
ARTICULATION DE LA RÉPARATION PAR LES FONDS AVEC LA RESPONSABILITÉ ET LES AUTRES TECHNIQUES D'INDEMNISATION

Rapport de synthèse

Laurence Clerc-Renaud, Maître de conférences à l'Université de Savoie, membre du CDPPOC

Christophe Quézel-Ambrunaz, Maître de conférences à l'Université Grenoble-Alpes, associé au CDPPOC

L'articulation est en linguistique la prononciation distincte des mots ; nécessaire à la compréhension du discours, elle est à la fois jonction et différenciation des sons. L'articulation des différentes techniques d'indemnisation des dommages est, de même, nécessaire à la compréhension d'un système d'indemnisation, et, pour poursuivre le parallélisme, est le point de contact de ces techniques, mais aussi le lieu où se manifestent leurs différences.

Métamorphoses de la socialisation des risques. La mutualisation ou socialisation des risques est un mécanisme qui n'est pas nouveau, mais qui connaît toutefois des transformations. Les premières techniques sollicitées concernaient les assurances privées et les assurances sociales¹. L'avènement des fonds d'indemnisation ou, dans une moindre mesure, de garantie, est de nature à changer cette donne initiale. La socialisation des risques, par les fonds, se différencie et se spécialise; les fonds n'occulent pas les autres techniques d'indemnisation des dommages, les questions d'articulation deviennent plus aiguës et complexes. Les fonds ont ainsi pu être décrits comme "source de conflits au sein du droit de l'indemnisation"². En d'autres termes, les questions d'articulation ne concernent plus exclusivement la responsabilité et l'assurance, mais aussi la responsabilité et les fonds, ainsi que les fonds et l'assurance. L'articulation est nécessaire, pour éviter tant les redondances que les omissions, dans les champs susceptibles d'être couverts par ces techniques. L'addition des fonds, assurances, et responsabilités forme un véritable "droit de l'indemnisation"³, mais ce sont les articulations entre les éléments qui lui donnent les caractères d'un système.

Le phénomène de socialisation des risques semble global ; néanmoins, tous les systèmes d'indemnisation ne sont pas confrontés de la même manière à la problématique de l'articulation entre les fonds et les autres modes d'indemnisation, soit qu'ils ignorent quasiment les fonds d'indemnisation en eux-mêmes⁴, soit que ces

¹ Ce sujet a donné lieu à des études fondamentales, et notamment celles de R. Savatier, La surabondance des débiteurs de réparation autour de la victime d'accident et l'enchevêtrement de leurs dettes, *Dall.* 1962, chr. p. 173; G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, th. Paris, LGDJ, 1965; Ph. Pierre, *Vers un droit des accidents : contribution à l'étude du report de la responsabilité civile sur l'assurance privée*, th. Rennes, 1992, n° 86 ; C. Russo, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe, contribution à l'étude d'une mutation de la couverture des risques*, préface G. J. Martin, th. Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 9, 2001 ; R. Bigot, *L'indemnisation par l'assurance de responsabilité civile professionnelle*, th. Tours, 2012.

² J. Knetsch, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, préf. Y Lequette et C. Katzenmeier, th. LGDJ, 2013, n° 558 sq.

³ J. Knetsch, *L'articulation de l'indemnisation par les fonds avec la responsabilité civile et les autres techniques d'indemnisation*, rapport allemand, p. 1.

⁴ R. Pazos Castro, *Articulation de la réparation par les fonds avec la responsabilité*, (Rapport espagnol).

fonds ne tendent pas réellement à assurer une indemnisation intégrale des dommages subis (et entrent donc par là-même moins en concurrence avec les autres mécanismes)⁵.

L'impensé de l'articulation. L'articulation de la réparation par les fonds avec la responsabilité et les autres techniques d'indemnisation semble être largement impensée. À quelques très rares exceptions près, les fonds sont conçus comme des systèmes autonomes, fonctionnant en vase clos. Il est possible que ceci provienne de ce que, dès l'origine, les fonds sont créés en concurrence ou en complémentarité avec la responsabilité – et les autres techniques d'indemnisation.

Concurrence et complémentarité. La relation de concurrence se rencontre lorsque la norme instaurant le fonds vient s'ajouter à celle de la responsabilité. La relation de complémentarité se trouve lorsque le fonds est instauré pour combler une lacune de la responsabilité : la victime, sans le secours du fonds, ne pourrait être indemnisée, pour des raisons de droit, ou des contingences de fait (responsable inconnu).

Cette complémentarité et cette concurrence entre les fonds et les autres modes d'indemnisation se retrouvent certainement dans chaque système d'indemnisation. Néanmoins, selon les systèmes juridiques, l'apparition des fonds semble parfois répondre à une logique globale, plutôt de concurrence avec la responsabilité⁶, ou alors, principalement à une logique du « coup par coup », pour combler les lacunes de la responsabilité⁷. Encore, ces interventions ponctuelles peuvent parfois intervenir pour répondre à des accidents sériels (l'on pense par exemple aux divers fonds créés pour indemniser les victimes de contamination transfusionnelle du VIH), mais aussi parfois à propos d'événements individuels, comme les mesures espagnoles adoptées après des incendies de grande ampleur⁸.

De même, si les différents rapports nationaux mettent en exergue une sorte d'impératif d'indemnisation des victimes, peu vont jusqu'à considérer, comme le fait le rapport français, que l'indemnisation – par la sécurité sociale, est un droit subjectif. À pousser cette logique, tout se passe comme si la question n'est plus de savoir s'il faut indemniser, mais qui doit indemniser – et une réponse insatisfaisante ou impossible à cette question déclenche le besoin social de la création d'un nouveau fonds.

Technique juridique et articulation des sources d'indemnisation, Problématique. Raisonner en termes de concurrence ou de complémentarité permet une lecture politique du phénomène, mais n'est pas suffisant pour décrire juridiquement l'articulation des différents modes d'indemnisation du dommage. Le droit se doit d'appréhender l'articulation de la multiplicité des sources d'indemnisation afin de préserver l'économie et la finalité propres de chacune de ces sources, et de ne pas enfreindre les principes généraux et transversaux de l'indemnisation des dommages (ne serait-ce que la règle selon laquelle la victime ne saurait s'enrichir par l'indemnisation qu'elle reçoit).

La nécessité de l'articulation se manifeste tant dans la fin – l'indemnisation – que dans les moyens – les actions pour obtenir réparation. En effet, lorsque plusieurs voies de droit seraient envisageables pour qu'une victime obtienne une indemnisation, l'on peut imaginer que la victime puisse choisir la voie qu'elle va suivre, qu'elle puisse en cumuler certaines, ou que l'ouverture d'une action spécifique ferme la possibilité de recourir à d'autres procédures. Les voies de recours exercées, la victime reçoit une ou plusieurs indemnisations ; le besoin d'articulation se fait encore sentir ici : la victime peut parfois cumuler, éventuellement dans une certaine limite, les différentes indemnisations ; il se peut également que le jeu des recours vienne absorber en tout ou partie l'indemnisation offerte par une certaine voie.

⁵ J. Knetsch, rapport préc.

⁶ N. Rias, Articulation de la réparation par les fonds avec les autres techniques d'indemnisation - Rapport français -, p. 1-2.

