

La procédure d'indemnisation et le rôle de l'assurance

Rapport français provisoire - C. Boillot - 26 nov. 2012

1. Le double objectif de la loi de loi du 5 juillet 1985¹ relative aux accidents de la circulation ressort de son intitulé : « *l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation* » d'une part, « *et l'accélération des procédures d'indemnisation* », d'autre part. Aux côtés des modifications substantielles, les procédures d'indemnisation que cette loi encadre constituent une innovation importante de cette loi.

La perspective retenue se veut pragmatique, afin que l'indemnisation se réalise effectivement dans des délais raisonnables, alors que l'importance du contentieux des accidents de la circulation devant les Tribunaux était massive, et la longueur des procédures, tant judiciaires qu'amiabes, largement dénoncée avant cette date, ce qui plaçait les victimes en difficultés, (les délais étaient de l'ordre de 31 mois pour obtenir une décision de justice et 21 mois pour conclure une transaction en 1985²). Promouvoir la voie amiable, encore sous-employée, permettait certainement de tendre vers cet objectif, mais pas à n'importe quel prix ! De ce point de vue, la loi cherche à garantir *une information effective* des victimes³, et une *réparation intégrale du dommage*, quelle que soit la voie choisie, puisque l'offre proposée par l'assureur « *comprend tous les éléments du préjudice indemnisable*⁴ ». C'est ce vers quoi tend la procédure d'offre, envisagée ici, qui a inspiré directement les procédures d'indemnisation ou offres devant tous les fonds d'indemnisation⁵.

2. L'amélioration du sort des victimes d'accident de la circulation passait donc tant par des réformes de fond, de droit substantiel, touchant au droit à l'indemnisation (faciliter l'action des victimes et limiter les causes d'exonération), que par l'amélioration des procédures, des processus d'indemnisation judiciaire et amiable, à la fois plus sûrs et plus rapides. Ces deux aspects sont intimement liés dans la loi Badinter⁶.

¹ Loi n° 85-677

² Indemnisation des victimes d'accidents de la circulation, colloque du 28 octobre 1985, colloque de l'AIDA, LGDJ 1985, présentation générale de la loi par J. Bigot p. 9

³ Art. L. 211-10 et L. 211-11 c. ass., mais aussi L. 211-23 avec le fichier AGIRA dont la mise en œuvre ne semble d'ailleurs à l'heure actuelle pas encore très satisfaisante. Pour l'information sur le délai de dénonciation dans l'offre de transaction également L. 211-16 c. ass.

⁴ Art. L. 211-9 c. ass.

⁵ FGAO FGTI, devant l'ONIAM. C'est le système de la loi de 1985 qui a servi de modèle. Cf. art. 706-5 -1 cpp devant le fonds de garantie pour les victimes d'infractions et d'acte de terrorisme.

A cet égard, le nouveau dispositif d'indemnisation des victimes du médiateur issu de la loi du 29 juillet 2011, dispositif adossé à l'ONIAM, ne fait pas exception (J. Knetsch, Le nouveau dispositif d'indemnisation des victimes du médiateur issu de la loi du 29 juillet 2011, RCA déc. 2011, Etude n° 14 p. 6.). Perspective réaliste, dont devraient sans doute s'inspirer les autorités européennes lorsqu'elles entendent promouvoir le règlement extrajudiciaire des litiges, le « REL », dans les litiges de consommation.

⁶ Si le droit substantiel est incertain, la sécurité juridique des conventions d'indemnisation s'en ressent. Inversement, il ne sert à rien d'améliorer le fond du droit, si l'on ne garantit pas des processus amiables permettant d'obtenir une indemnisation à la fois rapide satisfaisante et effective, sans quoi les victimes délaisseront cette voie.

La conclusion d'accords amiables, est envisagée au travers d'un processus encadré⁷. Ainsi, cette loi met en place des contrôles et des sanctions, en amont de la conclusion de l'accord amiable d'indemnisation, mais également en aval, l'exécution effective de la transaction étant elle aussi contrôlée⁸, contrôles renforcés notamment pour les victimes mineures ou majeures protégées⁹. Avec en outre, la protection qu'offre le droit de dénonciation de la transaction dans les 15 jours de sa conclusion¹⁰, et la réserve de l'indemnisation complémentaire en cas d'aggravation¹¹.

Le processus n'est pas une alternative pure et simple à la procédure juridictionnelle. Le juge peut en effet intervenir, en amont, lors de la négociation de l'accord, en vue de désamorcer les germes de litige, et de garantir que l'accord respecte certains équilibres, mais aussi en aval pour s'assurer de son exécution effective. La procédure d'offre est donc susceptible de générer un contentieux, censé tarir cependant le contentieux en aval, ce qui sécurise l'efficacité des accords amiables qui en sont issus, conclus dans le contexte d'une relation structurellement inégalitaire¹².

Les « procédures d'indemnisation »

3. Il faut certainement employer le pluriel, pas seulement dans le souci de reprendre les termes mêmes et de la section VI du Code des assurances, qui regroupe les textes dont il est question ici, au sein d'un titre I^o: ce pluriel traduit que la mise en œuvre du droit à l'indemnisation peut revêtir plusieurs formes.

La procédure d'indemnisation peut d'abord être **judiciaire ou amiable**. La loi consacre d'ailleurs un *choix de la victime*: elle n'est jamais tenue d'accepter l'offre d'indemnisation amiable qui lui est proposée, ce qui a récemment soulevé certaines interrogations sur le respect du droit au juge de l'assureur. Pour accélérer les procédures judiciaires, le contentieux des accidents de la circulation relève d'un *juge unique*¹³.

4. Pluriel, à plus forte raison depuis 2003, au sein des procédures amiables. La loi a alors ajouté à la **procédure d'offre** obligatoire initiale de l'assureur, **dite ordinaire ou « spontanée »**, *en cas de préjudice corporel*¹⁴, **la procédure d'offre accélérée ou « provoquée »**, **par une demande de l'assuré**¹⁵, *quel que soit le type de préjudice en cause*, demande à laquelle l'assureur se doit de répondre, en proposant une évaluation

⁷ cf. art. L 211-8 s. C. ass. pour les assureurs, et des art. L 421-1 c. ass., pour le fonds devenu FGAO

⁸ Art. L. 211-17 c. ass.

⁹ Dans ce cas, le juge des tutelles doit même être avisé des paiements, à peine de nullité de celui-ci.

¹⁰ Art. L. 211-16 c. ass.

¹¹ Art. L. 211-19 c. ass., le délai d'action est de 10 ans art. 2226 c. civ.

¹² Tant sur le plan du rapport de force (la victime étant affaiblie par l'accident), que sur le terrain de l'information

¹³ Art. R. 211-8 COJ.

¹⁴ Art. L. 211-9 c. ass. al. 2 et 3.

¹⁵ Art. L. 211-9 c. ass. al. 1. La procédure accélérée a à la fois un champ d'application plus vaste et plus étroit que celui de la procédure originelle. Plus vaste, car l'offre obligatoire proposée par l'assureur concerne tant les préjudices corporels que matériels, seraient-ils les seuls provoqués par l'accident. Plus restreint, car l'obligation ne s'impose qu'en l'absence de contestation sur la responsabilité, pour un dommage entièrement quantifié. La coordination entre les deux procédures est garantie dans le temps (Art. L. 211-9 4^o alinéa du texte), « en tout état de cause, le délai le plus favorable à la victime s'applique ». Les sanctions légales étant indistinctement applicables aux deux procédures.

de l'indemnisation, soumise à des délais plus brefs encore, **dans le cas où la responsabilité n'est pas contestée et le dommage quantifié**. Dans l'un et l'autre cas, il peut s'agir **d'offres provisoires ou d'offres définitives**, émanant de l'assureur et adressées aux victimes, afin d'éviter que celles dont l'état n'est pas consolidé aient trop à attendre.

5. Pluriel aussi, puisque la **procédure en principe à la charge de l'assureur**, relève parfois **du FGAO**. Ce dernier propose l'offre chaque fois que l'auteur de l'accident est inconnu, ou bien qu'il n'est pas assuré, voire si l'assureur était insolvable¹⁶. Pluralité des procédures donc, mais aussi pluralité des acteurs de ce processus.

Les acteurs des « procédures d'indemnisation ».

6. L'assureur « *qui garantit la responsabilité civile d'un véhicule terrestre à moteur*¹⁷ », sur lequel le propos sera centré, joue un rôle central dans la procédure d'offre, en tant qu'initiateur¹⁸. Le processus, qui reste ancré sur la responsabilité civile et non celui de l'assurance directe, associe pourtant d'autres intervenants.

- Le **médecin**, est associé à la procédure d'offre afin de présenter une offre complète, couvrant tous les chefs de préjudice, comme l'exige la loi, et pour protéger les intérêts de la victime. La loi garantit le libre choix par la victime du médecin qui l'assiste¹⁹, pour un meilleur respect de ses droits, le patient étant informé qu'il a accès à son dossier médical²⁰. Le médecin émet un avis technique argumenté et documenté : l'assureur n'est tenu de faire une offre détaillée que sur la base des seuls éléments connus de lui, tels qu'ils figurent dans le rapport d'expertise médicale, selon la jurisprudence²¹.

- Le processus fait encore intervenir **l'avocat**, ou le conseil librement choisi par la victime, comme le garantit là encore la loi²², afin d'assurer une meilleure information juridique et un meilleur équilibre du rapport de force²³.

- Y sont enfin associés, les **tiers payeurs**, en vue de mieux mesurer l'étendue exacte du droit à réparation de la victime, et ce qui lui a déjà été versé : ils sont tenus

¹⁶ Art. L 421-1 c. ass. a) et b) et c). La question de l'opposabilité de cette transaction à l'auteur de l'accident a d'ailleurs suscité des remous jurisprudentiels récemment. L. Bouchet, *Le recours du FGAO*, RCA 2012 Dossier 26 n° p. 39

¹⁷ Art. L 211-9 c. ass.

¹⁸ Si plusieurs assureurs sont impliqués, l'un peut être mandaté par les autres, ce qui renvoie déjà à un phénomène de médiation collective fondée sur le mandat Art. L 211-9 al. 5 c. ass et convention ICA qui définit les conditions et modalités de désignation de l'assureur mandaté.

¹⁹ Et pas nécessairement le médecin désigné par l'assureur Art. L 211-10 et R. 211-43 c. ass. comme le garantit la loi. H. Bejui-Hugues, *La place du médecin dans la loi du 5 juillet 1985*, RCA 2012 Dossier 20

²⁰ Depuis la loi du 4 mars 2002

²¹ Civ. 2, 16 oct. 2008, n° 07-18253, et l'on en peut reprocher à un assureur d'avoir omis de présenter une offre incluant des frais d'aménagement et le préjudice sexuel, éléments dont ni la victime ni le rapport d'expertise ne faisaient état lors de la formulation de l'offre. Civ. 2, 16 sept. 2010, RGDA 2011 p. 109 et le dépôt d'un nouveau rapport ne lui impose pas de formuler une nouvelle offre dès lors qu'il a formulé une offre régulière au regard du premier rapport.

²² Art. L 211-10 C. ass.

²³ Le recours à la convention de procédure participative, qui garantit une assistance des avocats prise en charge par l'aide judiciaire pourrait, de ce point de vue, rééquilibrer le rapport de force des négociations, quoiqu'elle fasse peut-être doublon avec le processus amiable contraignant de la loi.

informés du processus pour que l'accord amiable leur soit opposable²⁴. Cela permet de tendre vers une réparation intégrale du préjudice.

