, Etude n° 483.

mortalité, prise en compte ou non de l'inflation)³³. Le choix de la table utilisée est crucial puisque le capital qui en dépend peut considérablement varier. Pour autant, le droit français n'a jamais arrêté un barème qui ferait autorité et octroie une large liberté aux juges du fonds³⁴.

Cette situation est sur le point d'évoluer dans le sens d'un plus grand encadrement et d'une meilleure méthodologie à en croire le dernier projet de réforme. D'abord, l'article 1272 prévoit à titre de principe que la réparation des chefs de préjudices perte de gains professionnels, perte de revenus des proches, assistance tierce personne aura lieu sous forme de rente indexée. Ensuite, à titre d'exception et avec l'accord des parties, il sera possible de convertir cette rente en capital. Enfin, cette conversion devra se faire en application d'une table déterminée par voie réglementaire avec un taux d'intérêt prenant en compte l'inflation prévisible et actualisée tous les trois ans³⁵.

II — L'avènement d'un droit commun de la réparation

Le projet de réforme du droit français³⁶ promeut l'uniformisation des règles de réparation des dommages, quelle que soit la source (juridiction judiciaire, administrative, transaction...) des dommages intérêts. Des principes fondamentaux ou directeurs apparaissent, au premier rang desquels celui de la réparation intégrale³⁷ (A), pétition de principe qui porte pour corollaire la nécessaire adaptation de l'indemnisation à chaque victime (B).

A) La réparation organisée autour du principe de réparation intégrale

³³ V. notamment le barème de l'Association française de l'assurance, le Barème de la Gazette du Palais (2004, 2011, 2013, 2016, 2018), le barème pris en application de l'article R. 454-1 du code de la sécurité sociale utilisé pour le calcul des frais futurs des organismes sociaux ou encore celui élaboré par le CDPPOC de l'Université Savoie Mont-Blanc (C. Quézel-Ambrunaz) mis à jour annuellement depuis 2016 <https://www.fac-droit.univ-smb.fr/fr/bareme-de-capitalisation/>

³⁴ La Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence qui résultait d'une série d'arrêt rendus le 10 décembre 2015 (Civ 2^e, 10 décembre 2015 n° 14-27243 n° 14-26122 et n° 14-24443) avec cette formule : « (...) tenue d'assurer la réparation intégrale du dommage actuel et certain de la victime sans perte ni profit, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a fait application du barème de capitalisation qui lui a paru le plus adapté à assurer les modalités de cette réparation pour le futur (...) ». V. aussi Cass. 2^e civ., 14 janv. 2016, n° 15-10.271 et n° 14-27.250 ; Crim. 5 avr. 2016, n° 15-80.577 ; Crim. 13 septembre 2016 n° 15-84417.

³⁵ Article 1272 : « L'indemnisation due au titre de la perte de gains professionnels, de la perte de revenus des proches ou de l'assistance d'une tierce personne a lieu en principe sous forme d'une rente. Celle-ci est indexée sur un indice fixé par voie réglementaire et lié à l'évolution du salaire minimum.

Avec l'accord des parties, ou sur décision spécialement motivée, la rente peut être convertie en capital selon une table déterminée par voie réglementaire fondée sur un taux d'intérêt prenant en compte l'inflation prévisible et actualisée tous les trois ans suivant les dernières évaluations statistiques de l'espérance de vie publiées par l'Institut national des statistiques et des études économiques.

Lorsqu'une rente a été allouée conventionnellement ou judiciairement en réparation de préjudices futurs, le créancier peut, si sa situation personnelle le justifie, demander que les arrérages à échoir soient remplacés en tout ou partie par un capital, suivant la table de conversion visée à l'alinéa précédent ».

³⁶ Ph. Brun, Regards sur le projet de réforme, RLDC 2017/152, p. 27 ; M. Dugué, S. Prétot, Regards sur le projet de réforme de la responsabilité civile, Droit et patrimoine, 1^{er} mai 2017, p. 25 ; J.-S. Borghetti, L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile. Commentaire des principales dispositions, D. 2016, p. 1442 ; M. Mekki, Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017 : des retouches sans refonte, Gaz Pal 2 mai 2017, p. 12.

³⁷ J. Bourdoiseau, De la réparation intégrale du dommage corporel, in Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel, Bruylant, 2017, p. 63.

Le mantra de la réparation intégrale est tant répété que l'on pourrait oublier qu'à compter ses atteintes en droit positif (limitation au dommage prévisible et clauses limitatives en matière contractuelle, impact de la faute de la victime y compris sur les victimes par ricochet, exclusion des victimes indirectes qui ne seraient pas des proches de la victime directe, appréciation parfois sévère du lien de causalité, exclusion de certaines conséquences du dommage du nombre des chefs de préjudices réparables, etc.), un doute sur la consistance du principe peut s'élever³⁸. L'affirmation du principe n'est donc pas anodine³⁹ (a), alors même qu'il conserve une portée limitée (b).

a. Objectif de réparation intégrale

La codification de la réparation intégrale. Belle illustration de l'interaction entre les sources du droit, l'article 1258 reprend et adapte une formule d'abord doctrinale, puis reprise par la jurisprudence⁴⁰ : « *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* ». Le projet belge est sans doute sur ce point plus réaliste, en posant en son article 5 180 § 1 une telle formule seulement pour le dommage matériel, assignant aux dommages extrapatrimoniaux seulement l'objectif d'une « juste et adéquate compensation ».

