

L'indemnisation des victimes de préjudices non économiques

Yvonne Lambert-Faivre

Volume 39, Number 2-3, 1998

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043503ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/043503ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Lambert-Faivre, Y. (1998). L'indemnisation des victimes de préjudices non économiques. *Les Cahiers de droit*, 39(2-3), 537-569.
<https://doi.org/10.7202/043503ar>

Article abstract

The Badinter Act effective July 5, 1985 reformed liability law as it applies to road accidents, but it did not affect legislation governing remedies for bodily injuries that come under the jurisdiction of general law. Compensation for non-economic losses—as in the case of bodily injury— must abide by the three basic principles of total remediation, the indemnification principle and in concreto appraisal.

Non-economic losses suffered by a first-line victim may be classified under six headings of injuries : (1) the suffering sustained is subject to an analysis according to criteria including time, globality, intensity and monetary assessment ; (2) recognized injury has evolved from a formerly restrictive concept to a more modern one based upon the victim's consequential functional disability and his circumstantial handicap ; (3) esthetic injury ; (4) sexual injury now indemnified on an autonomous basis by the Cour de cassation ; (5) the poorly defined juvenile injury ; (6) and injury specifically brought on by the Aids virus that may result from a road accident where a blood transfusion is required.

The victim's non-economic losses are in turn expressed in terms of socio-affective injury when the first-line victim is deceased, or as accompanying injury where the victim survives but remains seriously handicapped.

The legal system of compensating non-economic losses addresses three problems : the indemnification of victims left in a chronically vegetative state, the successoral devolution of the right to compensation of extra-patrimonial injuries and the system of subrogatory recourse by third-party payers.

L'indemnisation des victimes de préjudices non économiques

Yvonne LAMBERT-FAIVRE*

La loi Badinter du 5 juillet 1985 a réformé le droit de la responsabilité applicable aux accidents de la circulation, mais elle n'a pas modifié le droit de la réparation des dommages corporels qui relève du droit commun. L'indemnisation des victimes de préjudices non économiques, comme en matière de préjudices économiques, doit obéir aux trois principes fondamentaux de la réparation intégrale, du principe indemnitaire et de l'évaluation in concreto.

Les préjudices non économiques de la victime directe peuvent être classés en six chefs de préjudices : les souffrances endurées sont analysées sous les critères de temporalité, de globalité, d'intensité et d'évaluation monétaire ; le préjudice d'agrément a évolué d'une conception restrictive aujourd'hui archaïque à une conception moderne rattachée au déficit fonctionnel séquellaire (DFS) de la victime et à son handicap situationnel ; le préjudice esthétique ; le préjudice sexuel aujourd'hui indemnisé de manière autonome par la Cour de cassation ; le préjudice juvénile mal circonscrit ; et le préjudice spécifique de contamination par le virus du sida qui peut être la conséquence d'un accident de la circulation ayant entraîné une transfusion sanguine.

Les préjudices non économiques de la victime par ricochet s'énoncent en préjudice d'affection lorsque la victime directe est décédée ou en préjudice d'accompagnement lorsqu'elle survit gravement handicapée.

Le régime juridique de l'indemnisation des victimes de préjudices non économiques répond à trois problèmes : l'indemnisation de la victime en état végétatif chronique, la dévolution successorale du droit à indemnisation des préjudices extrapatrimoniaux de la victime et le régime du recours subrogatoire des tiers payeurs.

* Professeure émérite, Université Jean-Moulin (Lyon III).

The Badinter Act effective July 5, 1985 reformed liability law as it applies to road accidents, but it did not affect legislation governing remedies for bodily injuries that come under the jurisdiction of general law. Compensation for non-economic losses — as in the case of bodily injury — must abide by the three basic principles of total remediation, the indemnification principle and in concreto appraisal.

Non-economic losses suffered by a first-line victim may be classified under six headings of injuries : (1) the suffering sustained is subject to an analysis according to criteria including time, globality, intensity and monetary assessment ; (2) recognized injury has evolved from a formerly restrictive concept to a more modern one based upon the victim's consequential functional disability and his circumstantial handicap ; (3) esthetic injury ; (4) sexual injury now indemnified on an autonomous basis by the Cour de cassation ; (5) the poorly defined juvenile injury ; (6) and injury specifically brought on by the Aids virus that may result from a road accident where a blood transfusion is required.

The victim's non-economic losses are in turn expressed in terms of socio-affective injury when the first-line victim is deceased, or as accompanying injury where the victim survives but remains seriously handicapped.

The legal system of compensating non-economic losses addresses three problems : the indemnification of victims left in a chronically vegetative state, the successoral devolution of the right to compensation of extra-patrimonial injuries and the system of subrogatory recourse by third-party payers.

	<i>Pages</i>
Les trois principes fondamentaux de la réparation	540
Du « dommage » aux « préjudices » : l'imprécision de la sémantique juridique	543
« Avoir » ou « être », là est la question	544
Première partie : La détermination des préjudices non économiques	544
1. Les préjudices non économiques de la victime directe	545
1.1 Les souffrances endurées	545
1.1.1 Le critère de temporalité et la consolidation	546
1.1.2 Le critère de globalité et l'ITT	546
1.1.3 Le critère d'intensité et l'échelle médicale.....	547
1.1.4 Le critère monétaire et l'évaluation des souffrances endurées.....	547

1.2	Le préjudice d'agrément	548
1.2.1	La conception traditionnelle restrictive du préjudice d'agrément.....	548
1.2.2	La conception extensive du préjudice d'agrément inhérent au déficit fonctionnel séquellaire	548
1.2.2.1	Le changement des barèmes médicaux d'une incapacité professionnelle à une incapacité fonctionnelle.....	549
1.2.2.2	La classification médico-légale de Wood : lésions, fonctions, situations.....	549
1.2.2.3	Du déficit fonctionnel séquellaire au handicap situationnel.....	550
1.2.2.4	Du handicap situationnel au préjudice d'agrément	550
1.2.2.5	Les critères d'évaluation du préjudice d'agrément	551
1.3	Le préjudice esthétique.....	552
1.4	Le préjudice sexuel.....	552
1.5	Le préjudice juvénile	553
1.6	Le préjudice spécifique de contamination par le virus du sida	554
1.6.1	La notion globale de préjudice de contamination par le VIH	556
1.6.2	L'évaluation du préjudice de contamination par le VIH	557
2.	Les préjudices non économiques de la victime par ricochet	557
2.1	Les caractères des préjudices indemnisables de la victime par ricochet	558
2.2	La détermination des préjudices non économiques de la victime par ricochet .	559
2.2.1	Le préjudice d'affection.....	559
2.2.2	Le préjudice d'accompagnement.....	560
Seconde partie : Le régime juridique de l'indemnisation des préjudices non économiques de la victime.....		561
1.	L'indemnisation de la victime en état végétatif chronique.....	561
1.1	La réalité des préjudices personnels	562
1.2	La finalité de l'indemnisation	563
2.	La dévolution successorale du droit à l'indemnisation des préjudices extrapatrimoniaux de la victime.....	564
3.	Le régime du recours subrogatoire des tiers payeurs.....	566
3.1	L'interprétation restrictive de la lettre du texte	567
3.2	L'interprétation compréhensive de l'esprit du texte	568
Annexe		569

Le droit à l'intégrité physique est le premier des droits de la personnalité ; il conditionne tous les autres. Corrélativement le droit à l'indemnisation de la victime d'un dommage corporel constitue un « droit fondamental » qui renvoie à des notions de droit naturel.

Le principe de l'inviolabilité du corps humain est aujourd'hui explicitement énoncé dans notre corpus législatif par la loi dite bioéthique du 29 juillet 1994 : « Chacun a droit au respect de son corps ; le corps humain est inviolable » (Code civil, art. 16.1).

Cependant la réparation du dommage corporel n'est soumise à aucune règle particulière en droit commun. Il convient donc de se référer aux principes généraux de l'indemnisation en droit civil pour trouver les fondements d'une doctrine en la matière.

Les trois principes fondamentaux de la réparation

Ils s'énoncent en trois axiomes : « tous les préjudices », « rien que les préjudices », « les préjudices *in concreto* ».

a) *Le principe de la réparation intégrale des préjudices* domine le droit de la réparation de la plupart des pays : le responsable doit réparer tous les préjudices subis par la victime afin de la replacer si possible dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu ; la Résolution du Conseil de l'Europe, prise en 1975¹ pour tenter une harmonisation des différents régimes juridiques nationaux en matière d'indemnisation du dommage corporel de la victime, l'énonce dans son article 1.

Pour les *préjudices économiques*, le principe de la réparation intégrale, compensatoire, ne suscite aucune contestation théorique : l'argent est en effet apte à « compenser » toutes les pertes subies et les gains manqués par une évaluation monétaire équitable. En revanche l'énoncé incantatoire du principe de la réparation intégrale suscite des doutes et parfois des sarcasmes en ce qui concerne les *préjudices non économiques* : il est en effet facile d'ironiser sur la « réparation intégrale » de l'amputé, du paraplégique ou du traumatisé crânien car il paraît impossible de « réparer » l'irréparable, et les préjudices non économiques, personnels, moraux, extrapatrimoniaux échappent à toute mercuriale. Néanmoins si l'argent ne « répare » rien, il constitue le seul moyen de donner à la victime une *indemnisation satisfaisante* : c'est d'abord la reconnaissance de sa dignité d'être humain, non pas déchu par les séquelles invalidantes de l'accident, mais respecté dans l'exigence de son intégrité physique à laquelle on confère une « valeur », c'est la reconnaissance de sa souffrance, c'est la reconnaissance de sa *personne*, corps et âme, dans son identité propre et son individualité irréductible à toute autre.

1. Conseil de l'Europe : « Résolution (75)7 relative à la réparation des dommages en cas de lésions corporelles et de décès », adoptée par le Comité des ministres le 14 mars 1975 ; cf. ce texte dans Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, 3^e éd., coll. « Précis Dalloz », Paris, Dalloz, 1996, pp. 39-57.

