

La réparation du dommage Etendue et forme

par

Philippe PIERRE
Professeur à l'Université de Rennes 1

A ce stade de la comparaison entre droit positif/prospectif français et projets européens, quelques observations liminaires s'imposent¹.

Sur un plan méthodologique, le mode de rapprochement le plus aisé serait, à la manière du règlement des conflits de lois, le renvoi par les projets à l'application de règles issues des droits nationaux. L'hypothèse n'est pas vaine, à l'instar du renvoi par le PCCR aux lois nationales pour le mode de réparation des préjudices personnels et moraux (art. 6:203), ou pour l'incidence sur la responsabilité des droits de la victime aux prestations de tiers payeurs (art. 7:105). Il reste que dans l'immense majorité des cas, chaque *corpus*, français et européens, développe ses propres règles qu'il convient alors de rapprocher afin de dégager les points de convergence et/ou divergence. A cet égard, le rapprochement sera facilité lorsque la flexibilité topique des projets européens rencontre la souplesse de certains standards admis en droit français. Mais cette ductilité croisée est loin d'être de règle, et il sera difficile d'échapper à la confrontation de dispositions moins adaptables par leur technicité et les partis pris qui les sous-tendent. Enfin, il n'est pas toujours possible de pousser l'analyse au même niveau, lorsqu'il s'agit de comparer un droit national entièrement construit - à l'instar du détail de recours des tiers payeurs - et des principes européens dont la dénomination marque à la fois l'ambition et les limites.

Sur un plan substantiel, on soulignera d'emblée que la réparation du dommage s'inscrit **unaniment** sous l'ombrelle du principe d'indemnisation intégrale - remplacement dans la mesure du possible dans la situation antérieure au dommage, absence de perte et de profit - tel que prôné en jurisprudence *de lege lata* et réaffirmé *de lege ferenda* par les différentes propositions de réforme (art. 1370 du projet Catala, 49 du projet Terré, 1386-22 et 24 de la prop. Béteille), comme par les PETL (10:101) et le PCCR (6:101). Si l'on peut douter, avec nombre d'auteurs, d'un principe parfois proche du mythe, l'on ne peut en revanche ignorer qu'aucun projet n'a entendu établir un compromis comparable au régime français des accidents du travail, où une indemnisation à l'époque facilitée pour la victime avait trouvé en contrepartie une forfaitisation de ses droits. De même, l'identification dans les PETL d'intérêts plus ou moins dignes de protection (2:102) ne contredit pas l'idée qu'une fois protégés, ces intérêts puissent ouvrir droit à la compensation intégrale des atteintes qu'ils subissent. Enfin, nous retrouverons la traduction technique de ce principe lors de l'étude de la forme de la réparation car, derrière l'affirmation générale, il n'est pas indifférent de considérer la priorité conférée - ou non - à la réparation en nature, au plus proche de la remise en l'état antérieur.

Afin de respecter l'ordre des thématiques dont nous proposons la restitution, nous envisagerons successivement, après le « quoi »² précédemment traité, le « combien » et le « comment », soit l'étendue (I) et la forme (II) de la réparation.

¹ Nous remercions vivement tous ceux dont les interventions, lors du précédent séminaire de Saint-Malo, ont permis la présente synthèse qui constitue la restitution, nécessairement réductrice, de leurs travaux.

² **Ce que** l'on répare, soit les préjudices réparables, étant évoqué dans le rapport de LEDUC (F.).

I. - L'étendue de la réparation

La réparation s'entend *stricto sensu* comme la compensation des préjudices subis, seule l'évaluation de cette compensation devrait nous retenir ici (A). Cela étant, lorsque l'on envisage la réparation au titre du dédommagement **effectif** de la victime, différents facteurs de modulation, à la baisse et à la hausse, viennent s'interposer (B).