C'est toutefois à l'article suivant du projet français, l'article 1259, que la locution de réparation intégrale est utilisée, le principe étant assigné comme but à la responsabilité civile, dans le cas spécifique du cumul entre réparation en nature ou en dommages-intérêts, l'une comme l'autre de ces formes de réparation faisant l'objet de dispositions propres.

i. En nature

Avantages et inconvénients de la réparation en nature. La réparation en nature présente indéniablement, pour la victime, des avantages comme des inconvénients. L'adéquation de ce qui est donné à ce qui a été perdu en fait un mode particulièrement indiqué, en apparence, pour le respect de la réparation intégrale — plus qu'une compensation du préjudice, c'est le dommage qui est effectivement réparé.

Une nuance doit toutefois être apportée : l'un des corollaires de la réparation intégrale est la libre disposition de la réparation par la victime. Ce principe est souvent énoncé plutôt pour les dommages et intérêts, mais il est possible d'en trouver l'expression en matière de réparation en nature, en ce que celle-ci doit être acceptée par la victime (Art. 1261, al. 1). Le projet belge laisse moins de latitude à la

³⁸ Fabrice Leduc. La conception générale de la réparation intégrale. Philippe Pierre; Fabrice Leduc. La réparation intégrale en Europe : études comparatives des droits nationaux, Editions Larcier, pp.31, 2012, Europe(s), 978-2-8044-5411-1. <hal-01099991> ; La réparation intégrale en Europe. La réparation intégrale : mythe ou réalité intercontinentale? Regards croisés Europe-Amérique, Sep 2012, Laval, Canada. <hal-01103173>

³⁹ Christophe Radé. Principe de réparation intégrale et réformes contemporaines du droit de l'indemnisation du dommage corporel. Aux confins de la réparation intégrale : hier, aujourd'hui et demain, Oct 2015, Paris, France. <halshs-01229756>

⁴⁰ « 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 ne s'était pas produit », (Cass. civ. 2, 28 octobre 1954, Bull. civ. II, n° 328 ; R. SAVATIER, Traité de la Responsabilité civile en droit français, Tome 2, L.G.D.J., 2e Ed., 1951)

victime, en ce qu'elle doit exciper de « justes motifs » pour refuser la réparation en nature offerte (art. 5.182 §2).

La réparation en nature présente encore l'inconvénient de laisser subsister un préjudice pour le temps entre l'atteinte, et le moment où le bien atteint est effectivement remplacé ou réparé : il s'agit essentiellement d'une perte de jouissance, peut-être d'un préjudice lié à des pertes de revenus. L'article 1259 prévoit que la réparation en nature peut se cumuler avec des dommages et intérêts, dont on peut penser qu'ils auront précisément pour fonction de réparer ce préjudice « intermédiaire ». L'article 5. 180 § 2 du projet belge porte la même solution.

Potentiellement, le coût de la réparation en nature peut également être un frein ; si le responsable ne peut, par sa seule volonté, s'opposer à la réparation en nature, l'article 1261 interdit au juge de la prononcer « en cas d'impossibilité ou de disproportion manifeste entre son coût pour le responsable et son intérêt pour la victime ». L'épithète « manifeste » a son importance : la réparation en nature a précisément pour intérêt de faire supporter par le responsable un certain nombre de coûts de transaction ou d'externalités (frais de transport, de négociation...) que la victime compensée par équivalent supporte à défaut elle-même, et qui intègrent difficilement le chiffre des dommages et intérêts : la réparation en nature sera donc souvent, au final, plus onéreuse que la réparation par équivalent pour le responsable. Néanmoins, il s'agit de rester dans de justes limites, et de ne pas exiger par exemple la remise en état d'un bien qui pourrait être aisément remplacé, pour un coût largement moindre. L'article 5.182 §2 du projet belge est considérablement plus restrictif, en ce qu'il limite la possibilité de refuser la réparation en nature seulement « si elle est impossible, si elle constitue un abus de droit, si elle requiert le recours à la contrainte sur la personne du débiteur ou si elle est contraire à la dignité humaine ».

Domaine de la réparation en nature. La réparation en nature n'est pas expressément limitée aux atteintes aux biens, domaine auquel elle est le plus souvent cantonnée. Il est évidemment que le dommage corporel est moins susceptible de trouver de réparation qui soit « spécifiquement propre à [le] supprimer, réduire ou compenser »⁴¹ ; néanmoins, la fourniture d'aides techniques, les prestations d'aménagement du logement ou du véhicule pourraient s'apparenter à des réparations en nature. L'intérêt pourrait résider en pratique dans le dernier alinéa de l'article 1261, qui dispose que « le juge peut également autoriser la victime à prendre elle-même les mesures de réparation en nature aux frais du responsable. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires ». L'usage d'une telle disposition au stade des provisions pourrait garantir une meilleure adéquation de la réparation aux besoins de la victime — à condition qu'elle l'accepte.

ii. Par équivalent

Monnayer les larmes. Le projet belge, en son article 5 180 § 1, distingue les préjudices extrapatrimoniaux, qui ne sont susceptibles que d'une juste et adéquate compensation, des préjudices patrimoniaux, qui doivent recevoir une réparation intégrale. Cela fait ressortir en creux les silences du

⁴¹ Art. 1260 : « La réparation en nature doit être spécifiquement propre à supprimer, réduire ou compenser le dommage. »

projet français, conforme à une certaine tradition inspirée d'*Ubi lex non distinguit*, et qui prétend mesurer à la même aune les appauvrissements et les tourments d'une personne. Aux critiques issues de l'artificialité trop importante, voire à l'indécence, de l'évaluation en argent des atteintes extrapatrimoniales faites avec la prétention d'une réparation intégrale, il est possible de répondre qu'il y a là une exigence élevée de prise en compte de chaque situation dans sa singularité et sa complexité. L'effort de chiffrer une souffrance implique de la décrire et la reconnaître, et cet intérêt porté à la victime est salutaire.