⁷ R. Pazos Castro, Articulation de la réparation par les fonds avec la responsabilité, (Rapport espagnol), p. 1 ; J. Knetsch, Panorama général et typologie des fonds d'indemnisation (droit allemand), p. 1.

⁸ R. Pazos Castro, rapport espagnol, p. 2.

Plan. Les deux questions, tournant respectivement autour des actions, et des indemnisations⁹, sont distinctes : il est possible d'imaginer que les actions soient cumulables, mais qu'en cas de succès de chaque action, les indemnisations ne le soient pas, ou du moins, pas au-delà d'une certaine limite. Ainsi, décrire l'articulation de la réparation par les fonds avec la responsabilité et les autres techniques d'indemnisation, suppose de distinguer l'articulation des actions (I), et l'articulation des indemnisations (II).

I – L'ARTICULATION DES ACTIONS

L'articulation des actions se présente sous de multiples visages. Un même fonds peut avoir une compétence subsidiaire ou concurrentielle. Lorsque la victime ne peut obtenir réparation qu'en actionnant un fonds ou autre mécanisme de socialisation des risques, il n'y a pas de concours possible entre les actions. Une telle situation sera identifiée comme une hypothèse de compétence subsidiaire ou de substitution (A). Au contraire, lorsque la victime du dommage aura soit le choix entre les actions offertes par le fonds ou par un autre régime d'indemnisation, soit pourra cumuler les actions contre le fonds et un responsable, on sera en présence d'une situation concurrentielle (B).

A) L'ARTICULATION DES ACTIONS EN L'ABSENCE DE CONCOURS : LES SITUATIONS DE COMPÉTENCE SUBSIDIAIRE DES FONDS ET AUTRE TECHNIQUES DE RÉPARATION

La réparation par le Fonds est subsidiaire lorsque sa compétence est subordonnée à l'absence de possibilité de mise en œuvre d'une autre action. L'indemnisation pourra être servie seulement par l'action contre le Fonds ou par la mise en œuvre d'un système d'indemnisation sans que la responsabilité de l'auteur du dommage puisse être recherchée parce qu'il manque une condition de mise en œuvre de la responsabilité de l'auteur du dommage ou qu'il n'existe pas de responsabilité civile. Le rapporteur français utilise le terme de « substitution » du mécanisme de socialisation au régime de responsabilité pour décrire ces situations. Le mécanisme de socialisation vient prendre la place d'un mécanisme de responsabilité pour octroyer à la victime une indemnisation.

Les mécanismes d'assurance directe. S'il est un mécanisme d'indemnisation ou de garantie des dommages qui fonctionne de manière identique dans les différents pays européens, c'est bien le système de l'assurance directe. Le dommage aux biens (via l'assurance de chose) ou le dommage corporel (via les assurances de personnes et les garanties accident corporel) sera « réparé » par l'assureur de la victime en exécution du contrat d'assurance et sans égard à l'existence d'un responsable. Si un cumul d'actions est envisageable en présence d'un responsable, la seule action dont disposera la victime en l'absence de responsable (et à supposer qu'il n'existe pas un autre mécanisme de socialisation des risques) est l'action contre son assureur de biens ou de personnes (dommage corporel) par l'application du contrat d'assurance qu'elle a souscrit.

Les mécanismes d'assurance sociale. De même, les prestations servies en cas de réalisation de certains risques par les organismes sociaux sont présentes dans de nombreux États européens. Par exemple pour le risque maladie, l'assuré social se contentera, la plupart du temps, des prestations servies par la caisse (remboursement des médicaments, des frais d'hospitalisation, indemnités journalières pour perte de salaire etc...) parce que justement, il n'existe pas de « responsable » du dommage à qui on pourrait imputer une quelconque réparation.

Les fonds de garantie : approche générale de leur articulation en raison de leur nature. Il nous semble que la nature du fonds peut exercer une influence sur leur articulation avec les autres mécanismes de réparation. Parmi les fonds, il est possible de distinguer les fonds de garantie et les fonds d'indemnisation. Seuls les fonds de garantie visent la situation d'absence de concours dans le sens où la seule réparation octroyée à la victime le serait par l'appel au Fonds, caractérisé par sa vocation subsidiaire à intervenir. Dans la notion de subsidiarité, il y a l'idée, non seulement de « *ce qui s'applique à défaut de* », mais surtout de « *ce qui prend la place de* ». Cette idée de substitution se retrouve dans le rapport français¹⁰ mais aussi dans le rapport allemand¹¹. Les régimes spéciaux de garantie sont subsidiaires par rapport au droit commun de la

⁹ Sur cette distinction, J. Knetsch, th. prec., n° 562.

¹⁰ N. Rias, rapport français, p. 3 et s.

¹¹ J. Knetsch, rapport allemand, p. 2 : Sur les modes d'intervention des fonds en droit allemand, « *une première distinction se dessine entre les fonds qui se substituent à la responsabilité individuelle et ceux qui s'y ajoutent* ».

responsabilité mais aussi par rapport aux régimes spéciaux de responsabilité et d'indemnisation. Ils ne s'appliquent pas à défaut du droit commun de la responsabilité ou d'un régime spécial mais ils se substituent à eux, pour, dans certaines circonstances bien déterminées, apporter à la victime une réparation que ne peuvent lui procurer les « mécanismes principaux de réparation »¹². Il découle de leur nature que ces régimes spéciaux de garantie ne sont pas établis pour faire concurrence aux mécanismes principaux de réparation, mais bel et bien pour apporter à la victime une réparation que l'on pourrait qualifier de secours, lorsque ni la responsabilité civile, ni les régimes spéciaux d'indemnisation ne permettent d'aboutir à cet objectif. La subsidiarité des régimes de garantie se présente non pas en termes d'applicabilité des différents régimes mais en termes de possibilité de mise en œuvre. En présence d'un régime de garantie, les conditions d'application du droit commun et des régimes spéciaux ne sont pas en cause : ces régimes sont ici la plupart du temps susceptibles de s'appliquer. Simplement, une fois mis en œuvre, ils ne permettent pas à la victime d'obtenir une indemnisation. C'est à ce stade que joue la subsidiarité du régime de garantie. Comme les régimes spéciaux de responsabilité, les régimes spéciaux de garantie ne peuvent jamais s'appliquer cumulativement avec le droit commun de la responsabilité. De même que l'on ne peut pas choisir, en principe, entre un régime spécial de responsabilité et le droit commun de la responsabilité¹³, on ne peut non plus opter entre un régime de garantie et le droit commun ou un régime spécial de responsabilité. Mais la comparaison s'arrête là : les régimes spéciaux de garantie n'excluent pas le droit commun de la responsabilité ; ce n'est pas leur caractère spécial qui s'oppose à l'option ou au cumul mais leur caractère subsidiaire¹⁴.