A. - L'évaluation de la réparation

Techniquement, la traduction du principe de réparation intégrale postule une liquidation des préjudices subis par la victime. Un tel calcul ressort, en droit français positif, de l'appréciation souveraine des juges du fond, sans que cela signifie pour autant une liberté inconditionnée, en particulier pour le dommage corporel. Progressivement, s'est ainsi imposée l'idée d'une nomenclature des postes de préjudices - la « nomenclature Dintilhac - effective au moins auprès du juge judiciaire. Les divers projets français accueillent cette évolution (art. 1379 al. 3 projet Catala, art. 56 projet Terré, art. 1386-28 prop. Béteille) et précisent unanimement que l'évaluation des préjudices doit se faire au jour de la décision de justice, règle au plus proche du dommage effectivement subi (respect. : 1372, 52, 1386-28). Les projets européens sont à cet égard nettement moins fouillés. Les PETL procèdent plus par des définitions plurales (exemple : trois facettes obligatoires du préjudice matériel consécutif à une atteinte corporelle : 10:202 ; pour les atteintes physiques, 10:301 (3)) que par nomenclature, rappellent que le juge peut se satisfaire d'une simple estimation lorsque la preuve du préjudice est « trop difficile ou trop coûteuse » (2:105). Le PCCR se bornent, nous l'avons vu, au renvoi à la loi nationale pour la réparation des préjudices personnels et moraux. Plus ponctuellement, le silence s'observe également sur des questions importantes comme les prédispositions de la victime, dont l'incidence est encadrée par la jurisprudence française et évoquée par les projets de réforme (exemple : 1379-2 projet Catala). Les deux projets laissent donc, par défaut, licence à la liberté judiciaire en la matière, et s'avèrent de ce fait **compatibles** avec chaque législation nationale plus détaillée, au point donc d'y parfois renvoyer. Au vrai, si elle doit un jour advenir, l'uniformisation surgira sans doute d'une autre réflexion, conduite à l'échelle européenne sur l'indemnisation du dommage corporel (cf. groupe de travail de Trèves etc...).

Dans ce « monde du silence » européen, il faut faire une place particulière à la barémisation des atteintes à la personne, pour simplement souligner - en se penchant sur les seuls barèmes d'évaluation des préjudices corporels - que la pratique actuelle très officieuse mais réelle de ces guides d'évaluation a reçu un écho réel dans certains projets de réforme français (art. 59 du projet Terré : barème d'indemnisation réglementaire, liant le juge sauf décision motivée ; prop. Lefranc du 16 fév. 2010, art. 11, pour les accidents de la route, évoquant un « référentiel qui risque en pratique d'être assez proche). Une nouvelle fois, il s'agit là d'un débat « franco-français » ou « nationalo-national »³ dans le détail duquel ne descendent ni les PETL ni le PCCR. La compatibilité ne peut s'affirmer ni s'infirmier, dans cette forme d'indifférence réciproque...

Les projets européens redeviennent exploitables lorsqu'il est question d'une autre facette de la réparation intégrale : tout le dommage mais **rien que le dommage**, ce qui proscrit les cumuls d'indemnisation entre l'indemnité perçue du responsable et les prestations de tiers payeurs. Ainsi, les PETL (art. 10:103) énoncent que les « avantages perçus doivent

³ V. sur ces points l'enquête du GRERCA en réponse au questionnaire européen.

être pris en compte », sauf « objet » inconciliable, tandis que le PCCR exclut de prime abord cette prise en compte des prestations sauf si la solution inverse est « juste et raisonnable » (art. 6:103 (1)), spécialement en raison de leur « but ». Que l'on raisonne en tant qu'objet ou en tant que finalité, que l'on énonce un principe de cumul assorti d'exceptions ou l'opposé, il ne semble pas qu'un tel hiatus règne entre les PETL et le PCCR, qu'il interdise une synthèse autour du droit français hostile au cumul des prestations indemnitaires, d'assurances sociales ou privées, mais autorisant celui des bénéficiaires de prévoyance, à l'instar des assurances de personnes forfaitaires. La solution sort au demeurant confortée des projets de réforme (art. 1379-4 à 6 projet Catala incluant une liste des prestations ouvrant droit à recours et une définition des prestations indemnitaires art. 56 projet Terré, recours légal pour les prestations indemnitaires d'assurance personnelle). **Une terminologie uniforme** (indemnitaire...) serait-elle envisageable ou des obstacles irréductibles demeurent-ils en ce domaine ? On songe aux difficultés d'identification des prestations indemnitaires en droit positif français, au débat sur la nature des rentes d'accidents du travail... non encore entièrement résolu *de lege lata* malgré la loi du 21 décembre 2006. L'obstacle n'est pas insurmontable, dès lors que **le cadre général du non cumul est homogène**, mais on ne trouve à ce stade aucune règle européenne plus précise ni aucun renvoi expresse aux règles nationales, ce qui aurait été à la fois un mode de simplification et un signe d'abdication dans l'ambition uniformisatrice (rapp. *supra*, art. 7:105, concernant l'incidence sur la responsabilité des droits de la victime aux prestations de tiers payeurs (art. 7:105)).