Une dette de valeur. Les articles 1262 concernent « les dommages et intérêts » ; le premier alinéa de cet article concentre en une formule ramassée un certain nombre d'apports jurisprudentiels, qui tendent à faire de la dette de réparation une dette de valeur entre le dommage ou son aggravation et le moment où la décision du juge ou la transaction la liquident⁴². L'évaluation des dommages et intérêts au jour du jugement met le créancier d'indemnisation à l'abri des effets de la dépréciation monétaire entre le dommage et le montant de sa réparation. Le juge doit en outre tenir compte des variations passées ou prévisibles dans l'avenir du préjudice.

Capital ou rente ? Le projet français, en son article 1272, exprime une nette préférence pour le recours à la rente, plutôt qu'au capital, pour l'indemnisation due au titre de la perte de gains professionnels, de la perte de revenus des proches ou de l'assistance d'une tierce personne. La capitalisation ne peut se faire qu'avec l'accord des parties, ou par une décision spécialement motivée. Cela est heureux tant les risques de dilapidation — y compris, ne serait-ce que pour payer des frais d'avocat — sont grands : sur des durées longues, entamer faiblement le capital dès l'indemnisation obère la possibilité de financer sur le capital et ses intérêts la prestation sur un temps long⁴³. Le projet belge, en son article 5 183, ne marque pas autant de préférence pour l'un ou l'autre système, permettant de choisir « selon ce qui convient », tout en permettant d'imposer la rente « même si celle-ci n'est pas demandée, lorsque des motifs impérieux liés à la protection de la personne lésée le justifient ».

L'évolution du dommage postérieurement au jugement. Le préjudice futur étant réparable par principe, le jugement se prononce nécessairement sur l'avenir. Or, il se peut que le pari sur l'avenir soit contredit par les faits. Il semble impossible, en cas d'amélioration de la situation de la victime postérieurement au jugement (ou de décès rapide après le versement d'un capital représentatif d'une rente), de répéter l'indemnisation : juridiquement, cela heurterait nombre de principes juridiques, au premier rang desquels la libre disposition de l'indemnisation, l'autorité de la chose jugée. Techniquement, la partie ayant intérêt à agir — le responsable, le payeur — ne sera pas au courant du changement de situation de la victime. Ces obstacles n'existent pas dans la situation en miroir, celle où le dommage s'aggrave postérieurement au jugement : l'article 1262 al. 2 prévoit la possibilité d'obtenir un complément d'indemnité. Le texte vise l'aggravation du dommage, non expressément celle du préjudice — la question reste donc ouverte pour la prise en compte, par exemple, de

⁴² F. Bibal, La réparation en valeur, Gaz. Pal. 15 mars 2016, n° 259z9, p. 65 ; C. Bernfeld, Dette de valeur et temporalité en droit du dommage corporel, Gaz. Pal. 15 mars 2016, n° 259y6, p. 77.

⁴³ D. Gardner, « La dilapidation des indemnités. Plaidoyer pour une utilisation étendue de la rente », in Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel, Bruylant, 2017, p. 405.

l'aggravation situationnelle du préjudice de la victime.

Quant à la formulation, il est regrettable que le texte ne vise que le jugement, alors que par ailleurs il tend à créer un droit commun de la réparation, du moins en matière de dommage corporel : pourquoi la transaction ne serait-elle pas visée ?

L'interdiction de la confusion des chefs de préjudice. Par son dernier alinéa, l'article 1262 propose que « chacun des chefs de préjudice est évalué distinctement ». La pratique d'une telle évaluation, s'opposant à l'évaluation « tous chefs de préjudices confondus » qui a pu prévaloir un temps, est commandée, en matière de dommage corporel, sur la nécessité de pouvoir faire fonctionner le recours des tiers payeurs poste par poste. La règle gagne en autorité et en généralité, la pratique⁴⁴ des juges comme des avocats tenant lieu, actuellement, de source du droit.

b. Portée de la réparation intégrale

L'exigence d'impeccabilité de la victime. Le projet de réforme ne se départ pas de l'idée, qui pourrait sembler quelque peu anachronique, d'exiger que la victime soit exempte de tout péché pour mériter une réparation intégrale. Soit une situation dans laquelle le responsable comme la victime se sont montrés négligents, la conjonction de ces négligences conduisant au dommage : par la grâce de l'assurance de responsabilité, le responsable ne subira pas les conséquences de sa faute — l'assurance payera. En revanche, la victime, déjà atteinte par le dommage, aura en plus à supporter très souvent à titre définitif les conséquences de sa faute.