7. S'agissant des textes, la procédure d'offre du Code des assurances paraît quasi inchangée depuis 1985, la réforme de 2003 mise à part. Celle-ci ne fait toutefois qu'accroître la rapidité de traitement dans les cas les plus simples, et ne modifie pas le rôle central de l'assureur. Faut-il en déduire que ce processus n'ait suscité aucune difficulté ? Trente cinq ans de contentieux des accidents de la circulation ont certes éclairci le fond du droit, contentieux abondamment commenté, mais aussi, plus discrètement, les contours des procédures d'indemnisation. Ces procédures subissent encore de plein fouet des assauts récents, tant sous l'angle du respect du droit au juge, que sous l'angle du droit des contrats spéciaux, les deux questions n'étant pas sans lien l'une avec l'autre.

I - Les procédures d'indemnisation confrontées au droit processuel

8. *Les bilans réalisés à l'occasion des anniversaires de la loi de 1985 relèvent que la procédure d'offre a contribué à limiter le contentieux en la matière par l'effet des multiples règlements amiables qui interviennent²⁵. La cadence imposée par la loi favorise également un traitement plus rapide des dossiers amiables : on est ainsi passé de près de deux ans, à moins d'un an, le plus souvent. L'exigence d'une offre détaillée ouvre un dialogue plus précis entre assureurs et victimes sur l'ensemble des chefs de préjudice. L'accélération du traitement a également été confortée par la réforme de 2003. En dédoublant la procédure d'offre elle accélère les délais de traitement, lorsque le dommage est quantifié et que la responsabilité n'est pas contestée. L'adoption, au moins implicite de référentiels d'indemnisation, qui s'inscrivent d'ailleurs dans la logique initiale de la loi de 1985 ouvre encore de nouvelles perspectives, en permettant une meilleure prise en compte de tous les chefs de préjudice. Ces référentiels, en facilitant la comparaison permettent un rapprochement avec les indemnisations judiciaires, ce qui pourrait atténuer certains écarts dénoncés, sur la base d'une information plus précise des victimes²⁶.*

9. La voie amiable ne traduit pas pour autant une alternative pure et simple au procès puisque s'est en contrepoint développé un contentieux de la procédure d'offre en cas d'offre tardive ou manifestement dérisoire. Les études réalisées par Evelyne Serverin ont néanmoins montré, qu'il a contribué à tarir le contentieux sur les vices du consentement, après la conclusion de l'accord amiable²⁷.

²⁴ Art. L 211-11 et Art. L 211-12 ainsi que R. 211-40 s. C. ass.

²⁵ D. Denarie, *Les apports essentiels de la loi sur la mise en œuvre du droit à l'indemnisation*, in Loi Badinter : le bilan de 20 ans d'application, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2006 p. 67 et Accidents de la circulation : la loi Badinter Aujourd'hui et demain RCA 2012 Dossier 15.

J. Knecht soulignait récemment dans sa thèse, que les procédures d'indemnisation de la loi de 1985 ont constitué des laboratoires d'un droit l'indemnisation qui cherche à canaliser une part du contentieux hors des tribunaux, et à pacifier les rapports sociaux en offrant une alternative sérieuse à la mise en œuvre de l'action en indemnisation devant les juridictions.

²⁶ Les fichiers de l'AGIRA devraient alors gagner en lisibilité.

²⁷ E. SERVERIN, « Le règlement des conséquences des accidents de la circulation entre transaction et juridiction », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends* sous la direction de P. Ancel et M-C. Rivier, VIII colloque du CERCRID 11-12 déc. 1998, Etudes juridiques, Economica, 2001 p. 98.

10. Alternative au procès, les procédures d'indemnisation devraient échapper au droit processuel. Elles doivent cependant précisément rester une alternative à une action en justice, de sorte que l'autre voie, celle du prétoire, doit rester ouverte. L'enjeu est crucial pour les victimes, notamment en cas de préjudice corporel grave, où l'indemnisation amiable n'est pas toujours plus rapide, et où les garanties du procès et de l'évaluation par un juge devraient les orienter vers une indemnisation judiciaire plus sécurisante. Or, ce droit d'accès au juge a suscité des difficultés récemment. Non pas tant le droit au juge de la victime qui peut toujours refuser l'offre amiable et se tourner vers les tribunaux, que celui des assureurs, pour qui le processus est largement contraint. Se fondant tour à tour sur le contrôle de conventionalité, puis sur le contrôle de constitutionnalité, ils ont alors invoqué une atteinte à leur droit d'accès au juge. Les sanctions mises en œuvre par le code des assurances focalisent l'attention des plaideurs, notamment l'article L. 211-13 c.ass.

1/ Un processus contraint qui ménagerait le seul droit au juge de la victime ?

11. **Le processus amiable de l'indemnisation des accidents de la circulation est largement contraint, du moins du côté de l'assureur, en vue de rendre l'offre automatique et la plus complète possible.** La loi impose donc à l'assureur des délais, mais aussi *un contenu*, la présentation d'une offre détaillée, comportant tous les chefs de préjudice, à peine de sanctions, dans un laps de temps déterminé. Ce processus contraint confère à l'offre son automaticité : il a permis d'accélérer l'indemnisation effective des victimes depuis 1985. L'efficacité du dispositif de la loi Badinter repose sur un contrôle judiciaire exercé sur la procédure de négociation d'une part, et sur des sanctions²⁸, qui cristallisent le contentieux sous l'angle du respect des droits fondamentaux et du droit processuel, d'autre part.

a - Contraint le processus l'est d'abord parce que les rôles sont nettement assignés, de sorte que le processus paraît largement « imposé » à l'assureur.

12. - L'auteur de l'offre, débiteur légal des principales obligations que la loi institue, est l'assureur de responsabilité d'un véhicule impliqué. Ce, y compris dans le nouveau schéma de l'offre « provoquée » de 2003, où la victime se borne à demander à l'assureur qu'il fournisse une offre d'indemnisation. Dans tous les cas, la proposition ferme et précise d'indemnisation amiable émanera donc de l'assureur. Assez logiquement, la charge de la preuve qu'il s'en est acquitté pèse sur l'assureur²⁹, en vertu de la jurisprudence, pour échapper aux sanctions.

13. - Les bénéficiaires de l'offre détaillée, sont la victime directe, ayant subi un préjudice personnel, ou ses ayant-droits : le conjoint ou ses héritiers³⁰. Aucune distinction n'est faite entre conducteur fautif ou non, du point de vue de la procédure d'indemnisation : le processus se veut neutre. Les victimes ayant subi un préjudice purement matériel n'entrent en revanche que dans l'orbite de la procédure d'offre

²⁸ Art. L 211-13 et L. 211-14 c. ass.

²⁹ Civ. 2, 24 février 2000, Bull. II n° 29, RCA 2000, com. 153.

³⁰ Crim. 16 mai 2006, n° 05-85667 l'offre est faite aux héritiers, sans qu'ils aient à formuler de réclamation, tant pour leurs préjudices directs que par ricochet.

nouvelle formule, si elles ont formulé une demande d'indemnisation et que la responsabilité n'est pas sérieusement contestable. Cela traduit un souci de protection plus marqué des victimes d'accidents corporels, seules visées par les art. L 211-9 al 2 et 3 c. ass.

b - Contraint le processus l'est aussi parce que les délais et le contenu de l'offre, relèvent de contraintes légales qui s'imposent à l'assureur.

14. - L'offre dont il est question, est selon les cas une offre *provisionnelle* ou *définitive*, suivant que l'état de la victime est ou non consolidé. Ainsi, si l'état de la victime, n'est pas stabilisé, cela allonge les délais d'indemnisation définitive³¹, cette dernière disposant entre-temps d'une provision qui ne la laisse pas démunie. Le défaut d'offre provisionnelle est lui-même passible des sanctions légales.

15. - C'est une offre que l'assureur formule de façon *spontanée*, en cas de sinistre corporel, quoique couvrant alors tous les chefs de préjudices, dans un délai de 8 mois à compter de l'accident, sous la réserve de la consolidation qui vient d'être rappelée. Le délai est même ramené à 3 mois, à compter de la demande d'indemnisation, dans la procédure d'offre provoquée, en l'absence de contestation sur la responsabilité, et si le dommage est entièrement quantifié³². Les points de départ, dans l'un et l'autre cas, n'étant pas les mêmes, on l'aura remarqué³³.

Pour mieux articuler les deux procédures d'offre - et des délais différents qu'elles prévoient-, il est même ajouté que le délai le plus favorable à la victime doit systématiquement jouer³⁴. Dans l'un comme dans l'autre cas, le non-respect des délais propres se traduisent, au demeurant, par les mêmes sanctions.

16. - L'offre, doit comprendre « *tous les éléments de préjudice indemnifiables, y compris les éléments relatifs aux dommages aux biens lorsqu'ils n'ont pas fait l'objet d'un règlement préalable* ». Il s'agit donc d'une offre détaillée, dans le souci de garantir le respect du principe de réparation intégrale, comme en cas d'indemnisation judiciaire. Cela suppose alors un échange d'information entre l'assureur et la victime³⁵. L'offre manifestement insuffisante, qui minorerait l'indemnisation ou incomplète, qui omettrait un chef de préjudice, peut dès lors être sanctionnée, puisqu'elle contrevient aux exigences légales.

L'objectif de ces contraintes est clairement de faire tendre l'indemnisation proposée vers une réparation intégrale, la plus proche possible d'une indemnisation judiciaire, objectif encore trop imparfaitement atteint.

³¹ Lorsque l'assureur n'est pas informé de la consolidation de l'état de la victime dans les 3 mois suivant l'accident, il doit faire une offre d'indemnisation provisionnelle dans un délai de 8 mois à compter de l'accident. L'offre définitive doit être faite dans un délai de 5 mois suivant la date à laquelle l'assureur a été informé de la consolidation (Civ. 2, 7 avril 2005, n° 03-17394).

D'autres causes de suspension des délais figurent aux articles R. 211-29s. c. ass.

³² Sur les autres causes de suspension des délais d'offre (cf. R. 211-29 s. c. ass.)

³³ Le délai court de la demande d'indemnisation dans l'offre nouvelle formule art. L. 211-9 al. 1 c. ass.

³⁴ Art. L. 211-9 al. 4 c. ass.

³⁵ Art. L. 211-11 et L. 211-12 c. ass.

c - Ces contraintes de détails de l'offre et de délais, sont rendues effectives par des sanctions pécuniaires prévues par la loi, à la charge de l'assureur, dont le bénéfice direct revient dans certains cas à la victime, dans d'autres au FGAO.

17. L'offre tardive traduit, dans l'esprit du législateur, une spéculation de l'assureur au détriment de la victime, souvent placée dans la nécessité de percevoir au plus vite l'indemnité. Il la sanctionne par une pénalité dont le montant, versé par l'assureur, revient directement à la victime. Elle correspond au double des intérêts légaux, à compter de l'expiration du délai dans lequel l'offre doit être formulée, et jusqu'au jour où l'offre est faite. Le juge peut la réduire, le cas échéant, en fonction des circonstances, si celles-ci ne sont pas imputables à l'assureur³⁶.