Les fonds de garantie : illustrations de leur compétence subsidiaire. À ce titre, apparaissent comme des fonds intervenants par substitution ou à titre de garantie **les Fonds de garantie automobile**. Comme le relève le **rapport français**, le **FGAO** vient se substituer à la responsabilité civile toutes les fois que la victime ne peut obtenir réparation ni auprès de l'auteur de l'accident (soit qu'il n'est pas identifié, soit qu'il n'est pas solvable) ni auprès de l'assureur de ce dernier (lorsque le conducteur ou gardien du véhicule n'a pas souscrit de contrat d'assurance pourtant obligatoire, lorsque l'assureur est insolvable ou lorsqu'une exception liée au contrat d'assurance est opposable à la victime comme la nullité, la suspension du contrat ou de la garantie pour non-paiement des primes)¹⁵. Le champ d'application du fonds de garantie automobile français a une vocation subsidiaire plus large que celle d'indemniser les victimes d'accidents de la circulation impliquant un véhicule terrestre à moteur puisque le fonds a vocation à indemniser les victimes d'un accident survenu sur un lieu de circulation publique par une personne circulant sur le sol ou un animal lorsque l'auteur de l'accident n'est pas assuré, n'est pas identifié ou est en fuite¹⁶. Il indemnise également les victimes d'accidents de chasse dont le ou les auteurs ne sont pas identifiés ou pas assurés et les victimes de catastrophes technologiques dans des conditions restrictives¹⁷.

Comme le souligne le **rapport italien**, le fonds de garantie pour les victimes d'accidents de la route et le fonds de victimes des accidents de chasse semblent fonctionner de la même manière en permettant d'indemniser la victime lorsque l'auteur du dommage n'est pas identifié ou n'est pas assuré.

En droit belge, le Fonds commun de garantie automobile devenu Fonds commun de Garantie belge a connu à l'instar du FGAO français un élargissement de ses missions d'indemnisation depuis la loi du 13 novembre 2011 relative à l'indemnisation des dommages corporels et moraux découlant d'un accident technologique. **Concernant le risque automobile** le fonds intervient à titre subsidiaire lorsque le dommage est causé par un véhicule automoteur dans des hypothèses plus nombreuses qu'en droit français mais qui, à chaque fois, reflètent l'échec de la mise en œuvre de la réparation par l'assureur du conducteur du véhicule

¹² Le terme de « mécanismes principaux de réparation » doit s'entendre comme un mécanisme de réparation qui s'applique à titre principal, que ce soit le droit commun de la responsabilité, un régime spécial de responsabilité ou d'indemnisation. Il s'oppose ainsi à « mécanisme subsidiaire de réparation » qu'est particulièrement le régime de garantie.

¹³ Sauf option exceptionnellement prévue par le texte spécial, v. notamment l'option de l'article 1386-18 du Code civil, même si elle est largement vidée de sa portée (supra n° 151 et s.)

¹⁴ D'ailleurs, pour cette même raison, ils n'excluent pas non plus les autres régimes spéciaux de réparation. Sur la subsidiarité des fonds de garantie en droit français, v. L. Clerc-Renaud, du droit commun et des régimes spéciaux en droit contractuel de la réparation, Thèse Chambéry, 2006, spéc. n°381-382.

¹⁵ N. Rias, Rapport français p. 4

¹⁶ Article L. 421-1 C. ass.

¹⁷ Il s'agit uniquement d'indemniser non les dommages corporels mais les dommages matériels causés à certains biens immobiliers constituant une résidence principale, à condition que le dommage ne soit pas couvert par un contrat d'assurance de dommage et que l'état de catastrophe technologique soit constaté (art L. 421-16 du C. ass.)

impliqué (faillite ou défaut d'agrément de la société d'assurance, absence de garantie par l'entreprise d'assurance en raison d'un cas fortuit exonérant le conducteur, exclusion légale de garantie en cas de vol, de violence ou de recel du véhicule impliqué, défaut d'offre d'indemnisation dans les délais par l'entreprise d'assurance, véhicule non identifié etc.)¹⁸. Toutefois, on remarquera que le rapporteur Belge précise que « *l'intervention du Fonds Commun ne revêt aucun caractère subsidiaire* » dans la mesure où « *la victime qui se trouve dans une des hypothèses prévues par l'article 19bis-11 §1^{er} de la loi du 21 novembre 1989 peut directement s'adresser au Fonds* »¹⁹. A notre sens, c'est au moins une subsidiarité théorique qui existe dans le sens où les situations visées par l'article précité sont précisément des situations où la victime ne pourrait pas obtenir indemnisation si elle agissait contre le responsable de l'accident, peu important, qu'en pratique, elle ait eu besoin ou non de se confronter à cet obstacle pour être en droit de demander réparation au fonds. Il ne nous semble pas que l'on puisse parler d'un véritable concours d'actions entre celle contre le fonds et celle en application des mécanismes de la responsabilité civile²⁰. **Concernant le risque technologique**, Bernard Dubuisson précise que « *l'intervention du fonds est subsidiaire par rapport à toute autre intervention dont pourrait bénéficier la victime et qui aurait pour objet de réparer les mêmes préjudices* »²¹. En ce sens le Fonds ne peut intervenir qu'après intervention de la sécurité sociale, des assurances individuelles ou collectives de la victime et de l'assurance de responsabilité civile. A également été instauré en droit belge un régime d'aide financière (et non d'indemnisation) pour les victimes d'actes intentionnels de violence. Ce **Fonds spécial d'aide aux victimes d'actes intentionnels de violence** revêt incontestablement un caractère subsidiaire puisque l'une des conditions essentielles à l'octroi de l'aide financière étant que la réparation du préjudice ne puisse être assurée « *de façon effective et suffisante par l'auteur ou le civilement responsable par un régime de sécurité sociale ou par une assurance privée ou de toute autre manière* ». À ce titre, il s'agit bien d'un mécanisme de garantie avec intervention subsidiaire après échec effectif et éprouvé d'une éventuelle action contre l'auteur de l'acte intentionnel de violence, soit que l'auteur de l'infraction a pu être identifié mais que le requérant n'a pas pu obtenir réparation en intentant une action devant les juridiction pénales ou civiles, soit que l'auteur est demeuré inconnu à condition que le requérant ait porté plainte, ait acquis la qualité de partie lésée, se soit constitué partie civile²².

On soulignera l'analyse nuancée du rapporteur allemand. Pour Jonas Knetsch²³, le **droit allemand** connaît aujourd'hui exclusivement des régimes spéciaux qui se juxtaposent à la voie de droit commun, en ce sens que le demandeur dispose toujours d'une option entre engager une action en responsabilité contre l'auteur du dommage et demander indemnisation selon les règles du régime spécifique. Néanmoins, poursuit-il, « *cela ne signifie pas que le bénéficiaire d'un fonds soit toujours dans une position qui lui permette d'exercer une action en responsabilité civile, l'auteur du dommage pouvant être inconnu ou tout simplement inexistant* » comme par exemple pour l'intervention du Fonds de garantie automobile en cas de fuite de l'auteur de l'accident. Toujours selon Jonas Knetsch, cela n'empêche pas que l'on puisse opérer une distinction supplémentaire en fonction du caractère principal ou subsidiaire de l'intervention du fonds. Selon que l'octroi d'une indemnité est indépendant d'une mise en œuvre préalable de la responsabilité individuelle ou à l'inverse subordonné au respect d'une règle de subsidiarité, on sera en présence d'un dispositif d'indemnisation de la première ou de la seconde catégorie. Pour notre part, nous avons envisagé les situations de subsidiarité dans un sens plus large : dès lors que l'action en responsabilité ne peut aboutir soit en raison de considérations théoriques (absence d'une des conditions de la responsabilité) ou pratiques (impossibilité de mettre en œuvre la responsabilité sans égard à une mise en œuvre préalable effective), il n'y aurait pas de concours possible, pas d'option ou de cumul possible et donc une compétence subsidiaire du fonds²⁴. Quoiqu'il en soit, l'auteur

¹⁸ Rapport belge, V. Callewaert, Le fonds commun de garantie belge, n° 8 p. 4 (reprenant l'article 19 bis-11 de la loi du 21 novembre 1989).