La psychologie des victimes témoigne de la pérennité des représentations anthropologiques ancestrales, si prégnantes dans la Bible où le sang est le principe vital, siège de l'âme (Gn. 9.6, Lv 1-5, Mt 26-6). Les médecins témoignent que la reconnaissance sociale du « prix du sang », loin d'enfermer les victimes dans leur statut de victime, a un effet libérateur de catharsis qui leur permet de tourner enfin la page, de « faire le deuil » de leur intégrité physique perdue pour enfin retrouver leur place dans la société. Sur un plan plus matériel, cette indemnisation *satisfaisante* permet à la victime de s'offrir plaisirs et joies conformes à ses goûts et à sa personnalité, quelques bonheurs pour oublier le malheur de l'accident.

b) *Le principe indemnitaire*, « rien que les préjudices », apporte sa limite au principe de la réparation intégrale en énonçant que la victime ne doit pas s'enrichir à l'occasion de l'indemnisation. Ce principe entraîne trois conséquences :

- 1) *l'exigence de la preuve* du dommage corporel invoqué et des préjudices subis : il serait en effet contraire au principe indemnitaire que la victime soit indemnisée pour des préjudices qui n'existent pas. À cet égard l'expertise médicale constitue une étape essentielle de l'indemnisation ;
- 2) *l'illicéité du cumul des indemnisations* : dès lors qu'une victime a reçu la réparation intégrale de ses préjudices prouvés, elle n'a plus intérêt à agir. La Cour de cassation l'a fermement confirmé en matière d'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du sida qui, quoique indemnisées par le Fonds spécial créé par une loi du 31 décembre 1991, tentaient d'utiliser l'imbroglio des juridictions compétentes pour obtenir ailleurs une « réparation intégrale complémentaire² ». Cependant le Conseil d'État a prêté une oreille plus complaisante à ce type de surenchère³.

En revanche le risque de cumul entre les prestations indemnitaires des tiers payeurs et les indemnités d'assurance de responsabilité est réglé par la technique des recours subrogatoires, fût-ce au prix de complications innombrables ;

- 3) *l'interdiction des dommages-intérêts punitifs* s'induit de la règle selon laquelle la réparation doit être à la mesure des préjudices réellement subis, en renvoyant la fonction punitive aux amendes pénales : la dérive

2. *Réparation intégrale et défaut d'intérêt pour agir* : Paris 12 mars 1933 et sur pourvoi Civ. 2^e, 26 janv. 1994, Gaz. Pal., 24-26 juillet 1994, p. 3, note GUIGUE ; *Resp. civ. et ass.* n° 179 et chr. n° 14 ; C.E.D.H. 4 déc. 1995, D.1995.357, note C. DEMUMIEUX (condamnation de la France) ; Civ. 1^{re}, 9 juill. 1996, D.1996.610, note Y. LAMBERT-FAIVRE ; G. VINEY (obs.), J.C.P. 1996.I.3985, n° 11 et suiv. ; *Resp. civ. et ass.* 1996, n° 386 ; Cass. Ass. plén. 6 juin 1997, *Resp. civ. et ass.* 1997, n° 263.

3. C.E. avis du 15 oct. 1993 et conclusions FRYDMAN, *RFD adm.*, mai-juin 1994, p. 553.

du droit de la responsabilité aux États-Unis est en partie illustrée par l'abus parfois délirant des dommages-intérêts punitifs. Il existe cependant en France un certain courant doctrinal pour les justifier⁴, l'indemnisation de la victime de préjudices moraux étant invoquée comme une illustration de la pratique.

Cette analyse nous paraît doublement inexacte : en effet, d'une part, les victimes ayant subi des préjudices personnels extrapatrimoniaux sont indemnisées aussi bien dans le cadre de la responsabilité pour faute que dans celui de la responsabilité *no-fault*, et l'on doit souligner que la responsabilité *no-fault* a son domaine d'élection en matière de dommage corporel (ex. : la loi du 5 juillet 1985, dite loi Badinter, en matière d'accidents de la circulation); il ne s'agit donc nullement de « punir un coupable ». D'autre part, des dommages-intérêts punitifs n'ont une valeur de sanction que si c'est le responsable fautif qui règle les dommages-intérêts sur son propre patrimoine; or les indemnités pour préjudices non économiques entrent totalement dans la garantie de l'assureur de responsabilité en droit français.

c) *Le principe de l'évaluation in concreto des préjudices* s'induit des deux premiers : si l'indemnisation doit être à la mesure exacte des préjudices invoqués, pas plus (principe indemnitaire), pas moins (principe de la réparation intégrale), il en résulte une nécessaire évaluation personnalisée et concrète des préjudices subis.

Le principe de l'évaluation *in concreto* s'oppose à toute règle d'évaluation *in abstracto* et forfaitaire. Cependant la jurisprudence française en la matière est très ambiguë.

Pour les *préjudices économiques*, la règle de l'évaluation *in concreto* suppose une analyse quasi comptable des pertes réellement subies et des gains professionnels effectivement manqués. Or la pratique du « calcul mathématique⁵ » des pertes professionnelles amalgamant des données physiologiques et économiques, comme celle globalisante du « calcul au point⁶ » suivant la « valeur du point » (1 p. 100) d'incapacité permanente partielle (IPP), relève d'une routine simpliste calquée sur la législation forfaitaire du droit du travail. Transposées en droit commun, elles reposent sur le postulat faux selon lequel il existerait une corrélation automatique entre les pertes professionnelles et le taux d'IPP : or deux victimes de même âge, de même

4. S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, LGDJ, 1995.

5. *Calcul mathématique du préjudice professionnel* : indemnité IPP (taux d'IPP) x (valeur du franc de rente multipliée par le salaire annuel).

6. *Calcul au point de l'IPP* : indemnité IPP = taux d'IPP x valeur du point d'IPP (souvent donnée par des barèmes occultes des cours d'appel).

sexe et de même taux d'IPP subissent des préjudices professionnels totalement différents pour un dommage corporel identique (ex. : perte d'un œil pour le pilote de ligne ou le cuisinier, amputation d'une jambe pour le maçon-couvreur ou le professeur). Aussi ne peut-on que souhaiter l'abandon de toute référence à l'IPP pour les préjudices économiques au profit d'un calcul précis *in concreto*, quasi comptable, des incidences professionnelles du handicap ; cela se pratique de plus en plus souvent, éventuellement sur la base d'une expertise comptable, lorsque celles-ci constituent un poste de préjudice très important.

Pour les *préjudices non économiques*, l'exigence d'une évaluation *in concreto* se traduit par une indispensable *personnalisation* de l'indemnisation qui doit limiter l'utilisation d'éventuels barèmes, occultes ou officiels, à une simple « référence » comparative, sans contrainte arithmétique réglementaire. La Cour de cassation ne le rappelle qu'avec une timide prudence, car chargée de « dire le droit », elle redoute de s'engager sur les voies périlleuses de l'évaluation concrète des préjudices qui la ferait sombrer sous les pourvois. En revanche elle ne cesse de proclamer les « pouvoirs souverains du juge du fond » en la matière : c'est donc à lui qu'il appartient de ne jamais oublier l'irréductibilité de la personne victime à toute autre.

Du « dommage » aux « préjudices » : l'imprécision de la sémantique juridique

Le droit français de la responsabilité civile utilise comme synonymes les mots « dommage » ou « préjudice », et l'on évoque aussi bien le « dommage corporel » que le « préjudice corporel ». Cette imprécision obscurcit de manière regrettable les données de l'indemnisation et la recherche d'une méthodologie cohérente.

Pour notre part, et conformément au droit des assurances, nous pensons qu'il faut distinguer trois types de *dommages* accidentels : le *dommage matériel* défini comme l'atteinte à l'intégrité physique d'un bien (ex. : la maison incendiée, la voiture cabossée), le *dommage corporel* défini comme l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne et le *dommage immatériel*, qualifié de « pur » par les assureurs, qui est le dommage financier ou moral sans atteinte à une intégrité physique (ex. : pertes financières dues à des manœuvres frauduleuses, atteinte à l'honneur ou à l'image). Le dommage initial qui est de l'ordre du factuel génère des « préjudices » que l'ordre juridique dénomme, dénombre et évalue. Plus précisément le *dommage corporel*, qui seul nous intéresse ici, entraîne un certain nombre de *chefs de préjudices* qui peuvent faire l'objet d'une classification croisée : d'abord par la qualité de la victime « directe » ou « par ricochet », ensuite — et c'est celle

qui est la plus importante pour notre exposé — par la nature des préjudices, économiques ou non économiques.

« Avoir » ou « être », là est la question ...

Paraphrasant Shakespeare, on pourrait s'interroger : « To have or to be, that is the question⁷ ». Or cette question-là est fondamentale car elle est d'ordre ontologique et domine toute la compréhension du droit du dommage corporel en lui donnant un « sens ». En effet les *préjudices économiques*, patrimoniaux, se conjuguent avec le verbe *avoir*, (*j'ai, tu as, il a...*), car ils représentent les pertes subies et les gains manqués de la victime dans son patrimoine. En revanche les *préjudices non économiques*, personnels et moraux, sont extrapatrimoniaux car ils représentent les préjudices qui affectent *l'être* même de la *personne-victime*, ils se conjuguent avec le verbe *être* (*je suis, tu es, il est...*). Ici les droits positifs doivent être éclairés par le droit naturel et l'exigence du respect absolu de la personne dont l'extrapatrimonialité traduit l'irréductibilité aux choses — et aux autres espèces du vivant.

C'est sous cet éclairage ontologique que nous envisagerons l'indemnisation des préjudices non économiques de la victime en droit français, en étudiant d'abord la détermination des préjudices non économiques (première partie), puis le régime juridique de l'indemnisation des préjudices non économiques (seconde partie).

Première partie : La détermination des préjudices non économiques

Les victimes de préjudices dus à un dommage corporel relèvent de deux situations différentes : il y a d'abord les *victimes initiales*, immédiates, qui subissent dans leur propre chair le dommage et ses *préjudices directs* (section 1), mais il y a aussi les *victimes par ricochet* qui n'ont pas subi d'atteinte à leur intégrité physique, donc pas de dommage corporel propre malgré l'expression classique de « dommage par ricochet », mais qui néanmoins subissent des « préjudices par ricochet » pour lesquels elles sont *indemnisables* (section 2). Pour les unes comme pour les autres, notre sujet est limité à l'analyse des seuls préjudices non économiques.

7. Y. LAMBERT-FAIVRE, « Le dommage corporel entre l'être et l'avoir », *Resp. civ. et ass.* 1997, Chr. 31.

1. Les préjudices non économiques de la victime directe

*La consolidation, repère temporel*⁸. Le dommage corporel dont la victime peut être indemnisée ne se réduit pas à un instantané au moment de l'accident : il est le point de départ d'un processus évolutif dont la stabilisation est un peu artificiellement figée en une « date de consolidation » déterminée par le médecin-expert. Elle est généralement définie comme « le moment où les lésions se fixent et prennent un caractère permanent, tel qu'un traitement n'est plus nécessaire, si ce n'est pour éviter une aggravation, et qu'il est possible d'apprécier un certain degré d'incapacité permanente réalisant un préjudice définitif ».

La consolidation sans séquelles marque la guérison et la fin des soins. Mais la consolidation avec séquelles des blessés graves, victimes de lésions traumatiques multiples, orthopédiques, viscérales ou neuropsychologiques, est une notion beaucoup plus fuyante : la stabilisation devient un processus lent de stabilité souvent remis en cause ; la date de consolidation n'apparaît alors au mieux qu'une convention commode pour faciliter l'indemnisation, au pire un leurre qui a dû être abandonné pour les victimes post-transfusionnelles du sida.