Le projet envoie des signaux contradictoires : s'il allège pour certaines victimes les conséquences de leur faute (i), par la modification des règles sur le recours des tiers payeurs, il les prive partiellement du bénéfice de la solidarité nationale (ii), et intègre une obligation de limiter son dommage (iii).

i. La faute de la victime

Contrastes⁴⁵. Le projet de réforme étend considérablement le champ de la faute de la victime : à côté de cette faute proprement dite, figurent le manquement de la victime à ses obligations contractuelles (sans qu'il soit précisé si ce manquement peut ou non être excusé, par exemple par l'inexécution de l'autre partie), et la faute de la personne dont elle doit répondre (art. 1254). Mais une distinction est opérée entre les victimes : les victimes de dommage corporel ne peuvent se voir opposer qu'une faute lourde (la leur, mais quid de la faute lourde des personnes dont elles doivent répondre ?), et les victimes privées de discernement ne peuvent se voir opposer que leur faute qui aurait les caractères de la force majeure (art. 1255). Est ainsi heureusement réparée une conséquence relativement injuste de la suppression de la condition d'imputabilité morale de la faute : pensée pour les victimes des personnes privées de discernement, elle leur a été néfaste lorsque ces jeunes enfants ou ces personnes sous l'emprise d'un trouble mental étaient elles-mêmes victimes.

L'opposabilité à la victime indirecte. L'article 1256 dispose que « La faute ou l'inexécution

⁴⁴ C. Lantero. La méthode d'évaluation des préjudices corporels. Revue française de droit administratif, Dalloz, 2014. <hal-01822135>

⁴⁵ J. Lagoutte, La faute dans l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile, RCA février 2017, p. 5.

contractuelle opposable à la victime directe l'est également aux victimes d'un préjudice par ricochet ». La pertinence de cette règle est douteuse : la victime par ricochet fait valoir un préjudice qui lui est propre, il y aurait une logique à prendre en compte, pour éventuellement diminuer son indemnisation, le comportement qui a été le sien. Il semble que cette règle soit une réminiscence, soit d'une idée de punition attachée à la faute de la victime, mais qui fait peu de cas du principe de l'individualité de la peine, soit d'une idée selon laquelle la victime serait coresponsable de son dommage, idée parfaitement erronée tant la responsabilité ne se conçoit qu'envers autrui.

	Indemnisation de la victime directe	Indemnisation de la victime indirecte
Victime directe en faute, telle que cette faute puisse lui être opposée	Partielle	Partielle
Victime directe non en faute, mais victime indirecte co-auteur du dommage suffisamment assuré	Intégrale	Intégrale

La rigueur de cette règle est heureusement atténuée en matière de dommage corporel — dans le droit positif, des familles pouvaient se trouver durablement dans des situations financières délicates en raison de l'opposition d'une faute vénielle à la victime directe.

ii. Le recours des tiers payeurs

Requiem pour le droit de préférence de la victime, où le recours des tiers payeurs cesse d'être un recours subrogatoire. Le droit positif permet aux victimes de dommage corporel de bénéficier d'un droit de préférence pour être payées avant le tiers payeur lorsque la dette du responsable est inférieure (en raison de la prise en compte de leur faute, ou d'une simple perte de chance) au dommage subi⁴⁶. Pour le dire autrement, une victime cumule ce qu'elle peut obtenir du responsable et ce qu'elle a perçu du tiers payeur, dans la limite du montant de son préjudice, poste par poste⁴⁷. Dans certains cas, cela lui permet d'obtenir, nonobstant sa faute, une réparation intégrale de son préjudice. Il s'agit d'une conséquence de la nature subrogatoire du recours, la subrogation ne pouvant nuire au subrogeant.

Cette situation a généré des critiques⁴⁸, qui ne semblent pas fondées. Décider autrement revient à

⁴⁶ Christophe Quézel-Ambrunaz, Luc Derepas, Elisabeth Le Cheualier, Gisèle Mor. Recours des tiers payeurs poste par poste : Regards croisés sur une innovation. États généraux du dommage corporel - 2006-2016 Recours des tiers payeurs poste par poste : évolution ou révolution ? , Nov 2016, Paris, France. Gaz. Pal. 9 janv. 2017, n° 282y3, p. 14, 2017, <<https://www.lextenso.fr/gazette-du-palais/GPL282y3>> . <halshs-01863678>

⁴⁷ M. Bacache, Pratique de l'imputation poste par poste et du droit de préférence de la victime, Gaz. Pal. 9 janv. 2017, n° 282x8, p. 50.

⁴⁸ J. Bourdoiseau, Le droit de préférence de la victime : entre état des lieux et état des vœux, Gaz. Pal. 9 janv. 2017, n° 282v1, p. 24 ; J. Bourdoiseau, Recours des tiers payeurs : entre confirmation et revirement, D. 2012, p. 1051 ; P. Jourdain, Retour sur la pertinence de l'équation subrogation = imputation, Gaz. Pal. 9 janv. 2017, n°

priver la victime d'une partie de ce que le tiers payeur est censé lui procurer, alors que son intervention n'est pas conditionnée à l'absence de faute de la victime. Pour le dire autrement, à suivre les détracteurs de la solution actuelle, alors que lorsque la victime s'inflige par sa seule faute un préjudice, le tiers payeur intervient sans espoir de répétition des sommes versées ; mais lorsque le fait d'un tiers se serait joint à la faute de la victime, le tiers payeur aurait la possibilité de répéter certaines sommes, alors même que la victime ne serait pas indemnisée !

