

## Personnes et préjudice

Philippe Brun

Volume 33, Number 2, 2003

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027451ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027451ar>

[See table of contents](#)

### Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

### ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

### Cite this article

Brun, P. (2003). Personnes et préjudice. *Revue générale de droit*, 33(2), 187–209.  
<https://doi.org/10.7202/1027451ar>

### Article abstract

Despite the centrality of the concept of harm as a universal requirement in all cases of liability, this concept remains only marginally explored in French law. Historically, it has been accorded mere factual status, and only recently has it received any attention on the part of the doctrine. For this reason, it is not surprising that case law has moved constantly towards a more favorable attitude with respect to victims, whose claims have gone beyond compensation to include demands for the stigmatization of those responsible for the harms incurred. This liberalization of the case law has taken two forms: a relatively uncontrolled increase in the causes of action giving rise to compensation and a progressive dilution of the requirements for the harm to be actionable. This study suggests some avenues towards a conceptually stricter and purely juridical approach to the definition of harm giving rise to compensation, based, in particular, on distinctions to be drawn regarding damages. The study also deals with the idea of restoration, in relation to other "outcomes" of liability law.

---

# Personnes et préjudice\*

PHILIPPE BRUN

Professeur à la Faculté de droit et d'économie de l'Université de Savoie

## RÉSUMÉ

*La notion de préjudice, bien qu'elle soit une clé de voûte du droit de la responsabilité civile, en tant qu'exigence commune à tous les cas de responsabilité, demeure encore assez peu explorée conceptuellement en droit français. On l'a longtemps reléguée au rang des notions purement factuelles, et c'est seulement dans un passé récent que la doctrine s'y est véritablement intéressée. Il n'y a pas lieu de s'étonner dès lors de l'évolution du droit positif dans un sens toujours plus libéral à l'égard de victimes avides non seulement de compensation, mais aussi de stigmatisation des responsables. Ce libéralisme de la jurisprudence s'est manifesté de deux manières : d'un côté par une prolifération plus ou moins anarchique des chefs de préjudices indemnifiables, et d'un autre côté par une dilution progressive des caractères requis du préjudice pour donner lieu à réparation. La*

## ABSTRACT

*Despite the centrality of the concept of harm as a universal requirement in all cases of liability, this concept remains only marginally explored in French law. Historically, it has been accorded mere factual status, and only recently has it received any attention on the part of the doctrine. For this reason, it is not surprising that case law has moved constantly towards a more favorable attitude with respect to victims, whose claims have gone beyond compensation to include demands for the stigmatization of those responsible for the harms incurred. This liberalization of the case law has taken two forms : a relatively uncontrolled increase in the causes of action giving rise to compensation and a progressive dilution of the requirements for the harm to be actionable. This study suggests some avenues*

---

\* La forme orale du rapport a été partiellement conservée.

*présente étude a pour objet de suggérer quelques pistes de réflexions pour une appréhension plus rigoureuse, et résolument juridique de la notion de préjudice réparable, notamment à travers sa distinction du dommage. C'est aussi l'idée de réparation qui est envisagée, dans ses rapports avec d'autres « sanctions » du droit de la responsabilité.*

*towards a conceptually stricter and purely juridical approach to the definition of harm giving rise to compensation, based, in particular, on distinctions to be drawn regarding damages. The study also deals with the idea of restoration, in relation to other "outcomes" of liability law.*

---

## SOMMAIRE

|                                                        |     |
|--------------------------------------------------------|-----|
| Introduction.....                                      | 188 |
| I. Rechercher l'essence du préjudice.....              | 192 |
| A. Le constat du désordre .....                        | 192 |
| B. Les conditions d'une remise en ordre .....          | 195 |
| II. Donner du sens à la réparation.....                | 202 |
| A. L'exigence de transparence .....                    | 203 |
| 1. S'entendre sur la notion de réparation .....        | 203 |
| 2. Accorder le discours et la pratique judiciaire..... | 206 |
| B. L'exigence de cohérence.....                        | 207 |
| Conclusion .....                                       | 208 |

---

## INTRODUCTION

« Notre système juridique donne l'impression que pour lui, la victime est la personne la plus importante du monde. » L'impression vient de haut, c'est celle du doyen Carbonnier<sup>1</sup>. Il n'est pas sûr pourtant qu'elle soit partagée par tous ceux qu'un

---

1. Droit civil, T. IV Les obligations, PUF 21<sup>e</sup> éd. n° 199 p. 346.

indéfinissable dépit pousse vers les prétoires, et peut-être moins encore par les victimes qui, frappées par le malheur, meurtries dans leur chair doivent se résoudre à venir grossir les files d'attente du contentieux, ou celles plus courtes mais souvent bien décevantes, des commissions d'indemnisation.

Le droit s'intéresse peut-être beaucoup à elles, mais condamné ici par définition à abdiquer toute prétention satisfactoire, il ne peut guère leur offrir le plus souvent que de piètres compensations. On n'a guère entendu parler en tout cas de victimes comblées et radieuses; si ce n'est il est vrai ce consommateur stupéfait de son audace et transporté de joie, qui se vantait il y a peu sur les ondes, par avocat interposé, d'avoir fait rendre gorge à l'organisateur d'une loterie publicitaire trompeuse, et d'avoir empoché le gros lot! C'était juste avant qu'on ne prie ces plaideurs (au sens Racinien du terme!) d'aller s'enrichir plutôt sur le fondement de l'article 1371 que sur celui de l'article 1382 du Code civil<sup>2</sup>.