On peut limiter les chefs de préjudices de la victime initiale habituellement reçus par la jurisprudence à six : les souffrances endurées, le préjudice d'agrément, le préjudice sexuel, le préjudice esthétique, le préjudice juvénile et le préjudice de contamination par le virus du sida.

1.1 Les souffrances endurées⁹

La souffrance, toujours associée à l'image du mal, apparaît comme un incompréhensible et inacceptable fardeau de la condition humaine auquel les philosophies et les religions tentent de trouver un « sens » qui se dérobe face à l'aspiration universelle au bonheur. Il est des souffrances que le droit ne saurait indemniser, mais celles dues à un traumatisme causé par autrui peuvent entrer dans son domaine.

L'indemnisation d'une victime en ce qui concerne la douleur peut être étudiée sous quatre critères : de temporalité, de globalité, d'intensité et de valeur.

8. Y. LAMBERT-FAIVRE, « La détermination temporelle des préjudices personnels », *Med. et Droit* 1996, p. 3 ; sur la consolidation, cf. les travaux du Congrès de l'AMEDOC 1992 : AMEDOC, « Autour de la consolidation », *Rev. Fr. Dom. Corp.* 1992, pp. 361-434 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 1, n° 56 et suiv.

9. CONGRÈS, *Aspects médico-légaux de la douleur*, Paris, 1994 ; *R.F.D.C.* 1995.2, pp. 121-234.

1.1.1 Le critère de temporalité et la consolidation

Naguère le *pretium doloris* ne visait que les souffrances antérieures à la consolidation ; celles postérieures à la consolidation étaient englobées dans le concept d'incapacité permanente partielle (IPP). Cependant la loi française du 27 décembre 1973 relative aux recours de la sécurité sociale a curieusement dissocié le préjudice physiologique inclus dans l'IPP des préjudices personnels extrapatrimoniaux, dont le *pretium doloris*, seuls exclus de l'assiette des recours ; dès lors les missions d'expertise ont demandé aux médecins-experts de réunir les « souffrances endurées », celles aussi bien postérieures qu'antérieures à la consolidation, afin que ce chef de préjudice personnel ne tombe pas dans l'escarcelle de la sécurité sociale, mais avec une curieuse discrimination : les douleurs chroniques relèveraient toujours de l'IPP du fait de leur permanence ; dès lors seules les douleurs récurrentes postérieures à la consolidation se trouveraient incluses dans le *pretium doloris*. Dans la pratique, il semble que la majorité des médecins-experts ne prennent en compte que les souffrances antérieures à la consolidation, les souffrances postérieures chroniques relevant de l'IPP, et les douleurs erratiques et récurrentes futures apparaissant incertaines et imprévisibles.

1.1.2 Le critère de globalité et l'ITT¹⁰

L'incapacité temporaire totale (ITT) et sa variante, l'incapacité temporaire partielle (ITP), sont des notions que la pratique judiciaire a pris l'habitude de considérer comme un paramètre des préjudices professionnels comme l'IPP. Or l'évaluation *in concreto* des pertes professionnelles pendant la maladie traumatique n'exige qu'une étude arithmétique et comptable des gains manqués entre l'accident et le jour de la décision judiciaire (règlement).

L'ITT est ainsi détournée de son véritable champ d'application qui est celui d'une incapacité personnelle pendant la maladie traumatique, que l'on peut appeler « incapacité traumatique personnelle ». En fait, pendant cette période qui court entre l'accident et la consolidation, la victime subit une dérégulation de tous les préjudices personnels possibles : du lieu de l'accident à l'hôpital, de la salle d'opération à la salle de réanimation, de l'établissement hospitalier au centre de rééducation, il y a le cumul de toutes les souffrances physiques, toute la désespérance morale, tous les « désagréments » de l'enfermement, toute la désintégration de la vie familiale et sociale, toutes les disgrâces esthétiques des visages émaciés et des corps pantelants.

10. AREDOC, « Incapacité temporaire et souffrances endurées », *R.F.D.C.* 1993.3, p. 283.

C'est cette réalité humaine difficilement divisible qui n'est prise en compte que de manière assez floue par une analyse tronquée de l'ITT et une détermination globale des souffrances physiques et morales endurées.

1.1.3 Le critère d'intensité et l'échelle médicale

Il appartient au médecin-expert de donner au régleur des repères clairs pour l'évaluation monétaire. Les appellations traditionnelles de très léger, léger, modéré, moyen, assez important ou considérable qualifiaient de manière compréhensible pour tout un chacun l'intensité du préjudice subi par la victime. Il paraît que c'était trop transparent, et l'habitude a été prise de leur substituer une échelle de 1 à 7 dont on avance le curieux mérite d'être plus opaque, donc moins contestable par la victime (!). Les deux paramètres fondamentaux de cette quantification sont notamment la durée de la maladie traumatique (quelques semaines, quelques mois, voire plusieurs années) et l'intensité des souffrances subies. Il semble cependant que toute la globalité des souffrances morales endurées soit assez négligée dans cette quantification.

Cette échelle de 1 à 7, dont le régleur de compagnie d'assurance semble se contenter, apparaît cependant peu explicite pour le juge en cas de contentieux. C'est pourquoi cette sommaire échelle médicale doit être complétée par un descriptif qualitatif des souffrances endurées au cours de la maladie traumatique : ici il appartient à l'avocat de la victime d'exposer toutes ses souffrances morales trop souvent négligées (absence de vie familiale, séparation des enfants, etc.).

1.1.4 Le critère monétaire et l'évaluation des souffrances endurées¹¹

L'évaluation monétaire du *pretium doloris* demeure modeste malgré son importance dans le vécu des victimes. Les moyennes statistiques des décisions judiciaires oscillent de 6 000 à 100 000 FF (de 1 500 à 25 000 \$). Le seuil de 200 000 FF (50 000 \$) n'est dépassé que dans des cas exceptionnels. Enfin il faut observer que, si les traumatismes les plus graves engendrent à la fois un fort taux d'IPP et un degré élevé de souffrances endurées, cette corrélation statistique n'est nullement vérifiée *ut singuli* : le grand brûlé supporte des souffrances atroces, mais peut ne présenter que de très légères séquelles après la consolidation.

11. M. BOURRIÉ-QUENILLET, « L'évaluation monétaire du préjudice corporel : pratique judiciaire et données transactionnelles », J.C.P. 1995.I.3818 ; M. BOURRIÉ-QUENILLET, « Pour une réforme conférant un statut juridique à la réparation du dommage corporel », J.C.P. 1996.I.3919. Pour chacun des montants indiqués en francs français, nous ajouterons entre parenthèses son équivalent approximatif en dollars canadiens (1 \$ = 4 FF).

1.2 Le préjudice d'agrément

Le préjudice d'agrément de la victime directe d'un dommage corporel est le préjudice non économique permanent dont la conception est la plus évolutive : il oscille entre un pôle très restrictif traditionnel, aujourd'hui dépassé, et un pôle moderne élargi, fondé sur des données médicales et humanistes, mais qui se heurte encore à des routines et des intérêts confortés par la lettre de textes ambigus.

1.2.1 La conception traditionnelle restrictive du préjudice d'agrément

Le préjudice d'agrément a initialement été défini, il y a quelques décennies, comme l'impossibilité pour la victime de se livrer à une activité sportive, ludique ou culturelle déterminée à laquelle elle s'adonnait régulièrement avant l'accident : la victime devait donc apporter la preuve qu'elle se livrait à cette activité précise avant l'accident, et qu'elle en était désormais privée.

Cette conception restrictive a dominé la jurisprudence jusqu'à la loi du 27 décembre 1973 qui a exclu expressément le préjudice d'agrément de l'assiette des recours de la sécurité sociale. Selon cette conception étriquée, illustrée par la privation du tennis du samedi matin, la victime n'est évidemment indemnisée que rarement et de manière parcimonieuse : de 10 000 à 100 000 FF (de 2 500 à 25 000 \$).

1.2.2 La conception extensive du préjudice d'agrément inhérent au déficit fonctionnel séquellaire¹²

Dès avant 1973, certains arrêts élargissaient le préjudice d'agrément à « l'atteinte aux habitudes de la vie sociale et aux joies usuelles de la vie courante ». Ultérieurement un arrêt de la Cour de Paris du 2 décembre 1977 évoquait « la diminution des plaisirs de la vie, causée notamment par l'impossibilité ou la difficulté de se livrer à certaines activités normales d'agrément ».

Pendant ce sont les analyses médicales du dommage corporel qui actuellement fondent le concept moderne le plus pertinent du préjudice d'agrément.

12. *Conception élargie du préjudice d'agrément* : Paris, 32 déc. 1977, D.1978.285, note Y. LAMBERT-FAIVRE ; *RTD Civ.* 1978.357, obs. DURRY ; Crim. 3 avr. 1978, J.C.P. 1979.II.19168, note S. BROUSSEAU ; Paris, 3 mai 1994, D.1994.516, note Y. LAMBERT-FAIVRE ; Cass. soc. 5 janv. 1995, J.C.P. 1995.I.3853, obs. G. VINEY ; *RTD Civ.* 1995, p. 892, obs. JOURDAIN ; Civ. 2^e, 19 mars 1997 (arrêt *Lledo*), D.1998.59, note Y. LAMBERT-FAIVRE.

1.2.2.1 Le changement des barèmes médicaux d'une incapacité professionnelle à une incapacité fonctionnelle¹³

Jusqu'en 1982, l'évaluation médicale de l'incapacité de la victime était établie en droit commun par référence à des barèmes d'accidents du travail qui mesuraient une incapacité professionnelle : le maximum d'IPP (100 p. 100) était atteint dès lors que la capacité de travail était perdue, même si la victime conservait par ailleurs un potentiel d'activités personnelles.

Cependant un barème médical ne peut à l'évidence constituer un instrument de mesure adéquat que pour des déficits physiologiques : il est par nature inapte à rendre compte des préjudices professionnels qui ne sont nullement proportionnels aux incapacités fonctionnelles.

Aussi dès 1980 le *Concours médical* publiait-il un barème indicatif des incapacités en droit commun, inspiré du barème de l'American Medical Association. De nouvelles éditions revues et corrigées ont été publiées en 1982 et 1991. En 1993, un numéro spécial du *Concours médical* publiait le « Barème indicatif des déficits fonctionnels en droit commun » qui est aujourd'hui la référence pour toutes les missions d'expertise médicale, judiciaires ou amiables en droit commun. Dès lors il faut bien comprendre que l'IPP devenue déficit fonctionnel séquellaire (DFS) est fonctionnelle et physiologique, et non plus professionnelle : elle rend compte d'un préjudice personnel, et non plus économique.