Ces critiques ont néanmoins été, semble-t-il, prises en compte dans le projet de réforme. Sans établir une priorité du tiers payeur, il opte pour une situation intermédiaire : selon l'article 1276 du projet, « Dans le cas où l'insolvabilité du responsable empêcherait l'indemnisation intégrale de la victime, celle-ci sera préférée au tiers payeur pour ce qui lui reste dû par le responsable. La faute de la victime ne peut réduire son droit à indemnisation que sur la part de son préjudice qui n'a pas été réparée par les prestations du tiers payeur. Celui-ci a droit au reliquat de la dette mise à la charge du responsable ».

Un exemple permet de mieux se rendre compte de l'importance de l'évolution ; soit une victime dont la faute diminue de moitié la dette du responsable, et un poste compensé pour 60 par le tiers payeur.

	Préjudice de la victime	Intervention du tiers payeur	Dette de responsabilité	Action de la victime	Recours du tiers payeur	Total de l'indemnisation de la victime	Solde pour le tiers payeur
Système actuel	100	60	50	40	10	100	-50
Projet de réforme	100	60	50	20	30	80	-30

Certes, la rigueur de la nouvelle solution est atténuée en ce qu'en matière de dommage corporel, qui fournit l'essentiel du contentieux du recours des tiers payeurs, seule la faute lourde de la victime est prise en compte ; néanmoins, il s'agit d'une atteinte nette aux principes de la subrogation. Nonobstant la déclaration de l'article 1273 sur la nature subrogatoire des recours, il faut soit douter de la nature subrogatoire de ce recours, soit repenser entièrement la question de la subrogation⁴⁹.

Le cas de la perte d'une chance n'est pas évoqué dans le projet français, alors qu'il s'agit également d'une situation dans laquelle le responsable ne paye pas l'entier dommage subi par la victime, et où le recours des tiers payeurs a son importance.

La PCH au nombre des prestations ouvrant droit au recours. L'article 1274 intègre dans la liste des prestations ouvrant droit au recours celles « prévues à l'article L.245-1 du code de l'action sociale et

282y4, p. 10 ; P. Jourdain, Imputation des prestations sociales: les limites au droit de préférence de la victime, RTD Civ. 2016, p. 380.

⁴⁹ P. Jourdain, Retour sur la pertinence de l'équation subrogation = imputation, Gaz. Pal. 9 janv. 2017, n° 282y4, p. 10.

des familles », à savoir, la prestation de compensation du handicap. Certes, celle-ci correspond parfois à des postes de préjudice, et il convient que le demandeur indique à la MDPH s'il a reçu des indemnités au titre des éléments compensables par la prestation. Il n'est pas prévu en droit positif que le Conseil départemental bénéficie d'un recours contre le tiers responsable en raison de la compensation du handicap⁵⁰, ce à quoi l'article 1274 propose de remédier. La mise en œuvre risque d'être extrêmement délicate : la PCH est réévaluée annuellement, de telle sorte que toute capitalisation des versements non encore réalisés est exclue, et que l'exercice annuel d'un recours semble irréaliste.

iii. L'obligation d'éviter l'aggravation de son préjudice

Une fausse mitigation of damages. Le projet intègre, à l'article 1263, l'obligation pour la victime d'éviter l'aggravation de son préjudice ; selon le texte, « Sauf en cas de dommage corporel, les dommages et intérêts sont réduits lorsque 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 ».

La mise à l'écart du préjudice corporel se comprend : décider autrement aurait été faire peu de cas des droits et libertés de chacun sur son corps, que la situation de victime ne doit pas venir amoindrir.

La règle en elle-même est admise en droit positif, sur le fondement de la bonne foi, en matière contractuelle, et pouvait être plaidée par l'entremise de la notion de faute de la victime en matière extracontractuelle. L'innovation tient certainement dans l'attention portée aux enseignements de l'analyse économique du droit, dans la mesure où des limitations tiennent tant aux mesures susceptibles d'être prises (sûres et raisonnables), qu'aux facultés de la victime (il est difficile de comprendre le sens de l'épithète « contributives » ici). Contrairement à une véritable « mitigation of damages », il n'est pas exigé de la victime une activité destinée à réduire son dommage, mais simplement à éviter son aggravation. Néanmoins, la victime se trouve, par le seul fait de sa qualité, débitrice d'une obligation nouvelle, celle de gérer son dommage⁵¹. La conjonction des différentes limites laisse un fort pouvoir d'appréciation au juge, et augure d'une application relativement rare de ces dispositions.

Faute de la victime, nouvelles règles sur le recours des tiers payeurs, obligation d'éviter l'aggravation de son préjudice : la responsabilité civile, dans sa nouvelle version, assure déjà la punition de la victime n'ayant pas le comportement attendu ; au-delà, le projet tend à renforcer la fonction punitive, à l'encontre de l'auteur.

B) La question de l'adaptation de la réparation à chaque victime

La place de l'individualité de la victime. La réparation intégrale se doit évidemment d'être

⁵⁰ A. Barrelier, Les départements bientôt admis au statut de tiers payeurs ?, Gaz. Pal. 7 févr. 2017, n° 285w3, p. 48. Sur la QPC relative à cette notion, voir notamment P. Jourdain, Conformité à la Constitution de l'article 29 de la loi du 5 juillet 1985 ; Note sous Conseil constitutionnel, 24 février 2017, décision numéro 2016-613 QPC, RTD civ. 2017, p. 408.