B. - Les facteurs de modulation

La réception de ces facteurs, agissant à la baisse comme à la hausse, est typique d'une autre fonction assignée à la responsabilité civile, qui entre cette fois en voie de condamnation et plus seulement de compensation. Un tel objectif n'est pas formellement assigné dans les textes sous analyse, l'un des projets européens n'admettant qu'une fonction préventive accessoire aux dommages et intérêts (PETL, art. 10-101). Il n'en demeure pas moins que des outils se dévoilent au fil de la lecture, propres à mettre en œuvre cette fonction répressive.

- La répression peut, d'abord, s'entendre de celle du comportement de la victime. La faute qu'elle commet peut être « réductrice » de son indemnisation, sans que l'on discerne clairement dans les projets européens (art. 8:101 (1) et (3) PETL, art. 5:102 (1) et (2b) DFCR) s'il ne s'agit pas en réalité, d'un facteur d'exonération partielle tel que reconnu par le droit positif français, selon une conception plus compatible avec la réparation intégrale puisque le droit de la victime est diminué, mais intégralement satisfait. Quoi qu'il en soit, il ne semble pas que l'appréciation souveraine des juges du fond français soit incompatible avec la prise en compte flexible de la faute contributive par les PETL, selon des proportions « justes » ou « tout autre élément » contributif (art. 8:101 (1)), **cette convergence** valant *a fortiori* au regard du PCCR où le principe est la réduction de la réparation selon le degré de la faute contributive (5:102). Cependant, deux **limites** à un tel rapprochement méritent aussitôt d'être soulignées : le PCCR proclame l'indifférence de la faute « insubstantielle » (art. 5:102 2 b) - pendant de la règle *de minimis* énoncée pour le dommage (6:102) ? - lors même que le droit français, dans sa conception sinon dans sa pratique judiciaire, s'adosse à l'unité de traitement de la faute civile quelle qu'en soit la gravité. Et surtout, on ne trouve aucune référence dans les projets européens à une obligation pour la victime de minimiser son dommage, prévue *de lege ferenda* - dans le sillage d'autres droits

nationaux⁴ - par les trois projets de réforme français (art. 1371 du projet Catala, 53 du projet Terré, 1386-26 de la proposition Bételle) sauf atteinte corporelle supportée par la victime.

- En focalisant maintenant l'attention sur le comportement de l'auteur du dommage, il importe d'apprécier si une fonction punitive, allant en tous cas au delà de la seule compensation du dommage, peut être octroyée à la responsabilité civile. Force est de constater qu'une ligne de force - de convergence ou de divergence - s'avère délicate à tracer. **Convergence, mais très partielle**, entre les seuls PETL et le droit français qui ne laissent pas de place à cette forme de condamnation, même s'il existe quelques linéaments dans les régimes spéciaux (faute inexcusable pour les accidents du travail) et s'il serait ingénu d'ignorer que la marge d'appréciation du juge autorise, dans un cas comme dans l'autre, une majoration larvée des sommes allouées au vu de la gravité de la faute commise. **Convergence, tout aussi partielle**, mais cette fois entre le PCCR et certains des projets de réforme français, qui entrouvrent la porte aux dommages et intérêts sinon punitifs, du moins restitutoires. En effet, le PCCR autorise le « recouvrement de tout avantage obtenu en relation avec le dommage » (art. 60:101 (4)), tandis que le projet Terré règle le sort de la faute lucrative qui peut permettre au juge d'allouer, par décision spécialement motivée, « le montant du profit retiré par le demandeur » (art. 54). L'un et l'autre n'envisagent la restitution du profit retiré qu'en tant qu'*alternative* au rétablissement - voire sous condition que cela soit *raisonnable* (PCCR). **Divergeant** de cette philosophie strictement restitutoire, la proposition Bételle évoque des dommages et intérêts « punitifs » réprimant « l'enrichissement que la seule réparation du dommage n'est pas à même de supprimer » (art. 1386-25), certes plafonnés au double du montant des dommages et intérêts compensatoires, mais *cumulables* avec ceux-ci. L'avant-projet Catala est encore plus accueillant, puisqu'il n'impose que de distinguer clairement les deux formes de dommages et intérêts, ceux réprimant la commission d'une faute lucrative étant inassurables (art. 1371). Pour autant, une intersection apparaît - avec la seule proposition Bételle - dans la faculté d'affecter partiellement les sommes non compensatoires à un Fonds d'indemnisation (1386-25) ou au Trésor Public (art. 1371).