1.2.2.2 La classification médico-légale de Wood : lésions, fonctions, situations¹⁴

L'analyse médico-légale du dommage corporel sur laquelle se fondent les barèmes de 1991-1993 est la classification de Wood inspirée de la classification internationale des maladies (CIM) de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), qui distingue trois stades d'analyse : le *stade lésionnel* initial du traumatisme physiologique, le *stade fonctionnel* des séquelles permanentes et le *stade situationnel* qui rend compte du retentissement de ces

13. *Barèmes médicaux* : Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 1, n° 60 et suiv. ; *barème indicatif des déficits fonctionnels séquellaires en droit commun* : *Concours médical*, mai 1993 ; C. ROUSSEAU, « Commentaires sur le barème de droit commun du concours médical », *Gaz. Pal.*, 17-19 avr. 1994, p. 29 ; *RFDC* 1993.4, p. 383.

14. *Classification de Wood* : ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, *International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps ; A Manual of Classification Relating to the Consequences of Disease*, OMS, 1980 ; P.H.N. WOOD, « Comment mesurer les conséquences de la maladie : la classification internationale des infirmités, incapacités et handicaps ? », *Chr. OMS* 1980, n° 34, p. 400 ; INSERM, *Classification internationale des handicaps : déficiences, incapacités et désavantages*, Paris, PUF, 1988.

séquelles dans l'environnement propre à la victime. Les nouveaux barèmes médicaux classent donc chaque type de lésion traumatique pour en analyser les séquelles et chiffrer ainsi le taux de DFS (déficit fonctionnel séquellaire), que la routine continue à dénommer IPP au prix d'une totale méconnaissance du contenu strictement personnel et non économique du préjudice ainsi établi.

1.2.2.3 Du déficit fonctionnel séquellaire au handicap situationnel

Depuis une vingtaine d'années, les missions d'expertise demandent au médecin-expert de compléter, de personnaliser et d'humaniser ses conclusions par une *description* très concrète des « désavantages » introduits dans la vie de la victime par le déficit fonctionnel séquellaire reconnu : son *handicap* (*disability*) doit être décrit aussi bien dans les actes essentiels de la vie courante (se lever, faire sa toilette, s'habiller, prendre ses repas, etc.) que dans les activités affectives et familiales (relations avec son conjoint, ses enfants, ses proches), dans ses activités de loisirs (manuelles, culturelles, artistiques, sportives, ludiques, associatives...), dans ses activités professionnelles (fatigabilité sans perte de revenu) ou scolaires (difficultés de la vie relationnelle).

1.2.2.4 Du handicap situationnel au préjudice d'agrément

Il apparaît que le « retentissement situationnel des séquelles fonctionnelles » ainsi décrites par le médecin-expert constitue le chef de « préjudice d'agrément » (*loss of amenities*) du juriste. Le préjudice d'agrément et le taux de déficit fonctionnel séquellaire sont corrélatifs car même un handicap léger est source de « désagréments ». Néanmoins c'est surtout dans les hypothèses de handicap lourd que la notion prend toute son utilité et son ampleur. Dans tous les cas le préjudice exprime une baisse, voire une perte dramatique de la « qualité de vie », et nous en proposons la définition suivante : « Le préjudice d'agrément et le déficit fonctionnel séquellaire de la victime sont corrélatifs. Le premier traduit l'ensemble des troubles dans les conditions d'existence causés par les activités affectives et familiales, dans les activités de loisirs et dans les activités professionnelles ou scolaires. »

Le préjudice d'agrément est considérable pendant toute la maladie traumatique, mais il est alors intégré dans le préjudice de « souffrances endurées » dont il prend le relais à partir de la consolidation ; il apparaît dès lors comme « le » préjudice non économique permanent le plus topique.

Dans un arrêt du 19 mars 1997 (arrêt *Lledo*¹⁵), la Cour de cassation retient comme la Cour de Paris que « le » préjudice d'agrément résulte de la perte de qualité de vie » de la victime et que « ce préjudice est distinct de l'incidence professionnelle, indemnisée au titre du préjudice économique ». Cependant ce n'est qu'un arrêt de rejet du pourvoi formé contre une décision de la Cour d'appel de Paris, et dans une jurisprudence confuse et parfois contradictoire il souligne surtout le pouvoir souverain des juges du fond en la matière : du moins ceux-ci peuvent-ils dorénavant adopter sans réserve cette définition.

1.2.2.5 Les critères d'évaluation du préjudice d'agrément

Il n'est pas possible de faire actuellement une évaluation statistique de cette conception extensive dont l'appréciation dépend du cas par cas. On peut seulement en souligner les deux composantes.

Le DFS (déficit fonctionnel séquellaire) constitue la *base objective* du préjudice d'agrément. Il existe dans les cours d'appel des barèmes occultes de la valeur du « point d'IPP », qui varie en fonction du taux d'IPP et de l'âge de la victime. Certains préconisent un barème de référence réglementaire. Certes au début du VI^e siècle les Francs avaient institué un système d'amendes de composition (tant pour une main, tant pour un œil...), qui constituait un progrès considérable par rapport à l'antique loi du talion (œil pour œil, dent pour dent...). Pour autant on peut se demander si revenir aux vieilles lois franques ou germaniques constitue véritablement un progrès à la fin du XX^e siècle !

C'est pourquoi, *de lege ferenda*, nous préférons l'approche plus souple de références statistiques fiables, publiées par un organisme public indépendant des groupes de pression.

Cependant le problème juridique relatif à cette composante objective se rattache surtout à sa nature (économique ou non économique), et au régime du recours des tiers payeurs que nous retrouverons dans la seconde partie.

Le handicap vécu dans le quotidien « situationnel » de la victime est la *composante subjective personnelle* qui ne saurait admettre aucune évaluation selon un barème donné : la *personnalisation* de l'indemnisation doit apprécier *in concreto* la perte de qualité de vie de la victime.

15. Arrêt *Lledo* : Paris 3 mai 1994, D.1994.516, note Y. LAMBERT-FAIVRE ; Civ. 2^e, 19 mars 1997, D.1998.59, note Y. LAMBERT-FAIVRE.

Pour tenir compte de ces deux « composantes », on peut adopter la dénomination « composée » de « préjudice fonctionnel d'agrément¹⁶ ».

1.3 Le préjudice esthétique

La mission d'expertise médicale demande au médecin-expert s'il y a lieu « de donner un avis sur l'existence, la nature et l'importance du préjudice esthétique, de l'évaluer sur une échelle de 1 à 7 indépendamment de l'éventuelle atteinte fonctionnelle prise en compte au titre sur déficit (DFS), et d'assortir le cas échéant la description, de photographies datées et commentées ».

Il faut souligner que le médecin-expert évalue *in abstracto* le préjudice esthétique (cicatrice, claudication, etc.) sans tenir aucun compte de l'âge, du sexe et de la profession de la victime.

Bien entendu ces données concrètes sont fondamentales pour l'évaluation monétaire de l'indemnisation : une balafre sur le visage ne saurait avoir la même portée pour une jeune fille de 16 ans et pour un vieillard de 80 ans. Dès lors, encore que les statistiques donnent des ordres d'évaluation semblables à ceux du *pretium doloris*, on ne peut qu'être très réservé sur la portée de telles données.

Enfin si le préjudice esthétique ne présente aucune corrélation avec le déficit fonctionnel séquellaire, il peut en revanche présenter des incidences professionnelles importantes : top-modèles, actrices de cinéma, présentatrices de télévision et en général tous les professionnels des médias et de la communication cultivent un *look* qui est souvent une composante de leur succès. Plus largement, les fonctions de contact avec la clientèle exigent souvent une présentation séduisante qu'un fort handicap esthétique peut compromettre : cependant, s'il y en a, les incidences professionnelles des préjudices esthétiques doivent être répertoriées et comptabilisées parmi les préjudices économiques.

1.4 Le préjudice sexuel

Les séquelles génito-sexuelles d'un traumatisme concernent, d'une part, la fonction sexuelle proprement dite (impuissance ou frigidité) et, d'autre part, la fonction de reproduction (stérilité). Physiologiquement, le préjudice sexuel traduit donc incontestablement un « déficit fonctionnel séquellaire » ; mais lorsque la routine judiciaire maintient l'IPP dans la catégorie des préjudices économiques, on éprouve un certain malaise à voir

16. *Préjudice fonctionnel d'agrément* : Paris, 3 mai 1994, D.1994.516, note Y. LAMBERT-FAIVRE ; Gaz. Pal., 13-17 mai 1998.

ainsi toutes les relations sexuelles relever de la « profession » la plus vieille du monde !

Avec le préjudice d'agrément, la qualification paraît plus adéquate. Mais lorsque la même routine ne retient que l'existence d'un préjudice d'agrément que s'il y a privation de la pratique d'un sport, la perplexité s'accroît !

La Cour de cassation a tranché ce dilemme en reconnaissant que le préjudice sexuel constitue un chef de préjudice *sui generis* (Civ. 2^e, 6 janvier 1993)¹⁷.

Cette autonomie reconnue au préjudice sexuel permet de pallier l'abstraction très désincarnée des barèmes médicaux en la matière : en effet le barème des déficits fonctionnels séquellaires en droit commun (*Concours médical*, 1993) évalue de 5 à 40 p. 100 les séquelles génito-sexuelles selon leur spécificité organique et fonctionnelle ; mais cette quantification du taux d'incapacité demeure toujours abstraite et objective : elle n'est pas modulée en fonction du retentissement subjectif de la fonction sexuelle selon l'âge et la situation familiale de la victime. Pour un taux identique de 30 p. 100 afférent à l'impuissance sexuelle totale, quoi de commun entre un jeune homme de 20 ans et un vieillard de 80 ans ? Pour une stérilité totale, évaluée à 30 p. 100, quoi de commun entre la jeune fille de 18 ans qui n'a pas procréé et la matrone bientôt quinquagénaire à la tête d'une abondante progéniture ?

Les séquelles sexuelles constituent un domaine où l'évaluation médicale abstraite est totalement inadéquate pour évaluer le préjudice personnel réellement souffert. Pour le reste, qu'elles soient prises en compte dans un concept large de « préjudice fonctionnel d'agrément », ou qu'elles constituent un préjudice *sui generis*, l'essentiel est que la victime soit équitablement indemnisée dans le cadre des préjudices personnels extrapatrimoniaux.

1.5 Le préjudice juvénile

Dans la catégorisation des préjudices personnels, le préjudice juvénile est parfois évoqué pour rendre compte des frustrations et des privations d'un enfant qui ne peut participer aux jeux et à la joie de vivre de son âge. Cependant, si l'indemnisation du déficit fonctionnel séquellaire de la victime était correctement modulée en fonction de l'âge, et si le préjudice d'agrément traduisait « toute la perte de qualité de la vie », la victime ayant subi un préjudice dit juvénile serait correctement indemnisée dans ce cadre.