⁵¹ A.-L. Fabas-Serlouten, L'obligation de minimiser le dommage dans le projet de réforme de la responsabilité : la victime responsable de la gestion de son dommage, RTD civ. 2018, p. 21.

individualisée, propre à compenser autant que possible le préjudice. La règle ne souffre guère de discussions en matière de dommage matériel : son caractère intrinsèquement évaluable en argent rend la recherche de l'adéquation entre l'atteinte et sa réparation particulièrement aisée. Les difficultés se présentent essentiellement en matière de dommage corporel : le processus de prise de décision, puisqu'il s'agit de donner une estimation pécuniaire à ce qui ne s'exprime ordinairement pas en unités monétaires, qu'il faut parier sur l'avenir pour indemniser une victime de ses dommages futurs, et, en un mot, travailler sur une matière humaine que la volonté comme les circonstances peuvent bouleverser, est plus complexe. Le projet, mais comme la pratique dans une certaine mesure, s'appuie sur différents outils et mécanismes de standardisation de la réparation (A) ; il ne faut pas en déduire une automatisation de la réparation, entre autres en ce que la volonté de chaque victime est susceptible de jouer un rôle dans le processus (B).

1— Les mécanismes de standardisation de la réparation

Atteintes à la réparation intégrale ? Le recours, sous couvert d'égalité des victimes et d'uniformisation des pratiques, à des outils d'évaluation standardisés est parfois souhaité⁵².

Dans les « Règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'un dommage corporel », le projet de réforme français introduit plusieurs mécanismes de standardisation de la réparation, qui tendent à faire échapper à l'appréciation du juge un certain nombre d'éléments : barème médico-légal, référentiel d'indemnisation, barème de capitalisation. Ceux-ci ne sont pas nouveaux — tous sont déjà utilisés en pratique. L'innovation tient à leur consécration, alors que certains sont plus ou moins occultes⁵³ ; à la confection d'un unique barème, alors que chacun de ces outils connaît une sorte de « concurrence » ou de diversité selon l'organisme payeur ; à leur élaboration par le pouvoir réglementaire, alors qu'ils émanent de la pratique.

Le renvoi à de tels mécanismes interroge sur la méthode de réforme. Ils représentent un enjeu considérable, mais ne sont pas présentés aux côtés du projet. Non pas qu'il faudrait qu'ils intègrent le projet en lui-même, mais le gouvernement aurait pu au moins présenter les outils, au-delà des seules indications portées dans la loi, qui sont lacunaires.

L'article 1269 pose le principe de l'adoption d'une nomenclature par voie réglementaire, serpent de mer⁵⁴, qui semble indispensable dans la mesure où la loi impose le recours poste par poste, mais que les postes ne sont pas définis par la loi ou le règlement.

L'article 1270 prévoit le recours, pour l'indemnisation du DFP, à un barème médical unique indicatif⁵⁵.

⁵² M. Denimal, La réparation intégrale du préjudice corporel : réalités et perspectives. Droit. Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2016. <NNT : 2016LIL20017>. <tel-01447888>, spec. p. 153 sq. ; Julien Bourdoiseau. La rationalisation de la compensation du dommage corporel. La réparation intégrale en Europe Études comparative des droits nationaux, Larcier, pp.97-102, 2012, Europe(s). <halshs-00735992>

⁵³ L. Bloch, Barèmes et tables de référence : chut... c'est interdit, RCA décembre 2013, p. 2.

⁵⁴ Olivier Gout, Stephanie Porchy-Simon. Plaidoyer pour la défense des nomenclatures dans le droit du dommage corporel . Recueil Dalloz, Dalloz, 2015. <hal-01525231>

⁵⁵ Sur la situation actuelle, voir S. van Teslaar, L'indemnisation imparfaite du déficit fonctionnel permanent. Les lacunes du barème du concours médical, D. 2017, p. 1309.

Il faudrait en outre que soient précisés un certain nombre de points, au-delà du barème, comme les règles de calcul d'un DFP d'une victime qui avait déjà un déficit antérieur.

Certains postes de préjudices extrapatrimoniaux, selon l'article 1271, seront évalués selon un référentiel indicatif d'indemnisation, réévalué tous les trois ans, à partir de données tirées de l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation par les cours d'appel⁵⁶.

L'article 1272 prévoit, d'une part, l'indexation des rentes ATP, des pertes de gains professionnels ou des pertes de revenus sur un indice fixé par voie réglementaire et lié à l'évolution du salaire minimum, et, d'autre part, une table de capitalisation prenant en compte l'inflation prévisible. Il s'agit d'une contradiction économique flagrante ! L'indexation de la rente comme la déduction d'un renchérissement du coût de la prestation qu'elle doit financer ou de la perte qu'elle doit compenser poursuivent le même objectif : permettre à la victime de continuer à percevoir, par ce qui lui a été accordé au moment de son indemnisation, son indemnisation dans l'avenir malgré l'évolution de la traduction monétaire de ce que la prestation finance ou compense. L'indexation sur les salaires est donc la meilleure option, mais celle-ci doit intégrer également le barème de capitalisation ! à défaut, cela revient à faire supporter à la victime optant pour la capitalisation le risque de voir le salaire progresser plus vite que l'inflation, alors que cela est précisément un objectif politique dans une société en croissance.