Ce constat mitigé de semi convergences s'estompe néanmoins dans une hypothèse de **divergence complète** : la prise en compte de facteurs extérieurs au comportement des parties. Rien ne s'aperçoit sur ce plan en France, *de lege lata* comme *de lege ferenda*, lors même que les PETL admettent avec précaution une réduction des dommages et intérêts s'ils constituent une charge oppressive pour le défendeur (10 401), et que le PCCR s'y résout en cas de faute non intentionnelle lorsque l'engagement de la responsabilité serait sans proportion eu égard à l'étendue du dommage ou aux moyens de le prévenir (6:202).

II. - La forme de la réparation :

Concernant la forme, ou plutôt *les* formes de la réparation car celles-ci ne sont jamais *uniformes* à quelque échelon qu'elles s'envisagent, nous suivons l'ordre des questions débattues lors des travaux du GRERCA, soit l'étude de l'alternative entre la réparation en

⁴ V. réponses sur ce point à l'enquête du GRERCA précitée.

nature et celle par équivalent (A), puis celle des modalités de cette dernière en cas de dommage corporel, par allocation d'une rente ou d'un capital (B).

A. - Réparation en nature ou par équivalent

Le choix même des termes de l'alternative participe de l'exercice de synthèse. On sait en effet que la réparation en nature peut s'entendre *largo sensu* comme tout mode de réparation propre à effacer totalement ou partiellement le préjudice, y compris par la voie financière - telle une somme compensant une perte de revenus - tandis que la réparation par équivalent elle aussi conçue *lato sensu* peut impliquer une prestation non pécuniaire, comme le remplacement d'une chose fongible par une autre. Dans cette voie téléologique, la réparation en nature est un mode privilégié et la réparation par équivalent devient un mode subsidiaire. Une autre conception de l'alternative consiste à envisager les formes de la réparation selon leur objet, pécuniaire ou non pécuniaire, la qualification de réparation en nature *stricto sensu* étant réservée à cette seconde hypothèse. Une telle conception objective relativise d'autant la prévalence de la réparation en nature, et s'adapte plus aisément à un régime optionnel, tant à l'égard du juge que de la victime. Elle apparaît la plus adéquate à la présentation comme à la comparaison.

De fait, les PETL (art. 10-101/10-104) distinguent bien l'allocation de dommages et intérêts et la réparation en nature, tandis que le Cadre commun énonce que la réparation peut se faire en argent (compensation) ou d'une autre façon (art. 6:101 §2). Le droit positif français n'a certes pas pris clairement partie pour une telle dichotomie, comme l'atteste la variété des présentations doctrinales de la réparation ou l'absence de directive précise sur ce point de la Cour de cassation, mais est-ce son rôle ? Cependant, la Haute juridiction ne semble pas imposer la hiérarchie que devrait induire une conception téléologique des formes de la réparation, tandis que le régime de l'obligation monétaire est irréductible à tout autre. *De lege ferenda*, le concept de réparation en nature est expressément formulé par les différents projets. Cependant, si la proposition de loi Bételleille maintient la dichotomie réparation en nature/par équivalent (art. 1386/22 et s.), l'avant projet Catala (art. 1368), comme le rapport Terré, opinent en faveur d'une distinction entre nature et dommages/intérêts (art. 51 spéc. *in fine*). **Une convergence** avec les projets européens s'esquisse donc dès ce stade. Qu'en est-il des régimes subséquents ?