La sanction de l'offre manifestement insuffisante prémunit quant à elle la victime contre une sous-évaluation globale de l'indemnisation proposée, voire contre l'omission d'un ou plusieurs chefs de préjudice dans l'offre, qui contraindraient la victime à saisir la justice, ce qui contredit la logique de la procédure d'offre³⁷. La sanction se double. Le juge qui fixe l'indemnité verse d'une part, d'office une somme au plus égale à 15% de l'indemnité allouée qui reviennent en principe au FGAO, et non à la victime. Il dispose aussi d'un pouvoir de modulation de cette pénalité, dont le taux est seulement plafonné par le législateur. Cette pénalité joue comme une sorte d'amende civile³⁸, qui alimente le fonds de solidarité. D'autre part, s'y ajoutent le cas échéant des dommages-intérêts, pour compenser le préjudice causé par la sous-évaluation³⁹, apparemment plus rares⁴⁰. Le caractère insuffisant de l'évaluation s'apprécie au regard du rapport d'expertise médicale, et le dépôt d'un nouveau rapport n'impose pas de présenter une nouvelle offre⁴¹. Cela suppose de remonter au jour où l'offre est faite, et non à celui où le juge statuerait⁴².

18. La jurisprudence a précisé tant l'assiette de cette sanction que son domaine, dans le souci de la rendre effective, afin de garantir l'automatisme du processus et le caractère intégral de la réparation.

- *L'assiette* du doublement des intérêts légaux est celle de l'offre faite par l'assureur, du moins dès lors que son caractère insuffisant n'est pas relevé, précise un arrêt récent⁴³, et non le montant alloué par la juridiction saisie⁴⁴, ce qui est en général plutôt favorable à l'assureur. En revanche, elle comprend la totalité de l'indemnités due à la victime, et non le solde de ce qui reste dû déduction faite des provisions⁴⁵. Cette

³⁶ Art. L. 211-13 c. ass.

³⁷ Rapport de la commission des lois du Sénat com. art. L.211-14 c. ass. J. Landel RGDA 2011 p.744

³⁸ G. Viney, *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation*, LGDJ 1992 n° 94

³⁹ Civ. 2, 5 avril 2007, n° 06-12952, RCA 2007 com. 214.

⁴⁰ Lamy assurance 2012 n° 3020

⁴¹ Civ. 2, 16 septembre 2010, RGDA 2011 p. 109.

⁴² Civ. 2, 8 mars 2012 n° 11-14534, RGDA 2012 p. 695 n. J Landel

⁴³ Civ. 2, 12 avril 2012 n° 11-15997, RCA 2012 n° 205

⁴⁴ Civ. 2, 10 avril 2008, RCA 2008 Comm. 190 H. Groutel et RGDA 2008 p. 668.

⁴⁵ Civ. 2, 20 avr. 2000, Bull. II, n° 60; RCA 2000. Com. 228, Civ. 2, 19 févr. 2004: RCA 2004. Com. 135, Civ. 2, 15 avr. 2010, GP. 10 août 2010, p. 41, note Bernfeld; RGDA 2010. 707, note Landel.

créance d'indemnité s'apprécie avant imputation de la créance des organismes sociaux⁴⁶, ce qui est plus lourd, cette fois, pour l'assureur⁴⁷.

Et les indemnités courent entre la date à laquelle l'assureur aurait dû faire l'offre et celle à laquelle il a effectivement proposé une offre définitive⁴⁸, voire jusqu'à la décision judiciaire qui la fixe le cas échéant⁴⁹, si aucune offre n'était faite. Mais est cassé l'arrêt qui ferait courir la sanction jusqu'à la date du prononcé du jugement, sans tenir compte de la date de présentation de l'offre définitive pour sanctionner la tardiveté de l'offre provisionnelle, ce qui cette fois est plutôt favorable à l'assureur⁵⁰.

Il a également pu être précisé que la demande de liquidation des différents chefs de préjudice corporel, et la demande de paiement des intérêts majorés, en raison de la tardiveté de l'offre n'ont pas le même objet, de sorte que l'autorité de la chose jugée sur la première demande, ne peut faire obstacle à la seconde⁵¹.

- Quant à son *domaine*, elle s'applique à l'offre provisionnelle⁵², comme à l'offre définitive, à la procédure traditionnelle d'offre, comme à la procédure d'offre accélérée dans son domaine propre, et en tenant compte de ses délais plus contraignants.

Restaient notamment la question du statut de l'offre incomplète, qui omet un ou plusieurs chefs de préjudice, de l'absence d'offre : constituent-elles des offres tardives ou manifestement insuffisantes ou les deux, auquel cas un cumul des sanctions serait concevable ?

Sur ce point, la Cour de cassation s'est livrée à une application rigoureuse des textes, admettant la possibilité de cumul des sanctions qui a irrité les assureurs.

- Elle a d'abord décidé, qu'en l'absence d'offre de l'assureur, la sanction du retard peut être cumulée avec la pénalité prévue au profit du Fonds de garantie en cas d'insuffisance manifeste de l'offre, bien que les deux pénalités aient une finalité distincte⁵³.

- Symétriquement, une offre manifestement insuffisante ou incomplète, peut être assimilée à une absence d'offre⁵⁴, et permettre au juge de cumuler les sanctions.

⁴⁶ Civ. 2, 10 juin 1999, Bull. II, n° 112, n° 96-22584; RCA 1999. Com. 325; RGDA 1999. 638, note Landel, Civ. 2, 28 mars 2002, RCA 2002 com. 229, Civ. 2, 10 nov. 2005, RCA 2006, com. 21, Civ. 2, 7 déc. 2006, RGDA 2007 p. 99, note Landel.

⁴⁷ Sur l'application de l'anatocisme Crim. 2 mai 2012 n° 11-85416, RCA 2012 n° 235.

⁴⁸ Civ. 2, 8 mars 2012 n° 11-11095, RGDA 2012 p. 695 n. J Landel, Crim. 24 janvier 1996, Bull. Crim. n° 40 et Crim. 5 février 1997, Bull. Crim. n° 47

⁴⁹ Crim. 19 juin 2007, n° 06-87793, RCA 2007 com. 273 et Crim. 29 juin 2010 n° 09-82462, Bull. Crim. n° 118, Crim. 13 décembre 2011, n° 11-80134, RGDA 2012 p. 700 n. J. Landel.

⁵⁰ Civ. 2, 8 mars 2012 n° 11-11095, RGDA 2012 p. 695 n. J Landel

⁵¹ Civ. 2, 22 mars 2011, n° 1025814, RCA 2012 n° 204.

⁵² Crim. 13 décembre 2011, pourvoi n° 11-80134, RGDA 2012 p. 700 n. J. Landel.

⁵³ Civ. 2, 3 déc. 1997, n° 96-11046, RCA 1998, com. n° 17 et chr. n° 2 obs. Groutel H; Civ. 2, 18 mars 1999, n° 96-18981, RCA1999, chr. n° 15, note Groutel, JCP G 2000, I, n°199, spéc. n° 22, obs. Viney ces arrêts semblent plutôt procéder à une assimilation de l'absence d'offre tant à l'offre tardive qu'à l'offre manifestement insuffisante mais l'arrêt du 9 oct. 2003 (Civ. 2, 9 oct. 2003, n° 02-15412, D. 2004, p. 371, L. Poulet), pourrait orienter les choses vers un pouvoir d'appréciation plus grand du juge pour cumuler ces sanctions ce que traduisent des formulations d'arrêt plus récentes, ce que confirme un arrêt Civ. 2, 9 déc. 2010, n° 09-72393, Bull. civ. II, n° 201, RGDA 2011 p. 508 n. Landel, RCA 2011, com. 96.

L'offre nulle est aussi assimilée à l'absence d'offre (l'assureur avait visiblement simplement informé la victime qu'il n'entendait pas lui proposer d'indemnité, ce qui relève l'arrêt ne saurait être considérée comme une offre) Civ. 2, 28 février 1996, n° 93-18523, Bull. II n° 41, RCA 1996, com. n° 172 chron. n° 21.

⁵⁴ Civ. 2, 4 mai 2000, n° 98-20179, RCA 2000, com. n° 229 ; Civ. 2, 6 janv. 2009, n° 07-19576 ; Civ. 2, 9 déc. 2010, n° 09-72393, Bull. II, n° 201, RCA 2011, com. 96, note Groutel H., visant une offre jugée à la fois «

En vertu des arrêts les plus récents, il s'agit d'une simple faculté⁵⁵, et non d'une assimilation pure et simple. Cela laisse aux tribunaux une marge d'appréciation, en fonction des circonstances : la peine n'est pas automatique⁵⁶. Le juge bénéficie en outre d'un pouvoir de modulation des pénalités de l'article L 211-13 et L. 211-14 c. ass. dont il usera pour une plus grande adéquation de la pénalité au manquement constaté de l'assureur.

Le « bénéfice » de ce cumul ne revient pas, en tous cas, à la victime. Celle-ci peut avoir intérêt à se placer sous l'empire de l'article L. 211-13 c. ass., plutôt que sous celui de l'article L. 211-14 c. ass. plus incertain, suivant le cours des intérêts légaux et compte tenu du caractère plus automatique de la sanction. La pénalité de l'article L. 211-14 revient au FGAO, et l'indemnisation de la victime qui y est également mentionnée suppose de prouver un préjudice lié à l'insuffisance de l'offre, qui subsisterait. L'éventuel cumul des sanctions ne crée alors pas un déséquilibre malsain en faveur de l'assuré, qui en ressortirait enrichi. Au demeurant, le montant de la condamnation qui revient au FGAO ne concerne que l'hypothèse où le processus transactionnel échoue, et où c'est en définitive le juge qui fixe l'indemnité.

19. Dans ce contexte, l'absence de marge de manœuvre de l'assureur - dans le processus dit classique, quant au bien ou au mal fondé de l'offre, a pu être dénoncé⁵⁷. Selon une formule restée célèbre que, quand bien même la jurisprudence en vigueur à l'époque de l'offre ne reconnaissait aucun droit à indemnisation, la Cour de cassation a jugé que « *l'assureur ne pouvait se retrancher derrière son opinion subjective quant au droit à indemnisation de la victime*⁵⁸ ». Et cette jurisprudence s'est par la suite déclinée à travers différents arrêts⁵⁹. A ainsi été cassé l'arrêt d'appel ayant pris en compte « *une contestation probante du droit à indemnisation* », la Cour de cassation soulignant que l'obligation mise à la charge de l'assureur de présenter une offre détaillée dans les délais requis « *ne lui permettait aucune appréciation quant au bien ou mal fondé du principe de l'offre qu'il était tenu de faire*⁶⁰ ». Il n'existe aucune dispense, même si un processus judiciaire est enclenché⁶¹, quand bien même le lien de causalité⁶², ou les

manifestement insuffisante ou incomplète ». Voir aussi Civ. 2, 17 mars 2011 n° 10-16103 et Civ. 2, 3 mars 2011 n° 10-11755, RGDA 2011 p. 744 n. J. Landel

⁵⁵ Une offre jugée manifestement insuffisante ou incomplète peut être assimilée à une absence d'offre et justifier l'application de l'article L. 211-13 du Code des assurances, Civ. 2, 9 déc. 2010, n° 09-72393.

⁵⁶ Cf. Infra réponse à la QPC envisagée.

⁵⁷ H. Groutel, *Les apports essentiels de la loi sur la mise en œuvre du droit à l'indemnisation*, in Loi Badinter : le bilan de 20 ans d'application, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2006 p. 57.