¹⁹ V. Callewaert, préc. n° 16, p. 7-8

²⁰ Cf. infra I - B)

²¹ B. Dubuisson, rapport belge, la loi relative à l'indemnisation des dommages découlant d'un accident technologique, p. 10 n° 14.

²² N. Etienne, Rapport belge, l'aide financière aux victimes d'infractions pénales en Belgique : Le fonds spécial d'aide aux victimes d'actes intentionnels de violence, spéc. p. 5 et 6.

²³ Rapport Allemand, J. Knetsch, L'articulation de l'indemnisation par les fonds avec la responsabilité civile et les autres techniques d'indemnisation, p. 3.

²⁴ Rappr. N. Rias, rapport français, p. 5 qui fait la distinction entre la substitution factuelle et la substitution juridique. La substitution est factuelle lorsque l'engagement de la responsabilité civile se heurte à un obstacle tenant aux circonstances particulières de l'espèce. Elle est juridique lorsque la responsabilité civile de l'auteur du dommage ou de ceux qui en répondent ne peut en droit être recherchée.

identifie comme étant des situations qui nécessitent la condition de subsidiarité, l'intervention du fonds de garantie automobile, des fonds de garantie des déposants et des assurés, du fonds de garantie des notaires.

En **Espagne**, un **mécanisme à vocation générale** intervient à titre subsidiaire²⁵ : Le Consorcio de Compensación de Seguros (CCS) espagnol remonte à 1941. En 1954, il a été transformé en une entreprise publique permanente chargée de faciliter l'indemnisation de risques catastrophiques. Le CCS verse des indemnités au titre des dommages directs aux personnes ou aux biens causés par des événements extraordinaires (acontecimientos extraordinarios) s'étant produits sur le territoire espagnol et qui ne sont pas couverts par les politiques d'assurance privée ordinaires. Par définition, les "événements extraordinaires" sont non seulement les événements naturels, (inondations exceptionnelles, tremblements de terre ou séismes sous-marins, éruptions volcaniques), mais aussi les « risques socio-politiques », à savoir non seulement les actes de terrorisme, mais aussi les rébellions, les émeutes et les actions menées en temps de paix par les forces armées ou les forces de sécurité.

Enfin, on remarquera que certains fonds ont à la fois vocation à intervenir de manière subsidiaire ou de manière concurrentielle. C'est le cas de l'ONIAM en droit français. On peut parler de vocation subsidiaire²⁶ lorsque l'ONIAM indemnise les accidents médicaux non fautifs. En effet, il n'y a pas de concours possible avec une éventuelle action en responsabilité : soit le dommage résulte d'un accident fautif ou d'une infection nosocomiale sans caractère de gravité et la victime peut rechercher la responsabilité du médecin ou de l'établissement de soins, soit le dommage résulte d'un accident médical non fautif et sera indemnisé uniquement par l'ONIAM, à condition que les conditions restrictives de son indemnisation prévues par la loi soient remplies²⁷. L'ONIAM se substitue donc à la responsabilité civile dans des hypothèses où elle ne peut être engagée²⁸.

B) L'ARTICULATION DES ACTIONS EN SITUATION DE CONCOURS : L'OPTION ENTRE LES ACTIONS OU LE CUMUL DES ACTIONS

Le concours est identifié lorsque la réparation peut à la fois être servie par la mise en œuvre des règles de la responsabilité et par la mise en œuvre des règles d'indemnisation hors responsabilité. La victime a donc au moins le choix entre l'action contre le fonds et l'action contre le responsable (1) et peut dans certaines hypothèses cumuler les actions (2).

1° OPTION

Choix entre un régime ou fonds d'indemnisation et un régime de responsabilité : explication en raison de la nature du régime spécial de réparation. Cette situation se rencontre assez fréquemment en droit français. La victime qui dispose d'un régime d'indemnisation n'est en principe pas privée de l'action en responsabilité qu'elle peut éventuellement mettre en œuvre contre l'auteur du dommage : elle ne demandera pas réparation à la même personne ; elle ne demandera pas réparation en mettant en œuvre les mêmes mécanismes. La victime peut donc choisir entre une action contre le responsable en application du droit commun ou d'un régime spécial de responsabilité civile et une action contre un fonds en application d'un régime spécial d'indemnisation. C'est la nature du régime d'indemnisation et du fonds d'indemnisation qui permet cette option : possible en présence d'un fonds ou régime d'indemnisation stricto sensu, exclue en présence d'un régime de garantie (qui est subsidiaire et sans concurrence possible)²⁹.

L'existence d'un fonds d'indemnisation ne crée pas d'immunité de responsabilité : il est donc concevable que l'auteur du dommage soit poursuivi, soit par la victime au stade de l'obligation à la dette, soit par le fonds qui a indemnisé la victime et qui se trouve subrogé dans les droits de cette dernière au stade de la contribution à la dette³⁰. L'explication de l'option réside plus dans l'existence de mécanismes de natures

²⁵ Rapport « indemniser les victimes du terrorisme », Analyse comparative pour le Comité européen de coopération juridique (CDCJ), Par M. Bernhard A. Koch, European Centre of Tort and Insurance Law, Autriche 2006, spéc. p. 15.

²⁶ Sur l'intervention de l'ONIAM en concurrence avec d'autres actions en responsabilité, cf. infra I - B)

²⁷ V. article L. 1142-1 I et II du code de la santé publique. V. N. Rias, rapport français, p. 4 et 5.

²⁸ Rapport français, N. Rias, p. 5

²⁹ V. *supra* I A).

³⁰ La concurrence est ainsi directe ou indirecte, v. N. Rias, rapport français, p. 6.

différentes qui aboutissent au même résultat, que véritablement dans la résolution d'un problème d'articulation entre le droit commun de la responsabilité et les régimes spéciaux. En conséquence, la règle de l'application exclusive du régime spécial (*specialia generalibus derogant*) n'est d'aucun secours pour venir régler le conflit qui est avant tout un conflit entre régime de responsabilité et régime d'indemnisation et non un conflit entre droit commun et régimes spéciaux. Ces différents régimes entrent ainsi en concurrence, en permettant l'option³¹.