Les PETL, en première analyse, paraissent instaurer une hiérarchie, la réparation pécuniaire étant mise au premier plan tant en général (art. 10:101) qu'à l'égard des choses, où l'estimation des dommages et intérêts correspond en principe à la valeur de la chose, sauf réparation ou remplacement qui peuvent ouvrir droit, dans la limite du raisonnable, à l'allocation d'une somme supérieure à sa valeur (art. 10-203 : équivalent *lato sensu*). Cependant, lorsque cela s'avère « possible » et « pas trop lourd » pour le défendeur (art. 10-204), la réparation en nature peut être demandée par la victime. Sous la hiérarchie, perce alors le nivellement, par l'option assez large accordée au demandeur, et seulement bornée par ces standards souples auxquels nous accoutument les Principes. Le PCCR est encore plus net sur ce plan, puisque l'article 6:101 § 2 dispose, nous l'avons observé, que la réparation peut se faire en argent ou d'une autre façon (*i.e.* : en nature), non point en vertu d'un mode privilégié *ex ante* mais selon une aide à la décision souple, *ex post*, « ce qui convient le plus eu égard à la nature et l'étendue du dommage subi, ainsi qu'à toutes les autres circonstances de l'affaire ». Se dissipe ainsi l'impression de supériorité de la réparation en nature, que l'on aurait pu augurer du § 1 6:101, définissant la réparation comme le rétablissement de la victime dans sa position antérieure au dommage. Ce retour à l'équivalence des formes de

réparation s'observe également en cas d'atteinte à une chose (art. 6:101 § 3), puisque des dommages et intérêts égaux à sa dépréciation seront alloués dès lors que les frais de remise en état apparaissent déraisonnables. Cependant, la titularité de l'option éloigne le PCCR des PETL. Ouverte à la victime par les Principes, elle demeure semble-t-il de l'office du juge dans le Projet (6:101 § 2, 6:201 *a contrario* pour l'atteinte corporelle).

L'examen du droit français montre que, si la pratique s'établit largement en faveur de l'octroi de dommages et intérêts par le juge judiciaire, aucune hiérarchie ne s'est en vérité imposée à ce dernier, y compris chez les juges du fond laissés souverains - en opportunité - par la Cour de cassation. Hormis le cas particulier de l'exécution contractuelle Nous sommes ici au rebours du droit anglais ou en sens opposé - favorable à la réparation en nature - du droit allemand ou belge. Un pragmatisme digne d'une « boîte à outils » anime la matière, ceci étant d'autant plus remarquable que la supériorité théorique de la réparation en nature *lato sensu* est souvent soutenue, et sans doute parce que les dommages et intérêts, nous l'avons vu, ne se bornent pas à fournir un équivalent mais peuvent aussi réaliser la *reparatio in natura*. Quant aux projets de réforme, celui du groupe Catala affirme clairement la liberté et l'équipollence du choix du juge (art. 1368) tandis que celui du groupe Terré, bien qu'évoquant parfois les dommages et intérêts en tant que simple adjuvant de la réparation en nature (art. 51 al.1), laisse le magistrat « libre de déterminer le mode de réparation adéquat » (art. 50). Cette liberté dans la *jurisdictio* nous semble un test essentiel à la validation ou l'infirmité de l'équivalence des formes de la réparation, même si celle-ci peut aussi s'induire d'objectifs partagés, ce qu'accrédite le rapport Catala (mais non le projet Terré, cf. art. 51) en évoquant la suppression du dommage par la réparation en nature (art. 1369) tout en assignant aux sommes d'argent une fonction qui peut être identique de remise en situation antérieure au dommage (art. 1370). Même si une communauté d'objectifs peut aussi y être aperçue, seule la proposition Béteille apparaît somme toute en décalage vis à vis des précédents constats (1386/22 et 24), puisque l'allocation de dommages et intérêts y figure à titre subsidiaire, postulant une demande de la victime ou l'impossibilité de la réparation en nature (art. 1386-24).

Sous cette réserve, il n'y a donc, au bilan, que des nuances entre notre droit national et les projets européens qui **convergent dans l'équilibration des deux formes de réparation**. On ajoutera que cette impression s'accroît lorsque peut s'observer une **recherche commune** de standards à disposition du juge, sinon une recherche de standards communs. Aussi bien, la *convenance* du PCCR (*supra*) trouve en écho de droit positif l'*adéquation* du mode de réparation, contrôlée cette fois par la Cour de cassation, mais sur laquelle demeurent silencieux les projets nationaux. De silence, il va encore être question désormais, sans que l'on sache - comme la bouteille à moitié vide ou pleine - s'il convient d'en faire un facteur supplémentaire de divergence ou de convergence, d'omission délibérée ou d'embaras.