⁵⁸ Civ. 2, 1 avril 1999, n° 97-17581, RCA 1999, chr. n°5, obs. Groutel, JCP G 2000, I, n° 199 n° 22, obs. Viney

⁵⁹ Ainsi l'assureur ne saurait subordonner l'offre à la reconnaissance en justice de la responsabilité de l'assuré équivaut à une absence d'offre Civ. 2, 23 sept. 1999, n° 97-21741, RCA 1999, comm. n° 357

⁶⁰ Civ. 2, 20 avr. 2000, n° 98-19054. Formulation reprise dans Civ.2, 9 oct. 2003, no 02-15.412, D. 2004, p. 371, note Poulet L

La justification du refus par l'assureur auprès de l'assuré est indifférente ; Civ. 2, 28 févr. 1996, n° 93-18523, RCA. 1996, com. n° 172 et chr. no 21, note Groutel H., RGDA 1996, p. 643, note Brousseau S.

⁶¹ La circonstance qu'une instance oppose la victime ou ses ayants droit à la personne tenue à réparation et à son assureur n'exonère pas ce dernier de son obligation de présenter une offre d'indemnité dans le délai imparti par l'article L. 211-9 du Code des assurances, sous la sanction prévue par son article L. 211-13, Crim 16 janvier 1992, Bull. Crim n° 16, RCA 1992, n° 35, Civ. 1, 20 janvier 1993, Bull. I n° 20, Civ. 2, 19 nov. 1998, Bull. II n° 273, Civ. 2, 26 avril 2007, RGDA 2007 p. 624 obs. J Landel.

L'offre peut au demeurant dans ce contexte être proposée par voie de jeu de conclusions en cours

conclusions expertales seraient contestées⁶³...

20. L'absence de marge de manœuvre, s'explique cependant par le système de l'offre pour le compte de qui il appartiendra, imposé par la loi⁶⁴, qui permet à l'assureur de répercuter l'indemnisation sur le fonds de garantie, si elle ne relevait pas du contrat d'assurance. Elle se comprend aussi par l'objectif légal d'assurer une certaine automaticité au processus : « *offrir d'abord, contester ensuite* », pourrait-on dire! Peu importe alors la bonne ou mauvaise foi de l'assureur. Il reste redevable de la formulation d'une offre, selon les canons légaux, la charge finale de l'indemnité ne lui incombant pas nécessairement. D'ailleurs, en cas de litige entre l'assureur et l'assuré sur le principe de l'indemnisation, il a été admis que la formulation de l'offre puisse être faite par voie de conclusions subsidiaires⁶⁵.

Au demeurant, les critiques qu'ont suscité ces contraintes imposées à l'assureur ont sans doute inspiré l'argumentation fondée sur l'atteinte portée à son droit d'accès au juge présentée devant la Cour de cassation.

2/ Le respect du droit au juge et des garanties du procès équitable de l'assureur à travers le contrôle de conventionalité et de constitutionnalité

21. Le processus d'offre obligatoire dont l'assureur est l'initiateur constitue donc plus qu'un simple aménagement procédural. Il confère aux obligations de l'assureur une certaine autonomie par rapport à celles de l'assuré, et par rapport au contrat d'assurance, donnant ainsi corps au droit d'action directe au bénéfice de la victime. Son impact sur le droit au juge n'a pourtant pas été mesuré d'emblée. Le fait que l'assureur soit exposé au choix de la victime, si celle-ci privilégie la voie judiciaire, ou qu'il subisse le cas échéant l'obligation de négocier de bonne foi si la voie amiable est retenue par elle, a été tardivement invoqué par les plaideurs, à mesure que s'est développé le contrôle de conventionalité, d'abord, et celui plus récent de la constitutionnalité, ensuite, comme une atteinte à son droit à un procès équitable.

a- Le contrôle de conventionalité

22. Les obligations imposées à l'assureur, seul passible de sanction, sont nettement plus lourdes que celles incombant à la victime, dans le processus légal. De surcroît, la victime est maîtresse du jeu dans l'alternative entre procès et indemnisation amiable. Le

d'instance, à condition qu'elle remplisse les exigences de fond et de délai imposées par la loi du 5 juil. 1985 (cf. Civ. 2, 20 oct. 2005 n° 04-18316, RCA 2006 n° 18, et rappelant cette solution, cf. Civ. 2, 25 janv. 2007, RGDA 2007. 346, note Landel, Civ. 2, 18 nov. 2010, Bull. civ. II, n° 187, RGDA 2011. 106, note Landel). Mais il peut parfaitement s'agir d'une offre faite par voie de conclusions subsidiaires (Civ. 2, 4 janv. 2010 n°09-12053).

La remarque vaudrait aussi pour les offres que les assureurs doivent faire en matière de responsabilité médicale cf. Civ. 1, 6 oct. 2011, n° 10-21212, RCA 2012 n° 19, RGDA 2012 p. 415, et voir art. L. 1142-15 csp.

⁶² Civ. 2, 11 sept. 2008, n° 07-16340, RGDA 2008 p. 939 n. Landel.

⁶³ L'invocation par la victime d'une possible aggravation de son état, tout comme le versement de provisions, ne dispensaient pas l'assureur de présenter l'offre requise par ces textes, Civ. 2, 25 juin 2009 n° 08-14837, RCA 2009 com. 284

⁶⁴ Art. L211-20 c. ass. Cette obligation pour l'assureur de formuler une offre ne cesse que si le contrat d'assurance est annulé Civ. 13 janvier 1996, RCA 1996, Com. 133, RGDA 1996 337.

⁶⁵ Civ. 2, 4 janvier 2010 n°09-12053.

droit au juge de l'assureur n'est-il pas dès lors bafoué ? Un pourvoi en cassation formulé par un assureur dénonçant la procédure d'offre traditionnelle, a tenté de le faire valoir.

23. La Cour de cassation a pourtant rejeté l'objection, admettant par là même que le processus amiable relève des exigences de l'article 6§1 CESDH⁶⁶. Dans un arrêt publié en 2003, la Haute juridiction retient que, « *la procédure d'offre obligatoire d'indemnisation imposée par la loi aux assureurs* », est « *instituée en vue de favoriser l'indemnisation rapide des victimes d'accidents de la circulation*⁶⁷ ». L'arrêt ajoute que la procédure ne prive pas « *les assureurs du droit à un procès équitable* », puisqu'elle permet de soumettre à l'appréciation du juge l'étendue de la sanction légale⁶⁸.

24. La critique serait à plus forte raison repoussée s'agissant de la procédure d'offre « nouvelle formule » de 2003. L'article L. 211-9 al. 1 c. ass, impose certes des contraintes de délais plus fortes, et partant, des risques de sanction de l'assureur plus grands. Néanmoins, le droit au juge du professionnel est davantage préservé par la procédure d'offre provoquée de la loi de 2003, puisqu'elle n'est applicable que si la responsabilité « *est clairement établie* » et le dommage « *entièrement quantifié* ». L'assureur peut donc soustraire à la formulation d'une offre, s'il nie sa responsabilité, à condition d'apporter « *une réponse motivée aux éléments invoqués dans la demande* » de la victime. Il peut donc discuter du bien fondé de l'offre. Il y a alors davantage de parallélisme entre les voies de droit offertes à la victime, et celle offertes à l'assureur. Reste qu'en cas de préjudice corporel, l'assureur est toujours tenu de formuler une offre, dans le délai plus large des al. 2 et 3, si bien que les cas où il dispose de cette marge d'appréciation effective sont rares.

25. Il s'agit donc d'un déséquilibre assumé du processus, qui compense un déséquilibre, en sens inverse, de la relation contractuelle. La victime est en effet placée en position de faiblesse par l'accident, elle subit un déficit d'information et des besoins financiers urgents. Son libre choix doit donc être plus étroitement préservé, pour que la renonciation au droit d'action soit pleinement libre, et qu'elle aboutisse à une réparation la plus intégrale possible, même si au final on renonce à un contrôle de l'équivalence des indemnisations. L'idée de la nécessité d'une protection plus étroite du droit au juge de la partie faible, seul moyen d'action qui lui reste, existe d'ailleurs aussi en droit de la consommation⁶⁹.

⁶⁶ Civ. 2, 9 oct. 2003, Bull. II n° 292, D. 2004 p. 371 n. L. Poulet, JCP 2004 I 137 n° 4 s., RCA 2005 com. 5 et RGDA 2004 p. 91. Le pourvoi soutenait qu'« *en menaçant l'assureur qui ne formule pas d'offre d'indemnisation d'une sanction financière, l'article L. 211-13 prive les compagnies d'assurances du libre choix entre une procédure de règlement judiciaire du conflit, et une procédure amiable* », et viole de ce fait l'article 6§1 CESDH, de sorte que cette disposition doit être écartée

⁶⁷ Souligné par nous

⁶⁸ Référence étant explicitement fait à l'article L. 211-13 c. ass. qui accorde au juge le pouvoir de réduire la pénalité en raison de circonstances non imputables à l'assureur

⁶⁹ Le droit français des clauses abusives à propos des clauses grises énoncées à l'article 5. 132-2, 10° c. conso lorsqu'il est énoncé que sont présumées abusives à charge pour le professionnel de rapporter la preuve contraire, les clauses dans les contrat de consommation qui ont pour objet ou pour effet de « *Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges* ».

La critique pourrait être reprise en substance aujourd'hui dans une question prioritaire de constitutionnalité, invoquant le « *droit à un recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789* ». Compte tenu de l'arrêt du 9 octobre 2003, la Cour de cassation ne la transmettrait sans doute pas, faute de caractère nouveau et sérieux. L'essor des questions prioritaires de constitutionnalité pousse alors les assureurs à confronter ces sanctions légales au bloc de constitutionnalité⁷⁰. D'autres dispositions constitutionnelles peuvent être mobilisées.

b - Le contrôle de constitutionnalité

26. * **Le principe d'égalité**, invoqué devant le Conseil constitutionnel pour dénoncer la situation singulière du conducteur victime dans la loi Badinter⁷¹, ne permettrait-il pas de contester l'asymétrie du traitement de la victime et de l'assureur, au regard de l'accès au juge ? La réfutation de l'argument, fondé sur l'article 6 de la DDHC, paraît inévitable : c'est une égalité relative qui prévaut. Or, la décision du 9 octobre 2003, fait nettement ressortir la différence de situation entre l'assureur et la victime. Par ailleurs, l'objectif d'intérêt général sur lequel repose cette législation, que relève la Cour de cassation ne manquerait pas d'être mis en avant, de sorte qu'une telle question prioritaire ne serait sans doute même pas transmise au Conseil Constitutionnel, faute de caractère sérieux et nouveau.

27. * D'autres tentatives de questions prioritaires de constitutionnalité, relatives à la procédure d'offre, ont déjà été étouffées dans l'œuf. Visant la constitutionnalité des sanctions infligées à l'assureur par l'article L. 211-13 c. ass, elles s'articulent autour du **principe de nécessité et de proportionnalité des peines, rattaché à l'article 8 de la Constitution**. La Cour de cassation ne les a cependant pas transmises ces questions au Conseil, dans les hypothèses où cela était sollicité jusque-là jouant son rôle de filtre⁷².

Ainsi, des mécanismes incitatifs pour que le professionnel recoure à la voie amiable, peuvent être mis à la charge du professionnel, mais ils doivent préserver le libre choix de la partie faible, c'est-à-dire sa renonciation libre à la mise en œuvre judiciaire du droit d'action.