Illustrations : les fonds d'indemnisation permettant l'option. Ces situations de concours aboutissant à une option sont particulièrement présentes en droit français. Il nous semble qu'elles le sont un peu moins ailleurs. C'est en premier lieu au sujet du fonds de garantie des victimes d'infractions et des actes de terrorisme (FGTI) que l'option s'illustre. Que le FGTI intervienne pour indemniser les victimes d'actes de terrorisme³² ou les victimes d'autres infractions³³, la victime peut solliciter la réparation du dommage qu'elle a subi auprès du fonds par une action devant la CIVI, sans que la recevabilité de sa demande soit subordonnée à la recherche antérieure de la responsabilité civile de l'auteur du dommage et a fortiori il n'est pas nécessaire que préalablement les auteurs aient été pénalement condamnés et que leur responsabilité civile aient été retenue sur le fondement de l'article 2 du Code de procédure pénale³⁴. Cette concurrence, qui n'existe pas dans les autres États européens prévoyant un fonds similaire comme par exemple le Fonds belge³⁵, reste toutefois limitée aux seuls cas de dommages corporels présentant un certain degré de gravité. Pour les victimes d'atteintes à la personne ayant entraîné une ITT inférieure à un mois ou pour certaines victimes de dommages aux biens qui sont la conséquence d'infractions comme l'escroquerie ou le vol, le fonds n'est plus en concours avec la responsabilité civile, il s'y substitue, de manière d'ailleurs bien imparfaite comme le relève le rapporteur français, du fait de l'instauration de conditions de ressources de la victime et de la prévision d'un plafond d'indemnisation³⁶.

On retrouve également cette concurrence permettant l'option en droit français avec le FIVA. Ce fonds a vocation à indemniser les victimes de l'exposition à l'amiante dès lors que les conditions relatives au fait dommageable, à la victime et au préjudice sont réunies. Il importe peu que les autres techniques d'indemnisation telles que celles proposées par la sécurité sociale (au titre de la maladie, des accidents du travail et maladies professionnelles) ou par la responsabilité civile n'aient pas été ou ne puissent pas être préalablement actionnées. La victime dispose donc d'une option quant à la voie de droit dont elle dispose pour obtenir réparation³⁷.

Toujours en droit français, l'ONIAM, qui a parfois vocation à intervenir en se substituant à la responsabilité³⁸, est également compétent concurrentement à celle-ci. Comme le souligne le rapporteur français, ce rapport de concurrence est direct s'agissant de la réparation des dommages trouvant leur origine dans une vaccination obligatoire³⁹, ou encore dans un accident médical survenu lors de l'application de mesures d'urgence en cas de menace sanitaire grave⁴⁰. Le rapport de concurrence est au contraire indirect pour ce qui est de la réparation des dommages consistant dans une contamination par le VIH. Dans cette dernière hypothèse, la victime ne peut saisir que l'ONIAM. Cependant la responsabilité civile n'est pas

³¹ Sur l'influence exercée par la nature des régimes et fonds d'indemnisation sur leur articulation, v. Thèse L. Clerc-Renaud, préc. spéc. n°378.

³² Articles L. 422-1 à L. 422-26 du Code des assurances.

³³ Article 706-3 à 706-15 du Code de procédure pénale.

³⁴ N. Rias, Rapport français, p. 7.

³⁵ V. supra A)

³⁶ Procédure de l'article 706-14 du CPP.

³⁷ N. Rias, rapport français, p. 8.

³⁸ V. supra I A).

³⁹ Article L 3111-9 du Code de la santé publique : « Sans préjudice des actions qui pourraient être exercées conformément au droit commun, la réparation intégrale des préjudices directement imputables à une vaccination obligatoire pratiquée dans les conditions mentionnées au présent chapitre, est assurée par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales institué à l'article L. 1142-22, au titre de la solidarité nationale ».

⁴⁰ Article L. 3131-4 du Code de la santé publique : « Sans préjudice des actions qui pourraient être exercées conformément au droit commun, la réparation intégrale des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales imputables à des activités de prévention, de diagnostic ou de soins réalisées en application de mesures prises conformément aux articles L. 3131-1 ou L. 3134-1 est assurée par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales mentionné à l'article L. 1142-22 »

définitivement exclue puisque le fonds se trouve subrogé, à certaines conditions, dans les droits de la victime. Même s'il n'y a pas d'option pour la victime, subsiste une situation de concours au stade du recours.

Pour le rapporteur allemand, comme il a déjà été évoqué, le demandeur disposerait toujours d'une option entre engager une action en responsabilité contre l'auteur du dommage et demander indemnisation selon les règles du régime spécifique tout en précisant que le bénéficiaire d'un fonds n'est pas toujours dans une position lui permettant d'exercer cette option. Là où nous avons exclu la situation de concours du fait de la « substitution factuelle » du fonds aux règles de la responsabilité (par exemple en cas d'impossibilité de mettre en œuvre les règles de la RC parce que le responsable est non identifié ou pas assuré), Jonas Knetsch ne l'écarte pas de sorte qu'il n'y aurait pour lui en droit allemand que peu d'hypothèses de « substitution juridique » (cas où la règle exclut expressément la mise en œuvre de la responsabilité civile) et par conséquent de nombreuses situations de concours⁴¹. On pourrait donc sans doute faire aussi entrer dans les situations de concours ce que certains auteurs identifient comme une substitution factuelle⁴². Où l'on voit que lorsqu'il est question d'articulation, il est aussi et en amont question de définition et de délimitation.

Le concours entre les différents mécanismes de réparation peut faire naître également des situations de cumul.

2° CUMUL

Cumul théorique et cumul effectif. Le cumul entre les actions se présente dès lors que deux actions, pour deux mécanismes d'indemnisation distincts se présentent. Ce cumul des actions ne dit rien, a priori, du cumul des indemnisations (*cf. infra*). Plusieurs actions peuvent être ouvertes concomitamment, soit parce qu'elles reposent sur des fondements parfaitement différents, soit parce que l'une d'elles au moins (typiquement, celle menant devant le fonds) ne permet pas d'obtenir une indemnisation totale de la victime, soit parce qu'un recours ou un remboursement quelconque est prévu si les deux actions s'avéraient fructueuses, le cumul étant simplement un palliatif à l'incertitude affectant le résultat de chacune. L'avènement des fonds a considérablement complexifié les rapports de concurrence préexistants entre les différents modes d'indemnisation⁴³.

À ce propos, il est fréquent qu'un fonds soit mis en place pour pallier les difficultés rencontrées lors de l'exercice des actions préexistantes. Ainsi, alors même que le cumul est possible, les parties, en pratique, ne choisiront que l'une des voies pour obtenir réparation de leurs préjudices, les chances de voir leurs prétentions prospérer par l'autre voie semblant obérées.

Cumul fonds/assurance. Lorsqu'une assurance vient concourir à l'indemnisation de la victime, le concours des actions est très largement admis⁴⁴. Dans le cas d'une assurance de personne, les causes de l'indemnisation étant distinctes, le concours se justifie très largement. Dans le cas d'une assurance de responsabilité, il va de soi qu'alors même qu'une action directe serait offerte à la victime contre l'assureur du responsable, cela ne priverait pas la victime de son action contre le responsable; a fortiori, la victime bénéficiant d'une action directe contre l'assureur du responsable ne perd pas le droit de demander une indemnisation à un fonds, dès lors qu'elle remplit les conditions posées. Évidemment, à propos des fonds de garantie dont la mission est de jouer le rôle d'assureur, lorsque par exemple le responsable n'a pas satisfait à une obligation d'assurance, le cumul est impossible si une action peut être intentée contre un assureur, mais pour des raisons qui tiennent à la nature même du fonds. Dans le cadre d'une assurance relative aux biens, le cumul des actions, là encore, semble possible, dans la limite de la compétence des fonds, qui concernent plus rarement les dommages aux biens que les dommages aux personnes.