Ainsi, l'on peine à cerner l'effectivité de l'incidence du choix de la victime entre telle forme ou telle autre de réparation, au nom du principe dispositif. Les PETL lui laissent le droit de demander une réparation en nature - « possible et pas trop lourde » - au lieu de dommages et intérêts (art. 10-104), lors même que le PCCR n'envisage que le choix du juge. Le monopole identique du magistrat français, traditionnellement affiché, ne tend-il pas à se fissurer à l'aune de décisions récentes refusant d'imposer une réparation en nature à la victime ? On scrute dès lors avec d'autant plus d'intérêt les projets français. La proposition de loi Béteille est la plus explicite, qui fait de la demande de la victime la clef de l'octroi de dommages et intérêts se substituant à la réparation en nature (art. 1386-24 al. 2), hypothèse à dire vrai la moins problématique. Rien ne figure à l'opposé quant à la demande de substitution

d'une réparation en nature à celle d'ordre financier, ni *a fortiori* dans les projets Catala et Terré qui demeurent taisant sur ces situations, sauf à évoquer (projet Terré, article 51 al. 3) une substitution n'émanant pas du demandeur mais bel et bien du défendeur, qui peut offrir la réparation en nature plutôt que des dommages et intérêts. Conséquemment, une réflexion mériterait d'être poussée afin **d'affirmer clairement le droit de la victime à un choix**, car dans la compensation il y a aussi la satisfaction, sauf excès à l'égard du défendeur ou perturbation de tiers. Le schéma n'est pas incongru, quand on songe à la liberté d'affectation des sommes obtenues, acquise en droit positif et prospectif français (projet Terré- art. 55 - Catala - art. 1377), mais sous couvert de dérogations dans des circonstances particulières. Si pareille liberté, affirmée par le Projet pour les seules personnes blessées (6:201), ne rencontre ni approbation ni improbation dans les Principes, silencieux sur ce point, l'affirmation sans équivoque de l'option de la victime faciliterait dans son sillage **une convergence** sur ce dernier plan.

B. - Allocation d'une rente ou d'un capital

Chaque mode d'allocation des dommages et intérêts a ses vices et vertus : rapidité et sûreté pour le capital - mais risque de dilapidation - adaptation et protection pour la rente - mais insécurité financière accrue du créancier. Ce bilan contrasté explique sans doute en partie les divergences entre les projets européens, les PETL (art. 10:102) laissant le choix au juge en ce domaine, tandis que le PCCR (art. 6:203) prône l'allocation d'un capital sauf juste motif de règlement périodique. Quant au droit français, le principe actuel du libre choix par le juge, fût-ce à l'encontre du souhait de la victime, n'exclut pas une pratique majoritairement orientée vers le capital sauf incapacité permanente obérant toute reprise d'activité ou inaptitude à gérer les sommes reçues en une fois. Le projet Catala (art. 1376) s'inscrit dans cette logique de choix judiciaire sauf exceptions qui ont alors le mérite d'être formalisées au point d'exiger une motivation spéciale de rejet (art. 1379-3). Il s'agit du gain professionnel manqué, de la perte de soutien matériel ou de l'assistance d'une tierce personne, justifiant le versement d'une rente indexée. L'option identique de la proposition Bételle ne cède (art. 1386-29), qu'en deçà d'un montant fixé par décret, une priorité étant alors établie pour le règlement en capital. Faut-il alors, pour trancher, rechercher le *plerumque fit* des projets européens et français ? Si tel était le cas, **la préférence serait au choix du juge**, tout étant alors question d'amplitude dans les dérogations que fonde la nature, voire le montant du dommage ou la condition de la victime. Bien que nul ne conteste enfin que le choix doit être conforme aux intérêts de la victime, l'unanimité s'efface lorsque il s'agit d'admettre que ces intérêts puissent impliquer aussi son droit d'exiger une rente, le principe dispositif étant à nouveau sacrifié par omission... Une motivation renforcée de rejet s'imposerait en toute hypothèse, par symétrie avec le juste motif d'admission de la rente...