⁷⁰ J. Kullmann, *La question prioritaire de constitutionnalité, un nouveau contentieux pour l'assurance*, RGDA 2011 p. 11, H. Groutel, *Alerte au virus QPC*, RCA 2011, n° 6 p. 2

⁷¹ Art. 6 DDHC. Voir notamment plusieurs QPC rendues à propos de la procédure d'offre sur le conducteur victime, où le « *principe constitutionnel d'égalité des citoyens devant la loi et les charges publiques proclamé par l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789* » a pu être invoqué Civ. 2, 9 sept. 2010 n° 10-12732, Civ. 2, 10 nov. 2010, n° 10-30175 et Civ. 2, 16 déc. 2010, n° 10-17096.

Pour l'invoque du principe d'égalité à l'encontre de l'article L. 1142-1 c. santé pub. qui réserve la faculté pour les ayants droit d'obtenir réparation de leur préjudice propre auprès de l'ONIAM à l'hypothèse où la victime est décédée. La violation du principe d'égalité est écartée ici en tenant compte de la différence des statuts entre victime directe et ayant droit, et en prenant en compte l'intérêt général, et l'objet direct de la loi qui est de concilier une indemnisation équitable des patients et victime et de prendre en compte l'équilibre des finances publiques et la pérennité du système. Civ. 1, 13 sept. 2011, n° 11-12536, RCA 2012 n° 17.

⁷² Civ. 2, 3 février 2011, RCA 2011 n° 97, RGDA 2011 497, obs. Landel Civ. 2, 8 juin 2011, n° 10-26675 RGDA 2011 1003 obs. Landel et Civ. 2, 20 septembre 2011, n° 11-82013, RGDA 2012 p. 69 n. J. Landel

- Dans le second des arrêts étaient en cause non seulement le principe et le mécanisme de la pénalité, mais aussi son assiette élargie par la jurisprudence. Sans grande surprise, la Cour de cassation y valide cependant sa propre interprétation de l'assiette⁷².

Dans les deux premiers cas, prenant appui sur les termes mêmes de l'article L 211-13 c. ass., la Cour de cassation relève que le juge dispose d'un pouvoir de modulation de la sanction, en fonction des circonstances, si le retard n'est pas imputable à l'assureur, quoiqu'il semble acquis que le juge ne puisse pas supprimer toute pénalité, mais seulement la réduire⁷³. Elle souligne que l'assureur peut limiter la pénalité, en présentant rapidement une offre conforme, compte tenu de l'assiette de la pénalité de retard qui a été rappelée.

Les commentateurs d'ailleurs n'ont pas manqué de souligner que le montant de cette peine de l'article L 211-13, indexé sur l'intérêt légal en vigueur, s'il était fortement dissuasif en 1985 (avec un taux d'intérêt légal de 8% qui portait la pénalité à 16%), l'est nettement moins aujourd'hui où le taux d'intérêt légal est plus faible (0,36%), ce qui adoucit les effets de la peine et amoindrit la portée de la critique émanant de l'assureur⁷⁴.

Plus radicalement d'ailleurs, comme la motivation de ces deux premières décisions le laissait présager, un arrêt du 20 septembre 2011 couperait court à toute possibilité d'invoquer l'inconstitutionnalité de ces dispositions sur le fondement de l'article 8 de la DDHC⁷⁵. La Cour de cassation y affirme, très explicitement, « *que la majoration du taux d'intérêt légal en cas de retard de présentation de l'offre d'indemnisation de l'assureur, prévue par l'article L. 211-13 du Code des assurances, ne constitue pas une peine, au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* ». Des décisions de la chambre criminelle, pouvaient donner à penser le contraire, puisqu'il a été jugé par exemple que l'assureur, en cas de condamnation sur ce fondement, devait être présent, ou au moins avoir été mis en cause⁷⁶. Le caractère de peine, au sens large de l'article 8 de la DDHC a au demeurant été reconnu à certaines amendes civiles⁷⁷. Faut-il alors distinguer l'amende civile, dont le bénéfice revient à l'Etat, de cette pénalité du doublement des intérêts, dont le bénéfice revient à la victime qui l'apparenterait davantage à des dommages-intérêts punitifs... Cela conduirait à retenir que la sanction de l'article L. 211-14 c. ass. traduit une peine, le bénéfice de celle-ci revenant au FGAO : à supposer encore que la pénalité revête une importance suffisamment significative⁷⁸. Cependant, s'ils sont punitifs, les dommages-intérêts ne constituent-ils pas une forme de peine, qui doit être motivée, individualisée, comme le

- Le premier arrêt en date souligne quant à lui que la pénalité n'est pas automatique, puisqu'elle peut être réduite⁷², ce qui passe sous silence le fait qu'elle ne puisse pas être supprimée. Il relève également qu'elle est proportionnée à la durée du manquement et aux sommes en jeu. Ainsi le grief n'est pas sérieux.

⁷³ Crim. 23 janvier 1992, Bull. Crim. n° 23, D. 1992 IR 231, RCA 1992 com 139 et RGAT 1992 p. 546 n. Landel.

⁷⁴ J. Landel obs. sous Civ. 2, 3 février 2011, RCA 2011 n° 97, RGDA 2011 497

⁷⁵ Civ. 2, 20 septembre 2011, RGDA 2012 p. 69 n. J. Landel

⁷⁶ Crim. 10 août 1993, RGAT 1994 p. 154 n. Landel.

⁷⁷ Cons. const., n° 2010-85 QPC du 13 janv. 2011. Selon cette décision, il est loisible au législateur « d'assortir la violation de certaines obligations d'une amende civile à la condition de respecter les exigences des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789, au rang desquelles figure le principe de légalité des délits et des peines qui lui impose d'énoncer en des termes suffisamment clairs et précis la prescription dont il sanctionne le manquement » Était en cause l'article L. 442-6 du Code de commerce.

⁷⁸ L'inclusion ou l'exclusion de la matière pénale se font en fonction de la nature de l'infraction considérée et de la nature des peines encourues (E. Jeuland, *Droit processuel général*, Montchrestien 2012 n° 126 s.) et la notion de matière pénale est appréciée de manière autonome tant par la CEDH que par le Conseil constitutionnel ce qui rend la question plus délicate à trancher (S. Guinchard et alii, *Droit processuel*, précis Dalloz 2011, 6^e édition n° 151 et 157).

suggèrent la rédaction des projets qui envisagent d'introduire les dommages-intérêts punitifs en droit positif. Et s'ils sont désormais conformes à l'ordre public international, la Cour de cassation énonce que c'est sous réserve que ces dommages-intérêts punitifs soient proportionnés, ce qui ne va pas sans évoquer la proportionnalité des peines⁷⁹. Dans une approche plus compréhensive, leur intitulé pourrait, donc les inclure dans la matière pénale, au sens large, si leur montant s'avérait suffisamment significatif. Néanmoins, il s'agit sans doute de peines nécessaires, au sens de l'article 8 de la DDHC. D'elles dépendent toute l'effectivité de la procédure d'offre instituée par le législateur en 1985, en vue d'accorder certaines garanties aux victimes d'accident de la circulation⁸⁰. Une question prioritaire sur ce fondement, dirigée cette fois directement contre l'article L 211-14 c. ass., ne prospérerait pas nécessairement.

28. Les critiques fondées l'article 8 de la DDHC, auraient-elles manqué le bon angle d'attaque ? Au fond, n'est-ce pas l'application combinée des articles L 211-13 et L 211-14 c. ass., telle qu'elle résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation interprétant la loi Badinter⁸¹, qui apparaît comme une peine disproportionnée et traduit un cumul de sanctions, en cas d'absence d'offre ou d'offre incomplète. La critique, qui met en cause la jurisprudence de la Cour de cassation risque de recevoir un accueil frileux, au stade du filtre que la Haute juridiction opère⁸². Si elle était effectivement transmise, elle n'aboutirait pas pour autant nécessairement à une censure. La persistance d'absence d'offre ou d'offre manifestement sous-évaluée, en pratique, que ce contentieux révèle, ne traduit-elle pas la nécessité de combiner ces deux sanctions, pour rendre effectif un système conventionnel d'indemnisation à la fois rapide et la plus intégrale possible⁸³ ? Le « principe de responsabilité » et de réparation du dommage, mis en exergue à l'occasion d'autres questions prioritaires de constitutionnalité, en matière d'assurance⁸⁴, doit aussi être intégré au raisonnement sur la constitutionnalité du dispositif.

D'ailleurs, la jurisprudence qui exclut désormais le contrôle des concessions réciproques dérisoires ne justifie-t-elle pas une sanction accrue de l'offre manifestement insuffisante ou incomplète. Cela expliquerait la position rigoureuse des arrêts qui affirment cette faculté, pour le juge, de cumuler les sanctions par lesquels se multiplient depuis 2006⁸⁵. L'exclusion du contrôle des concessions mutuelles effectives, impose en amont un contrôle plus sévère, au stade de la formulation de l'offre.

⁷⁹ Civ. 1, 1^o décembre 2010, n^o 09-13303, D. 2011 p. 423, JCP 2011 p. 140 n. Juvénal.

⁸⁰ J. Landel obs. sous Civ. 2, 3 février 2011, RCA 2011 n^o 97, RGDA 2011 497

⁸¹ Décision du CC 2010-39 du 6 octobre 2010. « *En posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition* ». Voir aussi Civ. 1, 27 septembre 2011, n^o 11-13488, JCP 2011 1197 F. Chenédé et déjà en ce sens Civ. 3, 30 novembre 2010, n^o 10-16828, Crim. 29 janvier 2011, n^o 10-85159, et Civ. 2, 10 mars 2011, n^o 10-40075.

⁸² Comme le souligne J. Landel note sous 17 mars 2011 n^o 10-16103 et Civ. 2, 3 mars 2011 n^o 10-11755, RGDA 2011 p. 744.

⁸³ Compte tenu aussi des variations du taux d'intérêt légal évoquées plus haut.

⁸⁴ Art. 4 de la DDHC invoqué à propos de la loi anti Perruche (art. 451-1, 452-1 et 452-5 css. Décision n^o 2010-2 QPC du 11 juin 2010.

⁸⁵ Cf. *Infra* II

En combinant les sanctions, le juge conserve au demeurant le pouvoir de les moduler l'une et l'autre⁸⁶, et le fera sans doute dans une telle hypothèse. Au demeurant, les dommages-intérêts que percevrait la victime sur le fondement de l'article L. 211-14 c. ass. prennent en compte le préjudice subsistant, sans doute atténué. Ajoutons à cela le pouvoir d'appréciation du juge qui n'assimilera l'offre incomplète à une absence d'offre qu'en cas d'incomplétude manifeste, puisqu'il a la faculté de le faire et non l'obligation. La peine ne deviendrait pas pour autant arbitraire, en dépit des pouvoirs d'appréciation laissés au juge, pourvu qu'il soit tenu de motiver spécialement sa décision relative au choix du cumul des sanctions, en faisant ressortir une mauvaise foi particulière de l'assureur.

29. Les griefs d'inconstitutionnalité formulés contre la procédure d'offre n'ont pas réussi à l'ébranler. Les questions qu'ils suscitent justifient le souci contemporain d'instaurer des mécanismes d'indemnisation comportant, pour la victime, des garanties procédurales, notamment en terme de respect du contradictoire, d'impartialité et d'indépendance. Cela transparait au travers de l'art. 1142-24 4 c. santé publ. pour l'indemnisation des victimes du médiateur. Lorsqu'il instaure un système d'indemnisation conventionnel, le législateur doit garantir au-delà de la procédure amiable une alternative judiciaire claire et lisible pour le justiciable comme l'affirmait déjà l'arrêt Bellet⁸⁷, à propos de l'indemnisation des victimes de contamination par le VIH après des transfusions sanguines.