Par ailleurs, alors même que différents mécanismes seraient conçus dans une perspective de subsidiarité, il se peut que, selon les circonstances, un cumul des actions soit possible. Ainsi, en droit espagnol, en cas de catastrophe, selon le Décret Royal 307/2005, si les aides publiques ont un caractère subsidiaire, notamment

⁴¹ J. Knetsch, rapport allemand, articulation des fonds, spéc. p. 2-3.

⁴² V. également N. Rias, rapport français p. 5.

⁴³ N. Rias, rapport français, p. 6.

⁴⁴ Cf. J. Knetsch, rapport allemand, préc., p. 1.

par rapport à des assurances que la victime aurait pu souscrire, elles peuvent néanmoins être demandées en cas d'insuffisance de couverture⁴⁵.

Cumul fonds/responsabilité. La création d'un mécanisme d'indemnisation est en principe développée dans un sens favorable à la victime⁴⁶. Dès lors, il serait paradoxale de retirer à la victime qui peut bénéficier d'un fonds la possibilité d'agir en responsabilité civile - sauf à supposer que les règles de la responsabilité civile changent (voir, en France, la loi du 4 mars 2002, affirmant le principe de la responsabilité pour faute en matière médicale, tout en donnant l'appui de l'ONIAM pour les victimes d'aléas thérapeutiques). Mais, dans ce dernier cas, le cumul n'est pas prohibé; il est simplement impossible car les conditions d'ouverture des deux actions ne sont pas réunies en même temps. À hauteur de principe, la question semble parfois ne pas même se poser, ainsi en est-il en droit allemand⁴⁷.

À titre d'exemple, le "système à deux voies" décrivant l'indemnisation, en Belgique⁴⁸, des accidents médicaux, est topique. Ainsi, il est relevé que le système spécifique d'indemnisation a été créé sans préjudice du droit de la victime ou de ses ayants droits de se prévaloir des actions de droit commun. Les deux voies, "amiable" et "judiciaire" sont ainsi concurremment ouvertes, et les actions peuvent être cumulées. Toutefois, parce que cela ne signifie pas que les indemnisations puissent être cumulées (cf. Infra), le demandeur doit, lors de la saisine du fonds, l'informer des procédures pendantes, et des indemnisations déjà octroyées⁴⁹, l'indemnisation totale, notamment par la voie judiciaire, en vertu d'une décision "coulée" en force de chose jugée, étant une cause spécifique d'irrecevabilité⁵⁰. En droit français également : il est possible pour les victimes d'accidents médicaux de mener de front une procédure judiciaire et de saisir la CRCI à condition d'en informer la commission. Autre exemple possible, celui du FGTI français, lorsqu'il intervient pour indemniser les victimes d'actes de terrorisme. La saisine du fonds n'est en rien subordonnée à l'impossibilité d'agir en responsabilité civile, et ne suppose pas que la victime renonce à son action; les deux voies sont bien ouvertes simultanément. Néanmoins, comme il est opportunément remarqué, les avantages que trouve la victime devant le fonds la conduiront certainement à délaisser la voie de l'action en responsabilité⁵¹.

Parfois, le cumul d'action peut être empêché, notamment en contraignant le demandeur s'adressant au fonds à une renonciation préalable à son action en responsabilité. Cela est le cas par rapport à l'indemnisation des victimes de contamination transfusionnelle par le VIH, en Espagne⁵². Le rapporteur espagnol relate des critiques sur l'absence de conditions mises à la renonciation⁵³; en tout état de cause, une condition préalable à l'admissibilité d'une telle renonciation réside certainement dans l'identité d'origine des fonds qui seraient octroyés à la victime, soit par le responsable, soit par le fonds. Dans ce même esprit, le législateur allemand a pu "attacher au versement des indemnités par un fonds un effet extinctif visant les dettes de réparation pouvant incomber aux contributeurs du fonds"⁵⁴. Des projets, avortés, en droit allemand, prévoyaient également que le mécanisme spécifique de solidarité vienne se substituer à la responsabilité civile, dans le domaine couvert⁵⁵.

⁴⁵ R. Pazos Castro, Rapport espagnol, p. 1.

⁴⁶ Voyez, particulièrement net, B. Dubuisson, La loi relative à l'indemnisation des dommages découlant d'un accident technologique [Belgique].

⁴⁷ J. Knetsch, rapport préc., p. 5-6.

⁴⁸ B. de Coninck, Le fonds des accidents médicaux belge, n° 6.

⁴⁹ B. de Coninck, Le fonds des accidents médicaux belge, n° 27.

⁵⁰ B. de Coninck, Le fonds des accidents médicaux belge, n° 28.

⁵¹ N. Rias, rapport français, p. 7.

⁵² R. Pazos Castro, Rapport préc., p. 2.

⁵³ R. Pazos Castro, *ibid*.

⁵⁴ J. Knetsch, rapport préc., p. 5.

⁵⁵ J. Knetsch, rapport préc., p. 2.

II – L'ARTICULATION DES INDEMNISATIONS

À titre liminaire, l'on peut préciser qu'interroger l'articulation des indemnités suppose que les sommes versées à la victime aient une nature indemnitaire. Ainsi, ne se pose pas la question de l'articulation entre une indemnité quelconque, et le versement d'une somme, par exemple en exécution d'un contrat d'assurance de personne prévoyant une indemnité forfaitaire : les sommes n'ayant pas la même nature, et ne procédant pas de la même cause, se cumulent évidemment sans limites.

La victime disposant de plusieurs voies pour obtenir des sommes ayant une nature et un but indemnitaires ne saurait en revanche les cumuler sans plafond. Diverses techniques juridiques permettent de parvenir à une limitation du cumul des indemnités provenant de sources multiples. La première consiste à refuser que la victime puisse s'enrichir en raison du dommage, et donc de ne pas lui permettre d'être indemnisée au-delà du montant de son préjudice (A) ; le recours que peut exercer un fonds auprès du responsable, mais d'autres recours similaires, peuvent également s'analyser en une manière de limiter l'indemnité (B).

A) LE PLAFOND DE LA RÉPARATION INTÉGRALE

Les cumuls au-delà de la réparation intégrale. La réparation intégrale n'est pas, dans tous les systèmes juridiques, l'alpha et l'oméga de la responsabilité civile. Le rapport allemand souligne ainsi que le système qu'il étudie ne réserve qu'une place limitée à la réparation des préjudices extrapatrimoniaux et, plus généralement, au concept de la réparation intégrale⁵⁶. Ainsi, certaines prestations servies par les fonds représentent un caractère plus symbolique qu'indemnitaire. Par conséquent, pour peu toutefois que les textes ne prévoient l'extinction de l'action de la victime, cette dernière peut cumuler les indemnités, sans qu'une quelconque limite, du type du plafond de la réparation intégrale, ne soit posée.

Il semble en tout cas acquis que lorsque, soit un fonds, soit une action en responsabilité, ont permis à la victime de recevoir une indemnité dite intégrale, le cumul avec une autre somme, un quelconque complément d'indemnité, ne pourrait être admis. Pourtant, cela pourrait être tentant pour la victime, tant il se peut que les règles présidant à l'évaluation de différents postes de préjudice, et singulièrement des postes de préjudices extrapatrimoniaux, ne soient pas les mêmes devant les fonds et devant les juges. Cette question de la recevabilité de l'action en complément d'indemnité a connu, en droit français, bien des atermoiements⁵⁷.