17. *Autonomie du préjudice sexuel* : Crim. 14 juin 1990, *RCA* 1990, n° 32 ; Civ. 2^e, 6 janvier 1993 et Crim. 18 nov. 1992, *Resp. civ. et ass.* 1993, n° 75 ; Chr. GROUDEL, n° 7, *RTD Civ.* 1993.587, obs. JOURDAIN.

En fait l'intervention du préjudice juvénile semble confusément vouloir compenser le curieux déséquilibre que l'on constate au détriment des jeunes et au profit des personnes âgées dans les statistiques d'indemnisation des victimes en matière de dommage corporel, notamment par la référence à la valeur du point (1 p. 100) d'IPP par tranche d'âge.

En prenant comme base les tables d'espérance de vie par âge et par sexe (INSEE, table de mortalité, 1989-1991) et la valeur du point d'IPP par tranche d'âge (fichier AGIRA, 1994), on peut comparer l'indemnisation statistique moyenne de deux victimes de sexe masculin ayant une IPP de 30 p. 100.

- si l'un est un enfant de 10 ans, la valeur du point d'IPP à 10 ans pour 30 p. 100 est approximativement de 10 000 FF (2 500 \$) ; son espérance de survie est de 63,52 ans : la valeur de son point d'IPP par année de survie est donc de l'ordre de 166 FF (40 \$) ;
- si l'autre est un retraité de 60 ans, la valeur du point d'IPP à 60 ans pour 30 p. 100 d'IPP est approximativement de 4 700 FF (1 200 \$) ; son espérance de survie est de 19 ans : la valeur annuelle de son point d'IPP par année de survie est donc de l'ordre de 247 FF (60 \$).

On ajoutera que le retraité ne subit aucun préjudice professionnel corrélatif, alors que les conséquences professionnelles du déficit fonctionnel séquellaire sur un enfant de 10 ans sont souvent minimisées en « pertes de chances », voire éludées.

Il apparaît donc que ces injustes disparités seraient facilement évitables grâce à la correcte utilisation des tables de mortalité ; dès lors la souplesse de l'appréciation souveraine des juges du fond permettrait aisément de gratifier le jeune âge d'une évaluation suffisante pour évoquer les jeux perdus, tout en restant dans le cadre du préjudice fonctionnel d'agrément : le préjudice juvénile ne nous paraît pas présenter une spécificité qui justifie un chef de préjudice autonome.

1.6 Le préjudice spécifique de contamination par le virus du sida¹⁸

L'accident thérapeutique constitue un cas particulier d'accident subséquent, lorsque la victime voit son état aggravé, ou décède des suites d'un

18. Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du sida », *RTD civ.* 1993, p. 1 ; LUCAS, *Transfusion sanguine et sida en 1985*, Paris, Rapport de l'Inspection générale des affaires sociales, sept. 1990 ; J. FOYER et L. KHAÏAT (dir.), *Droit et sida, comparaisons internationales*, Paris, CNRS, 1994. *Jurisprudence* : Paris, 7 juill. 1989 (affaire *Courtellemont*), *Gaz. Pal.*, 29 sept. 1989, p. 22, concl. PICHOT ; Paris 27 nov. 1992 (20 arrêts), *Chr. Y. LAMBERT-FAIVRE*, *Dalloz* 1993, p. 67 ; Civ. 20 juill. 1993, *RTD civ.* 1994, p. 107, obs. JOURDAIN ; D.1993.526, note CHARTIER ; Civ. 2^e, 1^{er} fev. 1995, *RTD*

traitement médical ou chirurgical imposé par l'accident initial. C'est alors un problème de responsabilité médicale qui se greffe sur la réparation du dommage corporel initial : celui-ci est bien la *cause* de l'accident thérapeutique ultérieur, car, sans le premier, le second ne se fût pas produit. Une illustration dramatique de cette situation est offerte par les transfusions sanguines consécutives à un accident de la circulation et qui ont entraîné la contamination de la victime par le virus du sida.

Dans de telles hypothèses, la causalité juridique retenue par la jurisprudence peut être analysée en deux étapes : sur le terrain de la *poursuite*, c'est-à-dire de l'action de la victime contre l'auteur de l'accident de la circulation initial, celui-ci est également reconnu responsable du sida contracté par transfusion sanguine ; la jurisprudence rappelle que la cause initiale sans laquelle le préjudice ne se serait pas produit doit être réputée causale du dommage final « *dès lors que plusieurs causes produites successivement ont été les conditions nécessaires du dommage, toutes en sont les causes, de la première à la dernière* » (C.A. Paris, 7 juillet 1989, arrêt *Courtellemont*) (théorie de l'équivalence des conditions). Mais ensuite, sur le terrain de la *contribution* à la charge de l'indemnisation, l'imputabilité spécifique du dommage accidentel initial et du dommage de contamination permet une répartition plus adéquate entre chacun des auteurs ayant contribué au dommage final, et notamment l'imputabilité de la contamination par le VIH aux centres de transfusion sanguine (T.G.I. Paris, 27 janvier 1993).

Le caractère incurable du sida et son très fort contenu émotionnel ont suscité un séisme judiciaire lorsque le 7 juillet 1989, dans le célèbre arrêt *Courtellemont*, la Cour d'appel de Paris a octroyé une indemnisation de 2 300 000 FF (575 000 \$) à une dame de 60 ans, contaminée par une transfusion sanguine à la suite d'un accident de la circulation dont un tiers était responsable¹⁹. Désemparés par l'absence de tout repère médical classique

civ. 1995, p. 626, obs. JOURDAIN (notion globale) ; Civ. 2^e, 2 avr. 1996, *Resp. civ. et ass.* 1996, n° 215 (caractère personnel) ; Cass. Ass. plén. 6 juin 1997 (caractère intégral de l'indemnité acceptée du Fonds), *Resp. civ. et ass.* 1997, n° 263.

19. *Sida et accident de la circulation* : Paris, 7 juill. 1989, arrêt *Courtellemont*, Gaz. Pal., 1989.2.752, concl. PICHOT ; Rennes, 23 oct. 1990, Gaz. Pal., 1991.1.232, p. 9 ; T.G.I. Bobigny, 19 déc. 1990, Gaz. Pal., 1991.1.233 ; T.G.I. Bordeaux, 17 févr. 1992, *R.C.A.* 1992, n° 198 ; T.G.I. Bordeaux, 24 avr. 1992, *R.C.A.* 1992, n° 177 ; Dijon, 16 mai 1991, D.1993.242, note KERCKHOVE ; Civ. 1^{ère}, 17 févr. 1993, J.C.P. 1994.II.22226, note DORNSNER-DOLIVET ; *RTD civ.* 1993.589, n° 607, obs. JOURDAIN ; Gaz. Pal., 2-3 févr. 1994, p. 15, note MEMMI (imputabilité de la contamination à l'accident initial) ; Paris, 27 oct. 1995, Gaz. Pal., 20-21 mars 1996, p. 15, note J.G.M. (partage de responsabilité de l'accident de la circulation applicable à l'indemnisation liée à la contamination) ; T.G.I. Paris, 27 janv. 1993, n° 93-416 (affaire *Courtellemont* ; recours de l'assureur auto contre le Centre de transfusion sanguine (CTS)).

(pas de consolidation, pas d'IPP pendant la séropositivité), les juges du fond ont ainsi octroyé des indemnisations hors de toutes les normes pour un préjudice précisément hors norme.

1.6.1 La notion globale de préjudice de contamination par le VIH

C'est dans ce contexte que la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 a créé le Fonds d'indemnisation spécifique des transfusés et hémophiles (FITH) contaminés par le virus du sida. Face à quelque 5 000 victimes potentielles susceptibles d'introduire une demande d'indemnisation, le Fonds a évité l'éclatement des chefs de préjudice en adoptant une définition globale qui intègre l'ensemble des éléments constitutifs du préjudice personnel de la victime :

Le préjudice personnel et non économique de contamination par le VIH recouvre l'ensemble des troubles dans les conditions d'existence entraînés par la séropositivité et la survenance de la maladie déclarée. Le préjudice spécifique inclut ainsi, dès la phase de séropositivité, tous les troubles psychiques subis du fait de la contamination par le VIH : réduction de l'espérance de vie, incertitude quant à l'avenir, crainte d'éventuelles souffrances physiques et morales, isolement, perturbations de la vie familiale et sociale, préjudice sexuel et le cas échéant de procréation.

Il inclut en outre les différents préjudices personnels apparus ou qui apparaîtraient en phase de maladie avérée : souffrances endurées, préjudice esthétique et l'ensemble des préjudices d'agrément consécutifs.

La définition retenue par le Fonds pour le préjudice de contamination par le virus du sida prend en compte les aspects multiformes de l'incommensurable et indescriptible souffrance des victimes de la contamination transfusionnelle par le VIH.

Cette définition a été entérinée par la Cour d'appel de Paris (une vingtaine de décisions du 27 novembre 1992) et approuvée par la Cour de cassation (Civ. 2^e, 1^{er} février 1995). Elle est aujourd'hui incontestée pour la contamination par le VIH. Il faut néanmoins souligner qu'elle n'est pas transposable à d'autres contaminations transfusionnelles, notamment par le virus de l'hépatite C (VHC) dont le processus est très différent : la contamination peut y rester asymptomatique et son marquage disparaître sans aucun préjudice ; la maladie peut aussi devenir chronique et évoluer vers des complications mortelles (cirrhose ou cancer du foie). Les juridictions saisies sont aujourd'hui très désarmées pour apprécier les demandes qui leur sont soumises en matière d'hépatite C (imputabilité, évaluation, etc.).

1.6.2 L'évaluation du préjudice de contamination par le VIH

Contraint par le précédent de l'arrêt *Courtellemont* rendu par la Cour de Paris, que la loi instituait comme juridiction de recours pour les offres d'indemnisation faites par le FITH, celui-ci a adopté le chiffre de 2 000 000 FF (500 000 \$) comme référence maximale d'indemnisation d'une victime contaminée à moins de 20 ans. Puis il a adopté une dégressivité calculée par référence aux tables de mortalité, selon l'âge à la date de contamination : ce barème indicatif de référence passe ainsi d'une indemnisation de 2 000 000 FF à 20 ans, à 1 640 000 FF à 30 ans, 1 293 000 FF à 40 ans, 988 000 FF à 50 ans, 461 000 FF à 70 ans... et 0 FF à 100 ans !

Le Fonds a décidé de verser les trois quarts de l'indemnité dès que la séropositivité imputable à une transfusion sanguine est avérée, ce qui permet au contaminé séropositif mais encore valide d'en profiter pleinement. En revanche le dernier quart n'est versé que lors du passage au sida médicalement constaté, afin de rendre compte du choc psychologique que représente toujours cette évolution redoutée de la séropositivité au sida déclaré.