30. Bousculées par le droit processuel, les procédures d'offre sont aussi malmenées par le droit des contrats, plus particulièrement le droit des contrats spéciaux. Sur certains aspects, les questions sont d'ailleurs liées. Envisageons donc non plus le processus de formulation de l'offre, mais à l'autre bout de la chaîne, le résultat de celui-ci qui apparaît aujourd'hui, comme un contrat original.

II - Les procédures d'indemnisation à l'épreuve du droit des contrats

31. Depuis la formulation de l'offre, la procédure d'indemnisation tend vers la conclusion de l'accord. Résultat qui n'est pas toujours atteint, puisque la victime peut renoncer à la voie amiable engagée dans un premier temps, et formuler une demande d'indemnisation en justice.

Empreint de pragmatisme, et soucieux d'encadrer le processus menant à l'accord⁸⁸, le législateur s'est peu préoccupé du régime de cette convention, encore

⁸⁶ Sur le fondement de l'article L211-13 c. ass., comme de l'article L211-14 qui n'institue qu'un plafond

⁸⁷ C.E.D.H. 4 décembre 1995, Bellet c/ France, D. 1996, J p.357 obs. M. Collin Demumieux, D.1997, S.C. p.205 obs. S. Perez, JCP 1996, II, 22648 n. M. Harrichaux, R.T.D.Civ 1996 n. Marguenaud. C.E.D.H. 30 octobre 1998, F.E. c/ France, RCA 1999 n° 37, JCP 1999 I n° 105, JCP 1999, I, n° 125 E. Savatier, D. 1999 SC p. 269 obs. N. Fricero et S. Perez., RDP 1999 p. 889 n. C. Hugon, et RTDCiv. 1999 p. 490 obs. J-P. Marguenaud et J. Raynard. F.E., Voir également, adoptant la même position, CEDH 10 octobre 2000, *Lagrange contre France*.

⁸⁸ Il s'est aussi préoccupé de l'exécution et des effets de l'accord en réalité, toujours dans cette démarche pragmatique. Est ainsi prévu un droit de rétractation, dans le délai de 15j de la conclusion de l'accord (L. 211-16 c. ass.), de même qu'est réservée une indemnisation complémentaire en cas d'aggravation du préjudice corporel (L. 211-19 c. ass.), élément remarqué qui a conduit certains à mettre en doute le

moins de sa qualification. Le débat a néanmoins ressurgi indirectement, à propos des accords d'indemnisation conclus par les fonds dans le fameux arrêt Bellet⁸⁹, même si la qualification a finalement été éludée⁹⁰. La qualification de l'accord d'indemnisation de la loi de 1985, cette fois, a été directement posée dans une affaire qui a attiré l'attention la presse grand public. La Cour d'appel d'Aix en Provence a ainsi disqualifié l'accord d'indemnisation en simple quittance, dépourvue de tout effet extinctif, admettant par là même les actions en indemnisation complémentaire⁹¹.

1° Une qualification légale forcée.

32. La qualification juridique de l'accord amiable d'indemnisation semblait pourtant acquise : la loi emploie directement le terme de « transaction » à différentes reprises⁹². La jurisprudence s'était aussi parfois référée explicitement aux articles 2044 s. les appliquant à la convention d'indemnisation amiable issue du processus de la loi de 1985, conclue entre assureur et victime⁹³, dans des cas où elle aurait pu se fonder sur le droit commun des contrats.

Le caractère « forcé » de cette qualification a toutefois été dénoncé à diverses reprises. Chacun des trois éléments caractéristiques de ce contrat semble difficile à caractériser : l'existence d'un litige, la volonté d'y mettre fin, et les concessions mutuelles. Les difficultés les plus épineuses sont concentrées sur cette dernière exigence, présentée comme consubstantielle à la transaction.

33. * L'existence d'un litige a été mise en doute du fait de l'automatisme de la procédure d'offre. Si la victime accepte d'emblée l'indemnisation proposée n a procédure d'indemnisation, le litige ne semble apparemment pas exister. L'objection pourrait, être réfutée dans la mesure où l'évaluation d'un préjudice est toujours une question litigieuse. Les intérêts en présence sont opposés et l'évaluation est incertaine, c'est le droit qui détermine le dommage indemnisable, quand bien même le principe de la responsabilité serait acquis. Il y a donc une difficulté juridique à trancher, un point litigieux, à supposer même que les conditions de la responsabilité soient acquises.

34. * Le caractère définitif de l'accord⁹⁴ a aussi suscité des interrogations, compte tenu des articles L. 211-16 et L. 211-19 c. ass. qui réservent pour l'un une indemnisation complémentaire en cas d'aggravation du dommage, pour l'autre une dénonciation possible de la transaction dans un délai de 15 jours à compter de sa conclusion. L'intérêt et l'utilité effective de ce droit de rétractation ont été mis en doute. Ce bref délai ne met

caractère définitif de l'accord. Le législateur s'est aussi intéressé à la réalisation effective du paiement des sommes prévues (L. 211-17 c. ass.).

⁸⁹ C.E.D.H. 4 décembre 1995, Bellet c/ France, cité *supra*.

⁹⁰ Le débat judiciaire a en définitive pris une autre orientation. La question n'est donc pas sans lien avec les garanties du procès équitable, qui étaient au cœur de cette affaire.

⁹¹ CA d'Aix en Provence rendue le 14 avril 2004, D. 2004 p. 2059, GP 30 décembre 2004 n° 365 p. 5.

⁹² Cf. Art. L. 211-10 c. ass., et art. L. 211-15, art. L. 211-16, art. L. 211-20, art. L. 211-23 c. ass.

⁹³ Art. 2052 s. du Code civil, en particulier, l'article 2053 du Code civil cf. Civ. 2, 1 avril 1998, B. II n° 120.

⁹⁴ Il était rappelé récemment à propos d'une affaire où le préjudice sexuel avait donné lieu à une indemnisation transactionnelle au même titre que les autres préjudices et où la victime ultérieurement demandait la prise en charge du médicament Viagra au titre d'une demande d'indemnisation complémentaire postérieure à ladite transaction. La demande est rejetée parce qu'elle n'est pas accompagnée d'une justification médicale ou technique ni même de facture, de sorte que ces demandes ont été à juste titre rejetées cf. Crim. 3 avril 2012 n° 11-83270, RCA 2012 n° 201.

pas en cause le caractère définitif de l'accord : il le décale tout au plus dans le temps. De même, la réserve de l'aggravation cantonne uniquement la portée de la transaction, limitée aux conséquences connues du dommage, à l'exclusion des manifestations non encore révélées. Cela peut simplement s'expliquer par des enjeux d'ordre public de protection des victimes d'accidents corporels, et par un parallélisme entre indemnisation judiciaire⁹⁵ et amiable, l'accord fût-il doté de cette même autorité de chose jugée en vertu de l'art. 2052 c. civ.

35. * Restent les concessions mutuelles qui cristallisent la difficulté de qualification, dans la mesure où, outil statistique à l'appui, il a pu être observé que l'indemnisation par voie transactionnelle, quoique plus rapide était souvent moindre, et ce, y compris d'ailleurs devant les fonds d'indemnisation, inspirés de la loi de 1985⁹⁶. Où sont les concessions de l'assureur ? La tentation serait grande, pour les victimes déçues du montant de l'indemnisation perçue, d'agir systématiquement en nullité de l'acte pour défaut de concession de l'assureur ou du moins pour dénoncer leur caractère dérisoire. Pourtant ne sont annulées que les transactions comportant des concessions dérisoires, et non celles qui offrent une indemnisation moindre, et les concessions, ne sont pas nécessairement du même ordre, de part et d'autre. La difficulté à caractériser les concessions est cependant accrue dans le contexte de la loi Badinter, par rapport à d'autres conventions d'indemnisation amiable, parce que ce qui pourrait être tenu pour des concessions de l'assureur, (l'indemnisation plus rapide par exemple), relève ici d'un processus légal imposé⁹⁷. Si l'on exclut qu'il puisse y avoir concessions légalement imposées, les concessions semblent alors impossibles à identifier.

2° Une qualification démentie par la jurisprudence

36. Les failles de cette qualification légale transactionnelle ont été mises en lumière dans un arrêt du 16 novembre 2006⁹⁸, dont la solution a été confirmée depuis⁹⁹. La Cour de cassation censure, ce faisant, l'arrêt médiatisé de la Cour d'appel d'Aix en Provence, qui dans le contexte très douloureux d'un grave accident subi par un mineur réduit à un état de dépendance complet, avait requalifié l'accord d'indemnisation amiable en simple quittance, en vue d'ouvrir la voie à une indemnisation complémentaire¹⁰⁰. Dans cette affaire les parents de la victime, alors âgée de 13 ans avaient conclu un premier accord d'indemnisation amiable en 1987, autorisé par le juge des tutelles. Puis l'état séquentaire de la victime s'étant aggravé – avec une aggravation des troubles épileptiques – les parties avaient révisé à la hausse le montant de

⁹⁵ Par une décision dotée de l'autorité de la chose jugée

⁹⁶ E. SERVERIN, « Le règlement des conséquences des accidents de la circulation entre transaction et juridiction », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends* sous la direction de P. Ancel et M-C. Rivier, VIII colloque du CERCRID 11-12 déc. 1998, Etudes juridiques, Economica, 2001 p. 98.

⁹⁷ C'est ce que rappelle justement la Cour d'appel d'Aix en Provence dans l'arrêt du 4 avril 2004 censuré en 2006 quand elle énonce que la conclusion d'une transaction établie en référence aux dispositions de la loi du 5 juillet 1985 ne saurait être interprétée comme une concession de la part de l'assureur mais comme le simple respect d'une procédure mise en place par le législateur pour accélérer le règlement des conséquences d'un accident de la circulation.

⁹⁸ Civ. 2, 16 nov. 2006, Bull. II, n° 320, n° 05-18631, RLDC 2007/35 suppl. n° 2419 p. 21, RCA 2006. Com. 372, et Repère 12, note Groutel.

⁹⁹ Civ. 1, 20 janvier 2010, n° 08-19627, RLDC n° 72 juin 2010 p. 16 n. C Boillot, RTD Civ. 2010 p. 302 n. Hauser, RCA 2010 n° 75

¹⁰⁰ CA d'Aix en Provence rendue le 14 avril 2004 ? D. 2004 p. 2059, GP 30 décembre 2004 n° 365 p. 5.

l'indemnité globale, pour tenir compte de cette évolution. Pourtant, l'indemnisation versée restait insuffisante, compte tenu du faible taux horaire retenu pour l'assistance de tierce personne¹⁰¹, et de l'absence de mention du préjudice sexuel et du préjudice professionnel. Pour répondre aux objections des victimes, tout en censurant l'arrêt d'appel qui avait disqualifié l'accord en quittance, et accueilli les demandes d'indemnisation complémentaire, la Cour de cassation affirme que : « *la loi du 5 juillet 1985 instituant un régime d'indemnisation en faveur des victimes d'accident de la circulation, d'ordre public, dérogatoire au droit commun, qualifie de transaction la convention qui se forme lors de l'acceptation par la victime de l'offre de l'assureur (...) cette transaction ne peut être remise en cause à raison de l'absence de concessions réciproques*¹⁰² ».