Les cumuls à l'intérieur des limites de la réparation intégrale. Néanmoins, dans les systèmes dans lesquels la réparation intégrale est une notion centrale, le cumul des indemnités n'est en principe possible que dans la limite de la réparation intégrale⁵⁸. En effet, les indemnités versées par les fonds n'ont pas toujours vocation à atteindre la réparation intégrale – le montant de la prestation peut être fixé en équité, dans une limite déterminée par la loi⁵⁹.

À ce titre, l'exemple espagnol des situations d'urgence ou de nature catastrophique, telles que réglées par le décret royal 307/2005, est topique. En effet, ce système est en principe de nature subsidiaire, au sens où les aides publiques ne sont pas versées si la victime a d'autres moyens d'obtenir une indemnité. Néanmoins, si ces autres sources d'indemnité ne suffisent pas à compenser l'intégralité des préjudices subis, alors les aides publiques deviennent complémentaire, et se cumulent avec les autres sommes à concurrence du montant des dommages⁶⁰.

⁵⁶ J. Knetsch, rapport allemand, p. 6. Voyez aussi comme N. Rias, rapport français, p. 10, identifie une possibilité théorique de sur-indemnité, qui, en réalité, en raison de nombreuses limitations opposables à la victime, a peu de chances « d'enrichir » la victime.

⁵⁷ Sur tous ces points, J. Knetsch, th. préc., n° 583-615.

⁵⁸ Voyez notamment, S. Banakas, rapport anglais, p. 4.

⁵⁹ N. Etienne, *L'aide financière aux victimes d'infractions pénales en Belgique : le Fonds spécial d'aide aux victimes d'actes intentionnels de violence*, n°7.

⁶⁰ R. Pazos Castro, rapport espagnol, p. 1.

La prévention de la sur-indemnisation qui proviendrait du cumul des prestations de la sécurité sociale et d'un fonds s'opère dès le service du formulaire permettant la saisine de certains fonds, dans le système français⁶¹ - sans doute n'est-ce toutefois pas suffisant⁶². Ainsi, le demandeur est invité à identifier l'organisme de protection sociale auquel il est affilié, et à indiquer le montant des prestations journalières perçues. Les fonds peuvent de la sorte directement imputer ces sommes sur le dommage qu'ils prennent en charge. De même, certains fonds espagnols prévoient qu'en raison de la subsidiarité de l'intervention du fonds, les dépenses hospitalières ne sont couvertes par le fonds que si elles ne sont pas couvertes par un système privé ou public d'assistance sanitaire⁶³.

La perte du droit à agir. Dans tous les cas, il convient de porter attention à la norme qui instaure le fonds d'indemnisation. Si les prestations fournies par le fonds ne compensent que partiellement le préjudice, en raison de franchises, plafonds⁶⁴, forfaits, ou exclusions de certains chefs de préjudice⁶⁵, le cumul des indemnisations, jusqu'à l'indemnisation intégrale de chaque poste de préjudice, est évident⁶⁶. Par contre, si le fonds est censé réparer intégralement le préjudice subi (alors qu'il se montre possiblement moins généreux que ne le seraient les juridictions), la victime est normalement privée de son intérêt à agir contre le responsable. Les divergences et errements jurisprudentiels français relatifs à l'indemnisation des victimes du SIDA, qui prétendaient pouvoir cumuler indemnisation issus du mécanisme ad hoc, et dommages et intérêts en vertu du droit de la responsabilité sont savamment relatés par le rapporteur français⁶⁷. Il est également possible, comme pour certains mécanismes allemands, qu'une telle possibilité d'action soit expressément fermée par la norme créant le fonds, notamment en considération que ce sont les mêmes personnes qui abondent le fonds et qui seraient susceptibles d'être actionnées en responsabilité⁶⁸.

B) RECOURS

Fondement subrogatoire. Lorsque l'intervention du fonds n'est pas conditionnée à une stricte subsidiarité, la victime dispose de deux sources d'indemnisation des mêmes préjudices. Lorsque le fonds a indemnisé en premier lieu (ce qui est souvent le cas, étant donné la simplicité de l'action devant le fonds – hormis toutefois pour les dépenses couvertes par la Sécurité sociale, qui intervient en pratique encore plus en amont que les fonds), se pose la question de son recours contre le responsable. Ce recours, lorsqu'il est possible, répond à un double impératif : ne pas permettre à la victime de cumuler les indemnisations au-delà de la limite fixée, généralement le montant des préjudices subis ; ne pas décharger indûment le responsable de sa dette de réparation. Une priorité à la victime est toutefois généralement accordée⁶⁹ - selon un principe largement admis en matière de subrogation, reconnu notamment à l'article 1252 du Code civil français ou belge : la subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie.

Pour ces raisons, le recours des fonds contre le responsable du dommage est largement admis, à hauteur de principe – il a pu être regretté que ne soient pas visées toutes les personnes à l'égard desquelles la victime peut faire valoir un droit à réparation⁷⁰. Il peut l'être au titre d'une subrogation légale expresse⁷¹, mais l'on peut également imaginer, pour les systèmes qui connaissent ce mécanisme, que le fait d'avoir payé, pour partie au

⁶¹ N. Rias, rapport français, p. 10.

⁶² K. Knetsch, th. prec., n° 581-582.

⁶³ R. Pazos Castro, rapport espagnol, p. 2.

⁶⁴ Voir par exemple en Belgique, le rapport de N. Etienne, préc., n° 13.

⁶⁵ Du moins, leur absence de mention dans une liste limitative ; il est ainsi relevé par N. Etienne, *L'aide financière aux victimes d'infractions pénales en Belgique : le Fonds spécial d'aide aux victimes d'actes intentionnels de violence*, n° 12, que le fonds étudié ne répare pas un certain nombre de chefs de préjudice, qui le seraient en droit commun, comme le préjudice ménager, le préjudice sexuel, ou le préjudice d'agrément.

⁶⁶ N. Rias, ibid.

⁶⁷ N. Rias, rapport français, p. 11-12.

⁶⁸ J. Knetsch, rapport allemand, p. 5.

⁶⁹ B. Dubuisson, rapport préc., n° 15 in fine.

⁷⁰ B. Dubuisson, rapport préc., n° 15.

⁷¹ N. Rias, rapport précité, p. 13-14.

moins, la dette du responsable, suffise à justifier la subrogation. Il reste loisible au législateur instaurant un fonds d'écarter la subrogation⁷².

Certainement, ce recours est, dans les faits, souvent illusoire : la *ratio legis* de la création des fonds réside souvent dans l'impossibilité ou l'extrême difficulté pour les victimes d'obtenir la condamnation du responsable. La subrogation du fonds dans leurs droits n'est guère de nature à rendre l'exercice de ces droits plus aisé.