En février 1997, le Fonds²⁰ avait reçu 4 563 demandes, soit 1 342 d'hémophiles et 3 221 de transfusés (y compris les contaminés indirects), et présenté des offres d'indemnisation à 3 690 victimes contaminées et 10 012 proches, victimes par ricochet non contaminées.

Les engagements cumulés du Fonds en cinq ans, de février 1992 à février 1997, représentent 5 790 000 000 FF (1 450 000 \$), financés par le budget de l'État.

2. Les préjudices non économiques de la victime par ricochet

Alors que la détermination des préjudices non économiques de la victime directe présente des contours incertains et contestables en raison du caractère hétérogène de la notion d'IPP dans le droit français, ancrée maintenant sur des barèmes médicaux physiologiques et fonctionnels, mais encore utilisée en droit commun pour fixer des préjudices professionnels, cette confusion est totalement évacuée pour la victime par ricochet. Par la nature des choses, la *distinction* du « dommage corporel » initial de la victime directe et des « préjudices par ricochet » des victimes médiates s'impose sans conteste.

La détermination du cercle des victimes par ricochet n'est plus aujourd'hui effectuée par des critères rigides tels que « l'existence d'un lien de parenté ou d'alliance » ou la « lésion d'un intérêt légitime juridiquement

20. Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles (FITH): FITH, *Rapport annuel d'activité au gouvernement*, 5^e exercice, Paris, FITH, juin 1997.

protégé » ; le droit a en effet renoncé à déterminer le droit à l'indemnisation en fonction de la qualité de la victime pour ne plus retenir que la *qualité des préjudices invoqués* (section 2.1) ; les préjudices économiques des victimes par ricochet étant hors de notre sujet, *la détermination de leurs préjudices non économiques* (section 2.2) se limitera aux préjudices d'accompagnement et d'affection.

2.1 Les caractères des préjudices indemnissables de la victime par ricochet

Les préjudices indemnissables de la victime par ricochet doivent être *personnels* à la victime médiate, *directs*, *licites* et *certain*s.

a) Le caractère personnel à la victime médiate des préjudices réfléchis permet de distinguer l'action en réparation, propre à la victime par ricochet, de l'action successorale des héritiers de la victime directe. Cela est d'autant plus utile que le plus souvent les proches de la victime directe cumulent les deux qualités lorsque la victime directe est décédée. En revanche lorsqu'elle survit, la distinction des préjudices directs et des préjudices réfléchis est évidente.

b) Le caractère direct des préjudices de la victime par ricochet présente une contradiction sémantique qu'il faut dépasser : dans notre langage juridique le caractère direct marque le lien de causalité entre les préjudices invoqués et le fait dommageable accidentel. Il en résulte que, si la victime invoque un préjudice dont la cause est extérieure à l'accident, mais réside notamment dans des engagements contractuels ou statutaires, elle ne peut pas se prétendre « victime par ricochet » : c'est ainsi que le créancier n'est pas considéré comme une victime par ricochet en cas de décès accidentel de son débiteur, car il pouvait assortir son prêt des garanties habituelles (caution, hypothèque, assurance). De même les tiers payeurs ne sont pas des « victimes par ricochet » et ne disposent que d'une action subrogatoire, et non pas d'une action personnelle contre le responsable (sauf exception de l'action personnelle des employeurs pour les charges sociales afférentes au salaire maintenu).

c) Le caractère licite du préjudice peut notamment être invoqué face à un concubinage adultère²¹. Si l'évolution des mœurs tend à faire du concubinage simple une sorte de mariage de seconde zone, et s'il n'existe plus en droit pénal français de délit d'adultère, en revanche l'article 212 du Code civil fait toujours de la fidélité un devoir du mariage. L'adultère constitue

21. *Concubinage adultère* : Crim., 20 avr. 1972, *RGAT* 1973.241, note BESSON ; J.C.P. 1972.II.17278, note VIDAL ; F. CHABAS, « Le cœur de la Cour de cassation », *D.*1973, Chr. 211 ; Crim., 19 juin 1975, arrêt *Toros*, *D.*1975.679, note TUNC ; *RTD Civ.* 1975.709, obs. DURRY ; *Riom* 9 nov. 1978, J.C.P. 1979.II.19107, note ALMAIRAC.

donc une faute civile qui peut fonder une demande en divorce pour faute. En outre la monogamie demeure un principe d'ordre public dans le droit des personnes des pays occidentaux de tradition chrétienne.

Cependant la jurisprudence française a connu quelques dérapages, soit que « le cœur de la Cour de cassation » se soit ému de la situation d'une concubine infirme dont le mari était parti 36 ans plus tôt sans laisser d'adresse (Crim., 20 avril 1972), soit que, par un laxisme très critiqué, elle ait admis les demandes simultanées de la veuve et de la concubine, reconnaissant une véritable bigamie de fait (Riom, 9 novembre 1978).

La Résolution du Comité des ministres du Conseil de l'Europe adoptée le 14 mars 1975 dispose que le droit à la réparation des préjudices de la victime par ricochet « appartient à la personne qui vivait en concubinage si leurs relations étaient stables ; il peut toutefois être refusé si les relations étaient adultères ».

d) Le caractère certain du préjudice invoqué est en définitive le plus sûr critère pour repousser les demandes abusives de tiers ; la preuve du préjudice économique est cependant plus facile à apporter que celle des préjudices réfléchis non économiques, dont le caractère moral et affectif rend délicate la démonstration.

2.2 La détermination des préjudices non économiques de la victime par ricochet

La notion de victime par ricochet a d'abord été reçue en cas de décès de la victime directe : outre les préjudices économiques invoqués notamment par la veuve ou le veuf et les enfants mineurs, le préjudice moral des proches a également été évalué sous le nom de « préjudice d'affection ». Cependant il est des cas, peut-être encore plus douloureux, où la victime directe survit, mais dans des conditions de handicap et de délabrement physique et moral telles que la vie des proches s'en trouve aussi très profondément perturbée ; aussi la jurisprudence a-t-elle reconnu un « préjudice d'accompagnement » à leur profit.

2.2.1 Le préjudice d'affection²²

Le préjudice moral d'affection invoqué par les proches en cas de décès est de ceux dont l'évaluation soulève les plus profondes réticences, tant le marchandage des sentiments paraît indécent et la vénalité de l'amour

22. Cass. civ. 13 févr. 1923, D.P. 1923.1.52, note LALOU (préjudice d'affection admis) ; CE 29 oct. 1954, D.1954.767, concl. FOUGÈRES et note LAUBADÈRE (refus) ; CE 24 nov. 1961, Rec. CE 1961, p. 661 (admis).

incompatible avec la dignité des affections familiales. Pourtant la Cour de cassation depuis 1923 et le Conseil d'État depuis 1961 ont admis une telle indemnisation, soulignant que la perte d'un être cher ne saurait avoir moins de valeur que celle d'un bien.

Reste que l'affection risque d'être d'autant plus invoquée qu'elle est susceptible de se monnayer après un décès. Aussi la Résolution du Conseil de l'Europe de 1975 manifeste-t-elle des réticences en soulignant qu'une telle réparation ne devrait pas être accordée « à des personnes autres que les père et mère, le conjoint, le fiancé et les enfants de la victime ; même dans ces cas la réparation devrait être soumise à la condition que ces personnes aient des liens d'affection étroits avec la victime au moment du décès ».

Pour notre part, nous estimons que l'affection, pas plus que l'amour dont il est le pudique prête-nom, ne saurait être réparée en argent sans devenir vénale.

En revanche, ce qui nous semble réparable, c'est « le trouble dans les conditions d'existence » du nombre très limité de proches qui partageaient l'intimité de la victime et se trouvent désemparés par l'absence où il y avait présence, par la solitude et le vide où il y avait partage des travaux et des jours, des joies et des peines. Ce trouble dans les conditions d'existence suppose la cohabitation antérieure et traduit un profond bouleversement de la vie quotidienne du fait du décès.

Actuellement, si quelques juridictions tiennent compte de la cohabitation, la plupart octroient des indemnisations dans la fourchette de 70 000 à 130 000 FF (de 17 000 à 32 000 \$) pour la perte d'un conjoint, de 40 000 à 70 000 FF (de 10 000 à 17 000 \$) pour la perte d'un enfant, 10 000 à 30 000 FF (de 2 000 à 7 500 \$) pour la perte d'un frère ou d'une sœur, et de 6 000 à 20 000 FF (de 1 500 à 5 000 \$) pour la perte des grands-parents.

2.2.2 Le préjudice d'accompagnement²³

Préjudice moral des proches en cas de survie très profondément altérée de la victime, le « préjudice d'accompagnement » suppose, plus encore que le « préjudice d'affection », la communauté de vie entre la victime handicapée et ses proches qui, partageant concrètement ses difficultés, ses souffrances et ses désespoirs, ont leur vie engloutie avec la sienne : les proches des paraplégiques, tétraplégiques, traumatisés crâniens, amputés, hémophiles ou transfusés contaminés par le virus du sida, et pire encore des victimes en état végétatif chronique vivent une épreuve personnelle qui, au

23. Civ. 2^e, 8 déc. 1971, *RTD Civ.* 1972.595 ; Civ. 2^e, 23 mai 1977, *RTD Civ.* 1977.768, obs. DURRY.

delà de la souffrance affective mal réparable en argent, mérite une correcte indemnisation en fonction des troubles qu'ils subissent dans leurs propres conditions d'existence.

La Résolution 75 du Conseil de l'Europe admet de manière restrictive : « le père, la mère et le conjoint de la victime qui, en raison d'une atteinte à l'intégrité physique ou mentale de celle-ci, subissent des souffrances psychiques, ne peuvent obtenir réparation de ce préjudice qu'en présence de souffrances d'un caractère exceptionnel ; d'autres personnes ne peuvent prétendre à une telle réparation ».

L'évaluation du « préjudice d'accompagnement » est assez modique, de l'ordre de 50 000 FF (12 000 \$) pour le conjoint. Les indemnisations accordées en cas de sida post-transfusionnel sont exceptionnelles : environ 150 000 FF (37 000 \$) pour les troubles dans les conditions d'existence du conjoint de la victime contaminée, 100 000 à 150 000 FF (de 25 000 à 37 000 \$) pour les parents d'un enfant contaminé, 50 000 FF (12 000 \$) pour les enfants mineurs d'un parent contaminé.

Seconde partie : Le régime juridique de l'indemnisation des préjudices non économiques de la victime

En théorie, le caractère personnel et extrapatrimonial des préjudices non économiques devrait dominer un régime juridique spécifique très distinct de celui des préjudices économiques patrimoniaux : l'*être* de la personne humaine devrait transcender l'*avoir* de la personne juridique. Cependant la réalité est beaucoup moins tranchée, et plusieurs règles du droit patrimonial sont étendues au domaine des préjudices extrapatrimoniaux, au risque d'y perdre leur éthique propre.