En 1985, le législateur se serait donc livré à un forçage des qualifications juridiques. Pourtant, l'arrêt qui exclut tout contrôle des concessions n'apporte pas davantage de précisions sur le régime de cette convention d'indemnisation amiable. Faut-il en déduire que tout le droit commun des transactions est purement et simplement écarté : la décision ne vise en effet que des articles du Code des assurances ? Ou s'agit-il seulement d'une transaction dérogatoire, ce qu'une interprétation mesurée de la décision, qui se réfère tant au terme de transaction qu'à la notion de dérogation, pourrait laisser entendre ? Jusqu'où s'étend alors la dérogation : est-il seulement question que d'exclure tout contrôle des concessions ?

La Cour de cassation entend surtout éviter une remise en cause systématique par les victimes des indemnisations amiables convenues dans le contexte des articles L 211-9 c. ass. que la solution de la Cour d'appel d'Aix en Provence pouvait laisser augurer. Sa solution préserve ainsi l'effet définitif de l'accord - qui découle pour la transaction de son autorité de la chose jugée (art. 2052 c. civ.), en évitant des demandes d'indemnisation complémentaires, et en canalisant la voie de droit tirée de la nullité pour défaut de concessions mutuelles. Sans que la motivation de l'arrêt l'évoque, les contraintes imposées par la procédure d'offre, et les contrôles *a priori* qu'elle prévoit, justifient peut-être ici un régime encore plus strict, et l'exclusion de tout contrôle des concessions. Le principe de réparation intégrale devrait être préservé en amont par ce processus, ce qui n'était sans doute pas le cas, dans l'espèce en cause.

37. Les imprécisions de la décision de 2006 réapparaissent quatre ans plus tard. Une autre décision de la Cour de cassation, en précisant à la marge le régime de cette convention adopte aussi une formulation ambiguë¹⁰³. L'arrêt vise encore les textes du Code des assurances et l'article 1134 du Code civil, en retenant une qualification très large de « contrat judiciaire ». Il énonce en effet que « *la convention qui se forme entre la victime et l'assureur* », doit être soumise « *à l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles* », en vertu de l'article 211-15 c. ass. La filiation de l'article du code des assurances, avec le droit commun de la transaction qui impose au tuteur qui renonce à un droit ou transige, une autorisation préalable par le conseil de famille ou le juge des tutelles, parce que cet acte emporte renonciation au droit d'action, est évidente¹⁰⁴.

¹⁰¹ Crim. 11 oct. 1988, n° 337, Civ.2, 24 nov. 2011, n° 10-25133.

¹⁰² Civ. 2, 16 nov. 2006, n° 05-18631 précité.

¹⁰³ Civ. 1, 20 janvier 2010, précité

¹⁰⁴ L'exigence se rattache au régime de la transaction, issu des anciens articles 467 et 389-5 c. civ. et des art. 506 et 475 c. civ. issus de la réforme de 2007.

L'article L. 211-15 c. ass., ne fait que rappeler l'exigence du droit commun des transactions déduite par la jurisprudence de l'article L 389-5 c. civ., et reprise dans une formulation plus explicite des textes lors de la réforme du droit des incapacités, en 2007. Le rappel de cette exigence s'imposait en 1985, puisque cette formalité n'était pas toujours respectée en pratique. Au demeurant, il permet alors au législateur de renforcer les sanctions. L'absence d'autorisation préalable est désormais sanctionnée au Code des assurances par une nullité ouverte au ministère public et à tout intéressé¹⁰⁵, alors que la méconnaissance des articles du Code civil, n'est sanctionnée que par une nullité relative¹⁰⁶.

3° Un régime incertain.

38. En définitive, s'agit-il d'une qualification *sui generis*, ces accords d'indemnisation relèveraient alors, comme certains accords inter-sociétés d'assurance, du droit commun des contrats, soumis à la force obligatoire à l'égard des parties contractantes¹⁰⁷. Il est acquis que le contrat, certaines clauses, peuvent avoir des effets procéduraux, faire naître une fin de non recevoir (il en va ainsi de la clause de conciliation obligatoire, de celle qui aménage la prescription ou de celle qui emporte renonciation à la résolution judiciaire). Mais n'est-ce pas oublier que ces accords de l'assureur avec la victime sont conclus dans un contexte d'inégalité à la différence de conventions inter-sociétés ? Or l'exigence de concessions mutuelles peut, dans un contexte inégalitaire revêtir un caractère protecteur pour la partie faible - c'est d'ailleurs pour cela qu'elle est souvent invoquée en droit du travail par le salarié -, tout comme la censure du vil prix protège, à la marge, le vendeur...

Dans le contexte de la loi de 1985, l'exclusion du contrôle des concessions pourrait se justifier par le caractère contraint du processus de conclusion : il permet déjà de tendre vers une réparation la plus intégrale possible¹⁰⁸. En retenant qu'il s'agit d'une transaction dérogatoire, comme une lecture plus mesurée de la solution de la Cour de cassation qui s'appuie à la fois sur l'effet définitif et sur l'idée que ce contrat emporte renonciation au droit d'action, dans ses arrêts de 2006 et de 2010, la Haute juridiction n'a peut-être pas voulu écarter tout le régime de la transaction. Sans doute pour pouvoir affirmer que les effets de l'acte sont ceux d'une transaction ou presque tous.

Ce serait admettre que, comme pour d'autres contrats spéciaux, la qualification juridique de ce « petit contrat », comme l'appelait le doyen Carbonnier, est éclatée. Il existe des transactions dérogatoires. Force est pourtant d'admettre que l'arrêt du 16 nov. 2006 n'apporte pas tous les éléments de réponse sur le régime de ce contrat. Est-ce à dire que la nullité pour erreur de droit est exclue ? L'arrêt ne le dit pas, alors que l'exclusion de l'erreur de droit en jurisprudence est parfois rappelée, pour d'autres conventions d'indemnisation, en matière d'assurance¹⁰⁹. La référence à la libre disponibilité des droits qu'autorisent l'article 2045 c. civ. et 2046 c. civ., pourrait

¹⁰⁵ Même si le texte exclut la possibilité d'agir en nullité de l'assureur, qui ne saurait tirer avantage de l'irrégularité commise de son fait

¹⁰⁶ Civ.1, 5 mars 2002, n° 99-19443, Bull. I n° 76, D. 2002 p. 1513 n. Gridel, Defrénois 2002 p. 1167 n. Massip, RTDciv. 2002 p. 271 obs. J. Hauser

¹⁰⁷ Civ. 1, 17 juill. 1996, n°94-11.445, Bull. I n° 319, RCA 1996, com. n° 384.

¹⁰⁸ Le plus souvent, même si certains exemples le démentent, comme justement sans doute l'affaire du jeune Karim en 2006

¹⁰⁹ Civ. 1, 12 juillet 2005, B. I n° 332, n° 04-11130, RCA 2005 337, D. 2006 p. 1512.

permettre de délimiter la portée de l'effet extinctif de la convention d'indemnisation et expliquer l'action en indemnisation complémentaire en cas d'aggravation, voire réserver la possibilité comme le suggère un arrêt récent d'agir en reconnaissance d'une faute inexcusable de l'employeur¹¹⁰. Elle conserverait alors un intérêt.

39. Hors accident de la circulation, chaque fois que l'assureur conclut un accord d'indemnisation avec la victime, à propos d'une assurance-vie, d'une assurance responsabilité ou d'une assurance de chose, comment qualifier l'accord ? La convention d'indemnisation amiable conclue pour fixer le montant de l'indemnisation est traitée par les juges comme une transaction. Les arrêts se réfèrent explicitement aux articles 2044s. c. civ.¹¹¹, en excluant en particulier, toute demande d'indemnisation complémentaire si la qualification de l'acte est acquise¹¹². La Cour de cassation invite d'ailleurs les juges à y contrôler l'existence de concessions mutuelles¹¹³, y compris d'office¹¹⁴, alors que le contentieux était initialement engagé sur le terrain des vices du consentement. La Haute juridiction ne manque pas de sanctionner alors les transactions dépourvues de telles concessions¹¹⁵, lesquelles ne sont pas nécessairement de même nature de part et d'autre d'ailleurs¹¹⁶. Cette situation est-elle changée par les arrêts de 2006 et 2010 ? Rien n'est moins sûr, puisque ces décisions visent directement la loi Badinter, et les raisons d'être de cette législation d'ordre public, ainsi que les textes propres à la procédure d'offre qui n'ont pas ici vocation à s'appliquer. Des arrêts postérieurs à celui de 2006, certes non publiés, se réfèrent aux articles 2044 s. c. civ.¹¹⁷, notamment pour contrôler l'existence de « *concessions réciproques fondant la validité de la transaction* », notamment pour une

¹¹⁰ Civ. 2, 1^o juin 2011, n^o 10-20178, Rev. Lamy Droit civil J.P Brun, J Soc. Lamy 2011 n^o 311-312

¹¹¹ cf. Civ. 2, 24 novembre 2011, n^o 10-26208

¹¹² Civ. 1, 26 novembre 2002, n^o 99-15325, RGDA 2003 p. 100 n. P. Rémy

¹¹³ En matière d'assurance, comme elle le fait aussi en droit social, par exemple, pour caractériser la transaction, la Cour de cassation maintient cette exigence pour chaque partie de consentir des concessions à l'autre (cf. Civ. 1, 26 novembre 2002, n^o 99-15325, RGDA 2003 p. 100 n. P. Rémy, Voir également Civ. 1, 18 septembre 2002, n^o 00-14773 RGDA 2002 p.1042).

- Tel est le cas lorsque l'assureur qui conteste être encore tenu à garantie effectue un paiement à titre gracieux, sans que les juges se livrent pour autant à un contrôle de l'équivalence des concessions (cf. Civ. 1, 26 novembre 2002, précité).

- Tel est le cas également lorsque l'assuré accepte une réduction de l'indemnité à laquelle il prétendait initialement, contre l'engagement par l'assureur à se désister de son appel contre l'ordonnance de référé qui avait accordé une indemnité à titre provisionnel (cf. Civ. 1, 29 mai 1990, n^o 88-16458).

Un accord d'indemnisation dépourvu de concessions mutuelles ne saurait être qualifié de transaction et produire son effet extinctif Civ. 1, 24 janvier 1973, Bull. I n^o 33

En revanche si, « les concessions réciproques fondant la validité de la transaction » sont caractérisées la décision déclarant les demandes d'indemnisation complémentaire irrecevables est légalement justifiée, cf. Civ. 1, 14 février 2008, pourvoi n^o 06-21378.

¹¹⁴ Civ. 1, 14 février 2008, pourvoi n^o 06-21378 qui procède au contrôle des concessions réciproques, dans une transaction relative à l'indemnisation d'un sinistre consécutif à un incendie et qui énonce que les juges du fond « *ont ainsi caractérisé les concessions réciproques fondant la validité de la transaction* » et qui souligne qu'il y a eu renonciation définitive au droit d'action. Voir aussi Civ. 2, 24 novembre 2011, n^o 10-26208, qui à propos d'une convention d'indemnisation liée à un contrat d'assurance vie énonce qu'« aucune autre cause d'annulation ou de rescision de la transaction » et se retranche derrière son caractère définitif pour refuser toute indemnisation complémentaire.

¹¹⁵ Civ. 1, 18 septembre 2002, n^o 00-14773 RGDA 2002 p.1042

¹¹⁶ Civ. 1, 29 mai 1990, n^o 88-16458 pour des concessions purement procédurales de l'assureur.

¹¹⁷ Civ. 2, 24 novembre 2011, n^o 10-26208

convention relative à l'indemnisation d'un sinistre consécutif à un incendie.