Dissymétries. La technique de la subrogation voudrait que le fonds, exerçant un recours subrogatoire, soit placé exactement dans la même position que la personne à qui la prestation versée était due. Cette règle est toutefois aménagée : par exemple, en droit français, la victime d'une contamination transfusionnelle par le VIH qui choisirait d'actionner le fournisseur de sang pourrait soulever un régime de responsabilité objective ; par contre, le fonds qui l'aurait indemnisée ne peut former son recours que sur le fondement d'une responsabilité pour faute⁷³. À cette entrave à l'exercice du recours – par faveur par les responsables – répondent certains cas dans lesquels le fonds est favorisé par rapport à d'autres personnes qui pourraient sembler être dans une situation comparable. Ainsi, le droit Belge, en matière d'indemnisation des accidents de la circulation, a le souci de placer le fonds dans une situation plus favorable, lors de son recours contre le responsable, que ne le serait un assureur de responsabilité civile contre l'un de ses assurés⁷⁴.

Étendue du recours. Par nature, le recours subrogatoire d'un fonds contre un responsable est limité à concurrence de la plus faible de deux sommes savoir d'une part le montant de la prestation servie par le fonds, et d'autre part la dette de responsabilité. Néanmoins, l'appréciation que le fonds a pu faire du préjudice qu'il compense n'est pas nécessairement la même que celle qu'aura le juge ayant à connaître de la responsabilité, surtout lorsque des dommages extrapatrimoniaux sont pris en compte. Lorsque la dette de responsabilité excède la prestation, la victime récupère naturellement la différence, mais, lorsque l'inverse se produit, les pertes sont pour le fonds. Le droit belge de l'indemnisation des accidents médicaux prévoit expressément cette hypothèse⁷⁵.

Techniques autres que la subrogation. Si le recours du fonds contre le responsable est couramment admis, le fondement de ce recours n'est pas unique. Selon le fonds en cause, le droit allemand permet de fonder le recours sur la subrogation légale ou conventionnelle, ou sur la notion de « remboursement de dépenses », comme si le fonds était un mandataire⁷⁶.

Certains systèmes prévoient que le fonds peut demander remboursement, outre des sommes versées à la victime, des frais de gestion, des autres frais exposés et des honoraires versés. Il est justement remarqué que ceci ne peut s'expliquer par la seule subrogation⁷⁷.

Renoncement à l'action. Postuler l'existence d'un recours de l'entité ayant indemnisé contre d'autres débiteurs de réparation n'est pas nécessairement perçu comme suffisant pour parer à tout cumul indu d'indemnisations. Aussi certaines interventions sont conditionnées soit à un renoncement de la victime, outre sa subrogation, à ses autres actions en réparation ; soit par un droit au remboursement.

En Espagne, le Décret Royal Loi 4/2003, relatif à l'indemnisation des dommages causés par le naufrage du Prestige, prévoit ainsi le renoncement des victimes signant des accords transactionnels avec l'administration générale de l'État, en sus de la subrogation de celle-ci dans les droits de celles-là⁷⁸.

⁷² J. Knetsch, rapport précité, p. 5.

⁷³ N. Rias, rapport précité, p. 14.

⁷⁴ V. Callewaert, Le fonds commun de garantie belge.

⁷⁵ B. De Coninck, Le fonds des accidents médicaux belge, n° 46.

⁷⁶ J. Knetsch, rapport précité, p. 4.

⁷⁷ B. Dubuisson, rapport préc., n° 15 in fine.

⁷⁸ R. Pazos Castro, rapport espagnol, p. 4.

Droit au remboursement. La loi (belge) du 1^{er} août 1985 prévoit, en complément de la subrogation de l'État dans les droits de la victime qu'il a contribué à indemniser, un droit à remboursement total ou partiel de l'aide accordée, au profit de l'État contre la victime qui aurait pu obtenir, à un titre quelconque, une réparation de son préjudice⁷⁹.

De manière relativement similaire, The Criminal Injuries Compensation Scheme du Royaume-Uni prévoit une indemnisation contenue dans un plafond s'élevant à £500,000. Néanmoins, de la somme devant être versée à la victime, est déduite toute somme octroyée par des mécanismes similaires (l'on peut penser à une double compétence, par exemple, du Criminal Injuries Compensation Scheme du Royaume-Uni et du FGTI Français), par une juridiction ou par un paiement s'apparentant à une transaction⁸⁰.

Recours de tiers payeurs contre le fonds. Il va de soi que le responsable ne saurait tirer avantage de l'existence d'un fonds, pour exercer un recours, après avoir indemnisé la victime, contre ce fond. Néanmoins, la question mérite d'être posée à propos d'éventuels recours des tiers-payeurs contre les fonds. Des occurrences se trouvent dans lesquelles le recours de tous les tiers payeurs ayant versé à la victime des prestations est expressément exclu contre le fonds⁸¹.

Recours des fonds contre des tiers payeurs. Sauf exceptions toujours possibles, si elles sont expressément prévues, les fonds d'indemnisation ne semblent pas avoir de recours contre les différents tiers payeurs (qu'il s'agisse, en droit français, de la sécurité sociale ou des assurances privées éventuellement souscrites par la victime)⁸². Cette règle n'est toutefois pas absolue : la loi (belge) relative à l'indemnisation des dommages découlant d'un accident technologique dispose ainsi – ce qui est regretté par le rapport, qui juge que cela se concilie mal avec la subsidiarité de l'intervention du fonds – que le fonds dispose d'un recours contre les tiers payeurs pour la partie du dommage qu'ils auraient dû prendre en charge⁸³.

CONCLUSION

Le rapporteur français⁸⁴ a pu se demander si, à l'avenir, le rôle des fonds dans la réparation des dommages n'était pas appelé à devenir prépondérant. Certes, la responsabilité civile conserverait, a minima, un rôle au stade des recours, sans disparaître – tant que n'est pas adopté un système à la Néo-Zélandaise⁸⁵, comme avaient pu le défendre les tenants du mouvement académique du *tort reform*, qui envisageaient la dissolution de la responsabilité dans un système généralisé d'assurance directe ou de fonds d'indemnisation⁸⁶. D'ici là, la nécessité d'articuler les fonds d'indemnisation, la responsabilité, et les éventuelles autres sources d'indemnisation des préjudices n'a pas fini d'occuper la doctrine comme les praticiens.

PROPOSITION

- La création d'un fonds devrait s'accompagner systématiquement de dispositions aptes à articuler les prestations de ce fonds avec les sommes que peut recevoir la victime de la part d'un autre mécanisme public, national ou étranger, de socialisation des risques, de la part d'un assureur direct, ou de la part du responsable ou de l'assureur du responsable.

⁷⁹ N. Etienne, op. cit., n° 14.

⁸⁰ The Criminal Injuries Compensation Scheme 2012 N° 85, <http://www.justice.gov.uk/downloads/victims-and-witnesses/cic-a/am-i-eligible/criminal-injuries-comp-scheme-2012.pdf> *Adde.* S. Banakas, Rapport anglais, n° 2.

⁸¹ B. Dubuisson, rapport préc., N° 8.

⁸² N. Rias, rapport français, p. 13.

⁸³ B. Dubuisson, rapport précité, n° 15.

⁸⁴ N. Rias, rapport français, p. 9.

⁸⁵ http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2006_55/regime_general_neo_zelandais_9653.html; et plus généralement, Le numéro spécial des Cahiers de droit de l'Université de Laval, Volume 39, numéro 2-3, 1998, p. 209-678.

⁸⁶ Terence G. Ison, *The forensic lottery, a critique on tort liability as a system of personal injury compensation*, London, Staples press 1967 ; Patrick S. Atiyah, *The damages lottery*, Oxford, Hart publishing, 1997.