Trois questions illustrent cette dérive : l'indemnisation de la victime en état végétatif chronique, la dévolution successorale du droit à l'indemnisation des préjudices extrapatrimoniaux de la victime et, enfin, le régime du recours subrogatoire des tiers payeurs.

1. L'indemnisation de la victime en état végétatif chronique

L'indemnisation d'une victime inconsciente pose des problèmes difficiles d'éthique juridique dans le cas des préjudices non économiques dont l'existence semble liée à l'émergence d'une conscience. Cependant personne ne conteste sérieusement le droit à l'indemnisation du jeune enfant, de la victime dans le coma ou du dément dont la vie psychique est mal appréhendée par le juriste : éclairé par le neuropsychiatre, le juriste reconnaît

une capacité de souffrance dont la réparation est une exigence à l'égard de la victime.

La question demeure cependant focalisée sur les victimes en état végétatif chronique, traumatisés crâniens graves dont la sortie du coma est réduite à une vie végétative qui a l'apparence du sommeil. Trois critères sont avancés par les médecins :

- 1) l'absence apparente de toute conscience de soi : la vie intrapsychique de la victime demeure un mystère, mais celle-ci ne semble pas avoir conscience de son état de dégradation physique et psychique ;
- 2) l'absence de toute faculté perceptible de communication avec le monde extérieur ;
- 3) l'irréversibilité de l'état végétatif estimée au delà d'un an de chronicité sans récupération.

Alors que la mort est actuellement déterminée par un électro-encéphalogramme plat, celui de la victime en état végétatif chronique est généralement composé d'ondes lentes : elle ne manifeste aucune fonction cérébrale identifiable et ne parle jamais, mais elle connaît des périodes d'éveil avec ouverture des yeux, mouvements posturaux élémentaires et réflexes des membres. Ces patients ont conservé une autonomie végétative complète : la respiration est spontanée, l'alimentation se fait par sonde naso-gastrique et la supprimer reviendrait pour le médecin à condamner son patient à mort par absence de nutrition : l'éthique médicale s'y refuse.

Paradoxalement, c'est l'efficacité, à la fois insuffisante et excessive, des techniques de réanimation des grands traumatisés crâniens qui génère ces situations dramatiques et insolubles, inconnues naguère : il y aurait actuellement en France environ 1 200 personnes en état végétatif chronique dû à un accident. Ces victimes posent au juriste deux types de problèmes : celui de la *réalité des préjudices personnels* subis par les victimes et celui de la *finalité de leur indemnisation*.

1.1 La réalité des préjudices personnels²⁴

La réalité des préjudices personnels est assez largement admise : certes, il semble que la victime en état végétatif chronique n'a pas conscience

24. S. GROMB, « De la conscience dans les états végétatifs et de l'indemnisation », *Gaz. Pal.*, 3 juill. 1991, p. 7 ; *Crim.* 3 avr. 1978, *J.C.P.* 1979.II.19168, note S. BROUSSEAU ; *RTD Civ.* 1979, p. 801 ; *Civ.* 2^e, 21 juin 1989 et sur renvoi Bordeaux 18 avr. 1991, D.1992.14, note GROMB ; *Gaz. Pal.*, 25 avr. 1993, p. 18, note PIEDELÈVRE ; *Crim.* 5 janv. 1994, *J.C.P.* 1994.I.3773, n^o 20, obs. G. VINEY ; *Civ.* 2^e, 22 févr. 1995, D.1996.69, note Y. CHARTIER ; *J.C.P.* 1996.II.22570, note Y. DAGORNE-LABBÉ ; *RTD Civ.* 1995.629, obs. JOURDAIN.

de sa déréliction ; cependant la conscience de soi avec soi demeure un mystère, même si la communication qui est conscience de soi avec autrui paraît nulle. La prudence s'impose d'autant plus que des victimes sorties d'un coma profond ont pu témoigner de ce qu'elles avaient entendu et souffert lors de leur inconscience apparente : il est toujours recommandé aux soignants et aux proches de parler *au* patient et non pas *du* patient en sa présence.

Certes, tout préjudice dont il est demandé réparation doit être prouvé, mais la gravité même de l'état végétatif chronique permet de présumer sa réalité : la jurisprudence française a ainsi admis que « l'état végétatif d'une personne humaine n'excluant aucun chef d'indemnisation, son préjudice doit être réparé dans tous ses éléments » (Civ. 2^e, 22 février 1995).

1.2 La finalité de l'indemnisation²⁵

La finalité de l'indemnisation est cependant mise en question par le régime juridique applicable : par définition l'état végétatif chronique est irréversible et la victime n'en sort que par la mort. Or l'indemnisation de la victime pour des souffrances endurées ou en fonction du préjudice d'agrément (la perte irrémédiable de la « qualité de vie » du patient) ne saurait avoir une valeur compensatoire économique, mais seulement une valeur *satisfaisante personnelle* ; sa finalité est de donner à la victime elle-même la reconnaissance morale des préjudices inhérents à son *être*, et les moyens corrélatifs de s'offrir les plaisirs et les joies qui constituent autant de petits bonheurs pour tenter d'oublier son malheur. Or la victime en état végétatif chronique n'est pas et ne sera jamais susceptible de réaliser elle-même la compensation *satisfaisante* de son malheur, et l'indemnisation qui lui est conférée ne profite en fait qu'à ses proches, et après sa mort, à ses héritiers. La Cour de cassation a parfaitement analysé ce problème dans son rapport de l'année 1989 : « il est fort douteux que les malades en état végétatif chronique soient en état de bénéficié personnellement des compensations d'une réparation pécuniaire[...] Les sommes accordées au titre des préjudices esthétiques et d'agrément constitueraient alors, en fait, bien souvent des compléments d'indemnisation pour la famille ».

Certes, les *proches* souffrent eux-mêmes un insupportable calvaire, mais leur souffrance morale relève du préjudice par ricochet « d'accompagnement ». Quant aux héritiers, parfois lointains et indifférents, est-il

25. RAPPORT DE LA COUR DE CASSATION 1989, Doc. Fr., p. 69 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, « Le droit et la morale dans l'indemnisation des dommages corporels », D.1992, chr. 165 ; A. TOMASINI, « La finalité de la réparation », *RFDC* 1993.2, p. 134.

convenable qu'ils reçoivent un pactole grâce à l'état végétatif chronique du *de cuius*, qui peut perdurer des années ?

Le droit hésite, l'éthique balbutie et la morale réprouve.

Pour éviter ce détournement juridique, nous pensons que l'indemnisation des préjudices extrapatrimoniaux de la victime devrait être suspendue pendant toute la durée du coma prolongé en état végétatif chronique. Si la victime sort de ce long tunnel, il est juste qu'elle soit elle-même indemnisée de ce temps de vie suspendu pendant lequel elle a été privée de tous les agréments de la vie (c'est un euphémisme) ; si en revanche l'état végétatif se termine par la mort, ce qui est dans sa définition, alors l'intransmissibilité successorale d'un tel chef de préjudice devrait être opposable aux héritiers. Mais on se heurte ici à l'un des plus contestables écueils du droit positif français actuel en la matière.

2. La dévolution successorale du droit à l'indemnisation des préjudices extrapatrimoniaux de la victime

La réparation des préjudices moraux de la victime directe n'est plus contestée par personne, et à partir du moment où l'indemnité pécuniaire lui a été versée, elle entre dans son patrimoine. On peut avancer qu'il y a une sorte de novation d'un droit extrapatrimonial en une créance patrimoniale à partir du moment où la créance d'indemnisation est certaine, liquide et exigible.

Reste à savoir si, dès avant cette liquidation, le simple droit à la réparation d'un *préjudice extrapatrimonial* fait partie de la dévolution successorale du *patrimoine*.

Trois positions théoriques sont possibles :

- 1) L'intransmissibilité absolue²⁶ du droit à la réparation des préjudices attachés à la personne a été naguère défendu par le doyen Nerson : les droits extrapatrimoniaux doivent être affranchis de la dévolution successorale patrimoniale des biens. L'action en réparation des préjudices extrapatrimoniaux est intransmissible et s'éteint donc avec la personne. Les héritiers en tant que tels n'ont pas le droit ni d'exercer, ni même de poursuivre une action en réparation d'un préjudice extrapatrimonial du *de cuius*, en monnayant ainsi son malheur à leur propre profit ;

26. R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1939, n^{os} 203 et 204.

- 2) La pleine transmissibilité successorale²⁷ du droit à réparation des préjudices extrapatrimoniaux est en revanche admise par ceux qui soulignent que les héritiers sont les continuateurs de la personne et du patrimoine du *de cuius*. La considération récurrente d'une sorte de droit de vengeance privée donnée aux continuateurs de la personne du défunt contre le responsable d'une tragédie familiale est cependant inacceptable, car il ne saurait y avoir de peine privée contre un assureur ou un fonds de garantie qui assument la responsabilité objective d'un dommage corporel.

En France, la jurisprudence judiciaire admet le principe de la transmissibilité successorale de l'action en réparation des préjudices moraux du *de cuius*, alors même que celui-ci n'avait introduit aucune demande en réparation de son vivant (Chambre mixte, Cour de cassation, 30 avril 1976). C'est la négation de l'extrapatrimonialité reconnue aux préjudices personnels ;

- 3) La transmissibilité limitée et spécifique du droit à la réparation des préjudices personnels constitue une voie médiane, justifiée lorsque le *de cuius* a introduit une demande en réparation, mais est décédé avant que sa créance ne soit juridiquement établie : en effet l'extinction du droit à la réparation par le décès constituerait une prime à la longueur du contentieux ou aux palabres transactionnelles interminables. La jurisprudence administrative semble hésiter entre ces trois positions²⁸.

À notre sens le caractère extrapatrimonial des préjudices moraux conduit à admettre cette transmissibilité limitée à condition que sa spécificité soit reconnue : en effet les droits extrapatrimoniaux ne doivent pas obéir à la dévolution patrimoniale aux héritiers, mais à une dévolution extrapatrimoniale limitée au cercle restreint du conjoint et des descendants et ascendants cohabitants, qui ont effectivement partagé la charge et les souffrances de la victime. Ces très proches sont précisément des « victimes par ricochet » qui peuvent être distincts d'« héritiers » collatéraux parfois aussi lointains qu'indifférents. Dès lors on évalue *ex aequo et bono* globale des préjudices extrapatrimoniaux propres (en qualité de victimes par ricochet) et transmis *post mortem* (en qualité de successeurs aux droits

27. BLONDEL, *La dévolution successorale des droits extrapatrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1969 ; A. CHARAF-ELDINE, « Le droit à réparation des dommages corporels et sa transmissibilité », J.C.P. 1974.I.2647 ; Cass. ch. mixte, 30 avr. 1976 (deux arrêts), D.1977.185, note CONTAMINE-RAYNAUD ; *RTD Civ.* 1976.556, obs. DURRY.