Ces différents outils tendent à la standardisation de la réparation, pour une certaine part : les calculs, peut-être facilités demain par les Legaltechs, remplaceraient l'évaluation individualisée. Mais pour la défense du projet de loi, il peut être ajouté que ces outils existent déjà, et sont déjà utilisés⁵⁷.

2— La volonté de chaque victime

Mouvement centripète vers l'individualisation de la réparation. Si le projet semble animé par une certaine velléité de standardisation de la réparation, par d'autres aspects, une large place est accordée à la personne de la victime, à ses choix, à ses décisions, conformément à la pétition de principe de l'article 1258.

La sollicitude à l'égard de la victime de dommage corporel va jusqu'à lui accorder une dérogation à la règle de la concentration des moyens, puisque l'article 1262 al. 3 dispose qu'« En cas de dommage corporel, elle peut également réclamer une indemnisation complémentaire pour tout chef de préjudice préexistant non inclus dans la demande initiale ». L'ambition de prononcer une indemnisation au plus proche des besoins de la victime va donc jusqu'à lui pardonner ses errements (ou ceux de son conseil) dans la formulation de sa demande. L'application d'une telle règle risque d'être particulièrement compliquée lorsque sont découverts de nouveaux postes de préjudice (l'angoisse devant la mort, l'attente et l'inquiétude des proches, le préjudice exceptionnel spécifique des victimes d'actes de terrorisme...) : est-ce à dire que les dossiers pourront être rouverts pendant

⁵⁶ C. Cousin, Le débat sur le référentiel indicatif de l'indemnisation du préjudice corporel des cours d'appel à l'heure des bases de données, JCP G 2017, p. 830.

⁵⁷ Stephanie Porchy-Simon. Barémisation et choix des modes de réparation. La réparation. Actes du séminaire de recherche Paris 1 - Université de Louvain la neuve, Larcier, 2015. <halshs-01543269> .

toute la durée du délai de prescription dès lors que, de manière bien compréhensible, la victime n'a pas supputé la reconnaissance d'un nouveau poste ?

Au-delà, la victime a un certain contrôle sur sa réparation, et lie le juge par sa volonté. L'article 1261 empêche d'imposer à la victime une réparation en nature. L'article 1264 affirme, et cela peut être vu comme un corollaire au principe de réparation intégrale, la libre disposition des dommages et intérêts (également consacrée spécifiquement à l'article 5 187 du projet belge). En matière de capitalisation des rentes, la victime doit consentir à cette capitalisation, qui ne peut donc lui être imposée, mais elle peut également la demander pendant le service de la rente (art. 1272). De manière plus anecdotique, elle peut récupérer le bien endommagé, sa valeur étant alors déduite son indemnisation.

III— La diversification des effets de la responsabilité civile

Si le Code civil de 1804 se limitait, quant à la définition des effets de la responsabilité civile, à évoquer l'obligation de réparer le dommage, au fil de la construction jurisprudentielle de la matière, les commentateurs ont développé plusieurs fonctions de la responsabilité civile⁵⁸. Celles-ci ont toutes été tirées de cet effet unique. Le projet de réforme va au-delà de la simple reconnaissance de quelques fonctions (d'ailleurs, serait-ce le rôle de la loi que d'énoncer les fonctions de ses propres dispositions ?) : il amplifie la diversité des fonctions en aménageant une diversité des effets⁵⁹.

Si comme nous venons de le voir la réparation des dommages reste le principal effet des règles de la responsabilité civile, un effet punitif est également organisé (A), tout comme un effet préventif (B).

A) La punition

La fonction de punition de l'auteur est assurée par deux dispositifs, l'un classique — les règles de la contribution à la dette (b) ; l'autre innovant — l'amende civile (a). Ce rôle punitif sera assez circonscrit : la contribution à la dette est indolore pour le coresponsable assuré, qui n'a pas commis de faute intentionnelle ; l'amende civile ne sera que rarement mise en œuvre.

a. L'amende civile pour les fautes lucratives

⁵⁸ Pour regard psychologique, voir S. Bordel, Sens et fonctions de la responsabilité pour l'homme occidental : apport de la psychologie sociale, in C. Quézel-Ambrunaz et J. Le Bourg, Sens et non-sens de la responsabilité civile, Presses de l'Université Savoie Mont Blanc, 2018, p. 149. Voir aussi les études juridiques classiques de S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préface G. Viney, th. LGDJ Bibliothèque de droit privé t. 250, 1995 ; C. BLOCH, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile*, th. Dalloz, 2008 ; G. MAITRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, préface H. Muir-Watt, coll. Droit & Economie, th. LGDJ, 2005 ; B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Paris, Ed. L. Rodstein, 1947 ; G. MARTON, *Les fondements de la responsabilité civile, révision de la doctrine, essai d'un système unitaire*, Sirey, 1938 ; L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, th. Dijon, LGDJ, 1904 ; C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, préface F. Pollaud-Dulian, th. PUAM, 2002 ; C. GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, préface Y. LEQUETTE, th. Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2005 ; M.-È. ROUJOU de BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, préface de P. Hébraud, th. LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 135, 1974

⁵⁹ Sur les rapports entre les fonctions et les effets, M. Boutonnet, C. Sintez, C. Thibierge, « Consacrons les fonctions et les effets de la responsabilité civile ! », D. 2016, p. 2414.