En dehors des procédures d'offre de la loi de 1985, ou de celles qu'elle a inspiré devant les fonds, le processus de conclusion est moins protecteur pour la victime, qui n'a pas les mêmes garanties de délai ni de contenu de l'offre, et qui ne peut alors faire valoir de sanction contre un assureur peu enclin à ménager ses intérêts. Exclure la censure des concessions dérisoires n'est-il pas alors quelque peu périlleux, alors que rien n'incite ici à opérer une réparation vraiment intégrale ? Les concessions dérisoires sont certes délicates à établir mais pourraient être marginalement protectrices dans les cas de déséquilibre les plus manifestes. Par ailleurs, exclure la qualification de transaction et l'effet définitif qui y est attaché ne risque-t-il pas d'ouvrir la voie à des actions en indemnisations complémentaires, de sorte que l'assureur n'aurait peut être plus intérêt à les utiliser ?

Sans doute faudrait-il alors se livrer à une qualification distributive de l'accord : à une application différenciée des textes, le droit commun des articles 2044 c. civ. s'appliquant aux accords d'indemnisation entre assureur et assuré en cas de litige sur l'indemnisation due par l'assureur résolu à l'amiable, tandis que dans le champ de la loi de 1985 ce ne sont pas des transactions au sens du droit commun, ou du moins elles ne relèvent pas de l'exigence de concessions mutuelles. Il y a pourtant fort à parier, mais les études n'ont pas ici été menées de manière systématique, que l'indemnisation transactionnelle est là aussi inférieure à celle qui résulterait d'un jugement. Dans ce processus moins contraint, les efforts déployés par l'assureur pour indemniser la victime au plus vite pourraient s'analyser en des concessions spontanées.

40. Le doute sur la qualification des accords d'indemnisation s'étend logiquement à toutes les procédures d'offre inspirées de la loi de 1985, notamment devant les différents fonds, alors que le législateur, là aussi, emploie parfois le terme de transaction¹¹⁸, que le caractère automatique de l'offre est aussi garanti par des mécanismes de sanctions¹¹⁹ et que ces fonds poursuivent aussi un principe de réparation intégrale¹²⁰.

¹¹⁸ Art. 6 de la loi du 5 janvier 2010 n° 2010-2 relative à la reconnaissance et à l'indemnisation des victimes d'accidents nucléaires
Ou pour l'acceptation de l'offre devant l'ONIAM voir aussi Art. L 1142-14 et 1142-15 c. santé pub. et art. L. 1142-17.

¹¹⁹ Pour une sanction de l'absence d'offre, cf. Civ. 1, 6 octobre 2011, n° 10-21212, RCA 2012 n° 19, RGDA 2012 p. 415, et voir art. L. 1142-15 csp. Ce premier arrêt montre l'absence de marge d'appréciation laissé à l'assureur tenu de formuler une offre. Voir aussi Civ. 1, 7 juillet 2011, n° 10-19766, RGDA 2012 RTDCiv. 2011 n° 4 p. 768 n. Landel assimilant une offre dérisoire à une absence totale d'offre et appliquant la pénalité de l'article L 1142-14 csp.

Constatant une baisse du nombre des recours engagés contre le FIVA liés au retard dans la présentation de l'offre cf. Rapport d'activité 2011 du FIVA cité in RCA 2012 chron. n° 8 H. Groutel.

¹²⁰ Pour le FIVA cf. DC 19 décembre 2000 n°2000-437 pour le FIVA. En réservant notamment une possibilité d'indemnisation complémentaire en cas d'aggravation, ce que rappelle une décision récente pour le FIVA, cf. Civ. 2, 29 mars 2012, n° 11-20135, RCA 2012 n° 164 quand bien même la première indemnisation relèverait d'une décision judiciaire, l'autorité de la chose jugée qui y est attachée ne s'oppose pas à la réparation des préjudices nouveaux ou complémentaires nés de cette aggravation, quelle qu'en soit la date.

Pour la procédure d'offre en matière médicale cf. Art. L. 1142-14 csp. « une offre d'indemnisation visant à la réparation intégrale des préjudices subis dans la limite des plafonds de garantie des contrats d'assurance ». « Cette offre indique l'évaluation retenue, le cas échéant à titre provisionnel, pour chaque

Les juges du fond continuent de se référer encore aux articles 2044 s. c. civ., notamment pour les accords conclus avec l'ONIAM¹²¹. Il est vrai que la question du contrôle de l'existence de concessions mutuelles n'a pour l'heure pas été posée directement. Mais de ce point de vue, l'exigence de réparation intégrale est aussi l'un des objectifs de l'encadrement contraignant de ces procédures, et un alignement sur les solutions rendues en 2006 et 2010 se concevrait naturellement.

41. Une thèse récente de J. Knecht, écarte la qualification de transaction pour les conventions d'indemnisation par les fonds, affirmant même que la qualification de contrat procède d'un abus de langage, étant donné l'absence de marge de manœuvre de la victime et étant donné que le fonds est tenu d'indemniser¹²². Il suffirait de dire que l'acceptation de l'offre prive l'intéressé de son intérêt à agir, dès lors qu'il a obtenu réparation intégrale. Détacher totalement ces mécanismes de la technique contractuelle ne semble cependant pas opportun. La référence au contrat à la mérite de souligner que la victime est libre de refuser l'offre qui lui est faite, libre également de renoncer à l'action en justice devant les tribunaux, ou au contraire, de privilégier cette voie, ce qui donne au contrôle des vices du consentement tout son sens. Dire que ce ne sont pas des transactions, et qu'il suffit de passer par l'absence d'intérêt à agir ne résout pas tout. Notamment, parce que la réparation intégrale est avant tout un objectif à atteindre, et qu'il serait choquant de s'abriter derrière une irrecevabilité de l'action pour valider des sous-évaluations manifestes du préjudice, ou une indemnisation acceptée sous l'emprise d'un vice du consentement. Au demeurant, la notion d'intérêt à agir est une notion délicate à manier et discutée en procédure, compte tenu notamment des dérives « moralisatrices » qu'a parfois permis le recours à la notion d'intérêt légitime, de sorte qu'il est douteux d'y voir la solution du problème. L'intérêt à agir doit nécessairement être appréhendé largement pour éviter de préjuger du fond, lors de son examen, et pour préserver le droit d'accès au juge. L'indemnisation conventionnellement retenue deviendrait-elle alors indiscutable et incontestable alors même qu'un jugement ne l'est pas ?

Qualifier l'accord de transaction dérogatoire, ou dire qu'il y a emprunt de régime, traduit son effet définitif, ce qui exclut une indemnisation complémentaire pour les chefs de préjudice qu'il couvre. C'est ce qui a conduit les juges du fond à retenir la qualification transactionnelle dans les affaires précitées¹²³. Cela traduit aussi que cet acte emportant renonciation définitive au droit d'action, impose de précautions particulières pour les mineurs ou majeurs protégés. La transaction ne peut dès lors porter que sur des droits disponibles, comme l'article 2045 c. civ. l'énonce, ce qui exclut sans doute en matière de réparation du préjudice corporel, l'hypothèse de l'aggravation, voire l'action en constatation d'une faute inexcusable de l'employeur¹²⁴. Exclure la

chef de préjudice »

¹²¹ cf. Trib. Corr. Paris 14 janvier 2009, D. 2009 p. 1459, RCA 2009 étude 14, obs. Lelièvre Boucharat, Lamy Droit civil 2009 n° 62. CAA Bordeaux 23 déc. 2012 n° 10BX01629 inédit

¹²² cf. J. Knecht, *Le droit de l'indemnisation et les fonds d'indemnisation, Analyse en droit français et allemand*, thèse dactylographiée n° 603.

¹²³ cf. Trib. Corr. Paris 14 janvier 2009, D. 2009 p. 1459, RCAss. 2009 étude 14, obs. Lelièvre Boucharat, Lamy Droit civil 2009 n° 62. CAA Bordeaux 23 déc. 2012 n° 10BX01629 inédit

¹²⁴ La C. Cass. a délimité la portée extinctive d'une convention d'indemnisation du préjudice lié à une maladie professionnelle, et réserve l'action en constatation d'une faute inexcusable. Elle n'est pas empêchée par la conclusion d'une transaction fixant les indemnités de réparation du préjudice, l'arrêt

qualification de transaction supposerait alors, au travers d'un régime adapté, d'intégrer ces exigences.

42. Le rapprochement des logiques du droit processuel et du droit des contrats fait apparaître qu'un encadrement du processus transactionnel, en amont pour tendre vers l'objectif de réparation intégrale, permet de concevoir d'écarter le contrôle des concessions mutuelles, si difficiles à caractériser dans les conventions portant sur l'indemnisation du préjudice corporel notamment. Dans le contexte de la loi de 1985, et des autres procédures d'offres devant les fonds qui s'en inspirent, il est relayé par un contrôle juridictionnel, opéré en amont, sur le processus de formation du contrat qui sanctionne les offres incomplètes ou trop lentes, enrayant ainsi certains abus (même si une combinaison des deux contrôles en amont et en aval pouvait se concevoir).

Se détacher purement et simplement de la qualification transactionnelle parce qu'elle n'est pas appropriée, supposerait de bâtir un régime apportant à la victime les garanties d'une réparation intégrale et tenant compte de sa situation de faiblesse. Une simple référence à la force obligatoire des contrats et à une qualification *sui generis* ne semblent dès lors pas satisfaisantes. Il faut en effet définir la portée de la renonciation au droit d'agir en justice, et les hypothèses de remise en cause de ce contrat. Si les vices du consentement ont pu apparaître en partie inadaptés et ont suscité une jurisprudence importante sur la notion d'erreur sur l'objet, la disqualification de l'accord ne laisse alors que cette voie d'annulation tirée du droit commun.

Le mérite de la qualification transactionnelle, fût-elle un emprunt de régime ou une qualification dérogatoire, serait sans doute de signifier clairement que ce contrat a une efficacité procédurale, qu'il met fin au litige relatif à la réparation des préjudices qui y sont compris, sous réserve que soient en cause des droits disponibles (serait ainsi réservée l'hypothèse de l'aggravation en cas de préjudice corporel), et peut-être d'exclure l'erreur de droit. En emportant renonciation définitive au droit d'action, cet accord transactionnel d'indemnisation amiable impose des précautions particulières si la victime est mineure.

En somme, une grande imprécision règne encore sur la qualification et le régime de ces accords. L'extension des procédés d'indemnisation amiable et la multiplicité des acteurs qui appliquent ce principe de réparation intégrale appellent sans doute à une barémisation, ou du moins à une nomenclature des différents postes de dommages, comme la nomenclature Dintilhac le suggère¹²⁵. Une plus grande homogénéité pourrait également venir d'un mouvement de regroupement des fonds qui est déjà à l'œuvre avec les compétences élargies de l'ONIAM.

étant rendu au visa de l'article L 482-4 du Code de la sécurité sociale (cf. Civ. 2, 1^o juin 2011, n^o 10-20178, Rev. Lamy Droit civil J.P Brun, J Soc. Lamy 2011 n^o 311-312). La C. App. avait affirmé le contraire : en transigeant l'intéressé avait renoncé à faire constater la faute inexcusable de l'employeur.

¹²⁵ « *Le pluralisme des voies d'indemnisation fait de l'évaluation d'un préjudice extrapatrimonial une opération à géométrie variable* », faite à l'heure actuelle de référentiel indicatif unique cf. Thèse de J. Knecht n^o 610 précitée.