28. CE, 29 janv. 1971, *AJDA* 1971.279, chr. LABETOULLE et CABANES (intransmissibilité) ; CE, 8 nov. 1968, *Rec. CE*, p. 563 (souffrances endurées, poursuite par les héritiers de l'action engagée) ; CE, 9 juill. 1969, *Rec. CE*, p. 371 (préjudice d'affection, *ibid.*) ; C.A. Nantes, 22 févr. 1989, *AJDA* 1989.276, obs. ARRIGHI DE CASANOVA (transmissibilité).

extrapatrimoniaux) devrait éviter une surévaluation et un marchandage déplaisant de la souffrance, de la douleur et de l'affection.

3. Le régime du recours subrogatoire des tiers payeurs

Le droit français de la réparation du dommage corporel est considérablement compliqué par l'exercice du recours subrogatoire des tiers payeurs dont le plus emblématique est celui des caisses de sécurité sociale qui ont versé directement à la victime un certain nombre de prestations indemnitaires : « prestations en nature » de frais médicaux et paramédicaux (hospitalisation, frais pharmaceutiques, rééducation, etc.) et « prestations en espèces » en compensation des pertes de gains professionnels dues à l'accident : « indemnités journalières » pendant la phase temporaire de la maladie traumatique (incapacité temporaire totale (ITT) ou partielle (ITP)) et pension d'invalidité lorsque l'incapacité permanente partielle (IPP) ne permet pas la reprise de l'activité antérieure.

Le recours des tiers payeurs²⁹ est aujourd'hui régi par les articles 28 à 34 de la loi dite Badinter du 5 juillet 1985 ; l'article 30 précise : « les recours ont un caractère subrogatoire ».

Sans entrer dans la complexité véritablement byzantine de tels recours, nous nous contenterons ici de souligner l'insuffisante sauvegarde des droits extrapatrimoniaux de la victime dans la pratique judiciaire ou transactionnelle actuelle³⁰.

Le problème fondamental est la détermination de *l'assiette du recours* de la sécurité sociale : l'article 31 de la loi du 5 juillet 1985 dispose que le recours subrogatoire est calculé sur « l'indemnité qui répare l'atteinte à l'intégrité physique de la victime, à l'exclusion de la part de l'indemnité à caractère personnel correspondant aux souffrances endurées, au préjudice esthétique et au préjudice d'agrément ». Ce texte reconduit les dispositions de la loi du 27 décembre 1973 dont le but était de soustraire les préjudices à caractère personnel auxquels ne correspondait aucune prestation sociale. En effet la sécurité sociale ne verse que des « prestations en nature » de remboursement de frais médicaux et paramédicaux et des « prestations en espèces » de compensation des pertes de gains professionnels (indemnités

29. *Recours des tiers payeurs* : J.J. DUPEYROUX, *Droit de la sécurité sociale*, 12^e éd., coll. « Précis Dalloz », Paris, Dalloz, 1993, n° 752 et suiv. ; H. GROUDEL, *Le recours des organismes sociaux contre le responsable d'un accident*, Paris, Litec, 1988 ; H. MARGAT, « Le recours des tiers-payeurs depuis la loi du 5 juillet 1985 », *Gaz. Pal.*, 1985, Doc. 489 ; Y. SAINT-JOURS, « La nouvelle configuration des recours des tiers-payeurs », *Rev. dr. san. soc.*, 1986.258 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, note 1, n° 458 et suiv.

30. Y. LAMBERT-FAIVRE, « Les droits de la victime d'un dommage corporel et l'exercice des recours de la sécurité sociale », *J.C.P.* 1998.I.110.

journalières et pensions d'invalidité) ; en revanche elle ignore tout préjudice personnel, physiologique ou moral.

En fait deux lectures fort différentes peuvent être faites de ce texte stéréotypé qui ne repose sur aucune analyse du droit du dommage corporel, car la loi Badinter ne visait qu'à réformer le droit de la *responsabilité* en matière d'accidents de la circulation, mais non pas le droit de la *réparation* : une lecture restrictive et archaïque s'attache à la *lettre* du texte, une lecture extensive et compréhensive s'attache à son *esprit*.

3.1 L'interprétation restrictive de la lettre du texte

L'interprétation restrictive de la lettre du texte pose en règle d'application que le recours s'exerce sur « la part d'indemnité qui répare l'atteinte à l'intégrité physique de la victime », celle-ci étant comprise comme synonyme de « préjudice physiologique ».

Or, d'une part, la sécurité sociale n'a aucune prestation correspondant au « préjudice physiologique » proprement dit, donc aucune créance subrogatoire sur un tel chef de préjudice ; mais, d'autre part, la pratique française amalgame, sous le couvert de l'incapacité temporaire totale (ITT) ou partielle (ITP) et de l'incapacité permanente partielle (IPP), le préjudice professionnel et le préjudice physiologique pendant la maladie traumatique et après consolidation³¹. Il en résulte un exercice du recours de la sécurité sociale sur le préjudice physiologique, et ce, même dans les hypothèses où il n'existe en l'espèce aucun préjudice professionnel du fait de l'accident, mais uniquement un préjudice personnel : c'est le cas notamment de la victime retraitée.

Cette thèse restrictive énonce volontiers que les trois préjudices cités comme exception à la règle, le *pretium doloris*, le préjudice esthétique et le préjudice d'agrément, constituent une liste limitative hors de laquelle aucun préjudice ne saurait présenter le caractère de « personnel » : thèse stupéfiante qui induit que le préjudice physiologique ne serait pas « personnel » à la victime : le corps ne relèverait pas de l'extrapatrimonialité de la personne (Code civil, art. 16.1) mais de son patrimoine.

Cette interprétation relève à l'évidence de la « lettre » qui trahit « l'esprit » de la loi.

31. *Recours sur le préjudice physiologique* : Civ. 2^e, 19 mars 1997, arrêt *Roissee*, RCA 1997, n° 194 ; RTD civ. 1997.662, obs. JOURDAIN ; D.1988.59, note Y. LAMBERT-FAIVRE.

3.2 L'interprétation compréhensive de l'esprit du texte

L'interprétation compréhensive de l'esprit du texte conduit à une analyse radicalement différente. L'expression « atteinte à l'intégrité physique de la personne » est la définition générale du « dommage corporel » que les assureurs opposent au « dommage matériel » (atteinte à l'intégrité physique d'une chose) et au « dommage immatériel » qui n'a pas de substrat physique (atteinte à l'honneur, atteinte à des intérêts financiers).

De ce « dommage corporel », fait dommageable initial, découlent un certain nombre de préjudices dont la détermination, l'évaluation et le régime juridique relèvent du droit de la réparation. Parmi ces chefs de « préjudices », il en est dont le caractère personnel et extrapatrimonial fait obstacle au recours des tiers payeurs, d'autant que ceux-ci ne versent aucune prestation indemnitaire correspondante. Au surplus la liste légale des préjudices personnels exclus de recours n'est nullement limitative, mais seulement indicative : la preuve en est l'exclusion de chefs de préjudices nouveaux dont nul ne nie le caractère personnel, tels le « préjudice sexuel » ou le « préjudice spécifique de contamination par le VIH », ci-dessus étudiés.

Dans cette analyse, le préjudice physiologique relève de l'*être* de la personne, dont l'extrapatrimonialité est de nature ontologique, et non pas de son *avoir* patrimonial.

Ces deux analyses conduisent à des résultats fort différents pour la victime lorsqu'il y a partage de responsabilité avec un tiers responsable et que le recours de la sécurité sociale pour des frais médicaux importants absorbe la quasi-intégralité de son indemnisation³² : l'évaluation restrictive des préjudices personnels exclus du recours ne lui laisse en effet qu'une indemnité complémentaire dérisoire, facilement absorbée par les honoraires d'avocat.

Cette étude des préjudices non économiques en droit français se résume en un constat contradictoire : d'une part, les préjudices non économiques, qualifiés de personnels et d'extrapatrimoniaux par la doctrine, sont largement reconnus et juridiquement déterminés par la jurisprudence ; mais leur régime juridique demeure entaché d'une patrimonialité qui paraît très archaïque à l'époque des déclarations omniprésentes dans la vie politique et sociale sur les droits éminents de la personne. Une prise de conscience des juristes est nécessaire et urgente pour condamner cette insidieuse patrimonialisation de la personne et tirer toutes les conséquences juridiques de sa dignité et de son extrapatrimonialité proclamées.

32. Pour une démonstration arithmétique : cf. Y. LAMBERT-FAIVRE, *loc. cit.*, note 30.

Annexe

Valeur moyenne des préjudices extrapatrimoniaux (1991-1994)

Préjudice	Transactions				Décisions judiciaires			
	1991	1992	1993	1994	1991	1992	1993	1994
<i>Pretium doloris</i>								
— Très léger, léger	4 500	4 752	4 901	5 078	5 850	6 336	6 720	6 926
— Modéré	8 550	8 980	9 273	9 741	13 000	12 343	13 093	13 462
— Moyen, assez important	19 450	20 974	21 545	23 446	28 150	29 871	32 742	34 399
— Important, très important	57 500	68 012	72 971	72 197	75 750	84 523	93 199	N.S.
<i>Préjudice esthétique</i>								
— Très léger, léger	3 200	3 301	3 442	3 654	4 800	4 917	5 398	5 731
— Modéré	10 700	11 330	11 953	12 475	15 100	16 181	17 278	17 582
— Moyen, assez important	27 150	31 311	32 478	34 005	34 550	37 312	40 734	41 294
— Important, très important	N.S.	N.S.	N.S.	N.S.	N.S.	N.S.	N.S.	N.S.
<i>Préjudice d'agrément*</i>								
— Très léger, léger	2 450	5 569	6 360	6 001	7 500	11 363	12 226	11 504
— Modéré	12 450	14 094	13 934	13 818	16 300	18 167	16 978	19 791
— Moyen, assez important	27 050	33 000	35 191	36 857	36 350	45 561	53 707	N.S.
— Important, très important	89 600	N.S.	N.S.	N.S.	147 500	N.S.	N.S.	N.S.

* Préjudice d'agrément, conception restrictive.

Note de l'auteur : Les montants qui apparaissent dans le tableau n'ont qu'une valeur relative parce que l'IPP purement physiologique en est exclue.

Source : Fichier AGIRA des victimes indemnisées. Les indemnités sont exprimées en francs français (FF). Un dollar canadien équivaut approximativement à 4 FF.