Un champ d'application restreint. L'article 1266-1 du projet invente un régime complet à l'amende civile, qui acquiert une généralité dont elle était dépourvue – elle était cantonnée à quelques exemples particuliers⁶⁰. Elle suppose des conditions qui lui sont propres, et qui tiennent tant au fait générateur, une faute délibérément commise, qu'à un dol spécial « en vue d'obtenir un gain ou une économie. Le résultat de la faute, l'obtention de ce gain ou de cette économie, semble indifférent à ce stade, alors qu'il est en réalité essentiel au chiffrage de l'amende.

En effet, si l'amende, en tant que peine — et il n'est pas absolument certain que cette peine passe le filtre du Conseil constitutionnel comme celui de la CEDH sans encombre⁶¹ — “est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés”, son montant est limité. Pour les personnes physiques, le plafond est du décuple du profit (entendre par là, le gain ou l'économie) réalisé ; pour une personne morale, l'amende peut être “portée à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise”. Ce chiffre, qui ne concerne pas les bénéficiaires, mais bien le chiffre d'affaires, est potentiellement extrêmement élevé.

Si la victime a, concurremment avec le ministère public, la possibilité de demander l'amende civile, elle n'en bénéficiera pas (pas plus que son avocat qui aurait conclu une convention d'honoraires). Le montant est affecté au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi, à défaut, au Trésor public (et l'on voit mal alors, ce qui la distingue d'une amende pénale). L'effectivité de la punition est encore garantie par l'inassurabilité de cette amende.

Le projet belge, en son article 5 184 §2, permet, à des conditions toutefois légèrement différentes, d'introduire une sorte d'amende civile, en ce que le dommage pourrait être évalué sur la base du montant des profits et d'une partie de ces profits, l'indemnisation allant en un tel cas à la victime.

b. Les règles de la contribution à la dette,

Les séquelles de la prestation des fautes. En matière de contribution à la dette, selon les dispositions de l'article 1265 du projet, si le rôle causal est désormais pris en compte, c'est à peu près le seul endroit (droit des assurances mis à part), où la gravité de la faute du responsable a un véritable rôle. La détermination de la part contributive de chaque coresponsable se fait non selon le fait générateur qui lui est imputable, mais selon la gravité de sa faute ainsi que selon le rôle causal : partage en fonction de la gravité de la faute et du rôle causal si au moins une partie a commis une faute, en fonction du rôle causal seulement, ou à défaut par parts égales, si aucune partie n'a commis de faute.

Le projet belge, dans son article 5 189, présente des dispositions assez similaires dans leur effet, mais formulées de manière différente. Par exemple, il introduit la notion de faute intentionnelle, qui paralyse le recours contre quiconque n'aurait pas agi avec la même intention — le même résultat peut

⁶⁰ F. Graziani, La généralisation de l'amende civile : entre progrès et confusion. Commentaire de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile, D. 2018, p. 428 ; M. A. Chardeaux, L'amende civile, LPA 30 janvier 2018, p. 6.

⁶¹ F. Rousseau, Projet de réforme de la responsabilité civile. L'amende civile face aux principes directeurs du droit pénal, JCP G 2018, p. 1177 ; J. Prorok, L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile, RTD civ. 2018, p. 327.

certainement être atteint en droit français, mais supposera une interprétation jurisprudentielle.

B) La prévention, la cessation de l'illicite

Responsabilité tournée vers l'avenir. D'une responsabilité civile conçue comme essentiellement tournée vers le passé, le présent projet de réforme, intégrant nettement l'apport de travaux doctrinaux importants, veut faire une responsabilité tournée, au moins en partie, vers l'avenir. Deux règles à tout le moins en attestent.

En premier lieu, mais cela concerne essentiellement les conditions, non les effets, de la responsabilité civile, le préjudice réparable englobe "Les dépenses exposées par le demandeur pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage ou pour éviter son aggravation, ainsi que pour en réduire les conséquences [...] dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées"⁶².

En second lieu est consacrée la fonction de cessation de l'illicite. L'article 1266 dispose qu'"En matière extracontractuelle, indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir le dommage ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur". Ce n'est pas le mécanisme qui est nouveau : en matière d'atteinte à la vie privée (art. 9 du Code civil), d'infractions de presse (loi 1881), de protection du corps humain (art. 16-2 du Code civil), de présomption d'innocence (art. 16-1 du Code civil), de troubles excédent les inconvénients normaux du voisinage, et dans bien d'autres domaines, le juge a le pouvoir de prendre des mesures aptes à faire cesser des atteintes, la perpétuation des troubles, et donc la cristallisation des dommages. L'innovation de ce texte tient à la généralisation du mécanisme, à toute la matière extracontractuelle.

Le projet belge, dans son article 5.188 exploite une idée similaire, mais formulée de manière à la fois plus directe et plus restrictive : "Sans préjudice du droit à la réparation du dommage, le juge peut adresser un ordre ou une interdiction à toute personne qui risque par sa faute de causer un dommage à autrui afin de prévenir l'acte fautif ou empêcher sa répétition ou sa continuation".

⁶² Art. 1237.