Il n'y a pas là nous semble-t-il qu'une simple anecdote. C'est un curieux apanage, une redoutable mission pour notre droit dit de la réparation que d'avoir tout à la fois à réguler des pratiques, à panser les plaies du corps, celle de l'âme, à arbitrer les intérêts économiques contractuels et extra-contractuels, à assouvir le cas échéant le besoin qu'a la victime de se voir reconnaître la qualité de victime, et dans ce même cas à apaiser si ce n'est à combler son désir de vengeance...

Mais on en oublie : l'individu n'est pas seul à souffrir, le mal frappe aussi la collectivité; il se dépersonnalise<sup>3</sup> tant du côté des auteurs que de celui des victimes, et nos tribunaux s'essayaient au périlleux exercice de définition d'un intérêt collectif distinct de l'intérêt général, défendu par des procureurs personnes morales de droit privé<sup>4</sup>... Dépersonnalisation encore, ou anthropomorphisme : la planète réclame sa part, l'environnement est créancier, mais les débiteurs insaisissables à tous les sens du terme; l'ampleur potentielle

---

2. Cass. Ch. Mixte, 6 sept. 2002 : D. 2002. 2963 note D. MAZEAUD.

3. C. LABRUSSE-RIOU, *Entre mal commis et mal subi : les oscillations du droit*, in *La responsabilité*, sous la dir. de M. Vacquin, coll. *Morales*, éd. Autrement, 2002 p. 94 et s. spéc. p. 105.

4. V. notamment sur cette question, L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ 1997 préf. G. Viney.

des dommages donne le vertige, et il faudrait selon une certaine doctrine, saisir en amont le risque plutôt que le préjudice, répondre pour l'avenir autant que pour le passé<sup>5</sup>.

Tout cela *mutatis mutandis* avec un instrument juridique unique, ou tout du moins pour reprendre l'intitulé de cette journée, dans un ordre restreint et mal délimité de catégories juridiques! Comment s'étonner dans ces conditions que l'on peine à distinguer derrière ces multiples facettes, les caractères singuliers du préjudice réparable? On ne pourra sans doute pas faire durablement l'économie d'un débat sur cette multiplicité des intérêts dont la responsabilité civile est censée se saisir; on ne règle pas la difficulté, nous semble-t-il, en concluant qu'il est de l'essence de cette institution juridique d'assumer diverses fonctions. Il y a peut-être plus à perdre qu'à gagner dans cette dilution conceptuelle à laquelle on assiste, mais l'on ne s'attardera pas outre mesure sur ce débat qui intéresse les fonctions de la responsabilité civile, et qui est au programme de cet après-midi.

Cela étant, et compte tenu des remarques qui précèdent, faut-il vraiment s'étonner du constat si souvent établi d'un désordre de la matière? Sans doute pas, encore qu'il faille bien distinguer les deux types de critiques généralement formulées à l'égard du droit de la responsabilité observé « versant victime », et qui pour paradoxales qu'elles puissent paraître, ne se contredisent pas. D'un côté une défaillance dans l'approche conceptuelle du préjudice, qui conduirait plutôt à des excès dans l'indemnisation; toute frustration est érigée en préjudice dit-on parfois, et à force d'édulcorer les caractères requis du préjudice, on prend le risque de réparer n'importe quoi<sup>6</sup>; le spectre de « l'américanisation » n'est pas loin.

De l'autre, l'incapacité chronique de notre système juridique à produire des règles uniformes, ou à tout le moins harmonieuses de réparation: on ne manque pas de stigmatiser cet éclatement du droit de l'indemnisation en une constellation de régimes spéciaux, institués au gré des cir-

---

5. C. THIBIERGE, Libre propos sur la responsabilité civile, RTD Civ. 1999. 561 et s.

6. V. en particulier, L. CADIET, Les métamorphoses du préjudice, in Les métamorphoses de la responsabilité civile, Journées Savatier, PUF 1997. 37 et s.

constances, qui jurent plus ou moins entre eux<sup>7</sup>. Le grief essentiel est ici celui de discrimination entre les victimes... En bref un système inégalitaire et lacunaire, en tant notamment qu'il expose bien souvent la victime au choix délicat entre la rapidité et l'automaticité d'une indemnisation plus ou moins chichement calculée, et l'espoir très conjectural d'une réparation plus complète.

Ce genre d'analyse en forme de réquisitoire semble peut-être un peu convenu et daté, mais même si l'on peut discuter la pertinence de telle ou telle des critiques qui viennent d'être évoquées, le constat d'ensemble paraît peu discutable. Les défauts de notre dispositif ne tiennent pas tant dans le quantitatif (on ne répare ni trop ni trop peu) que dans le qualitatif. C'est donc bien d'une part l'insuffisante fermeté des concepts sur lesquels ce dispositif s'appuie qui est en cause, et d'autre part en termes de politique juridique, notre approche de la réparation qui semble trop parcellaire, et en tout cas largement dépourvue de principes directeurs autres que le sacrosaint principe de réparation intégrale, alibi bien commode pour la conscience, mais qui ne reçoit dans bien des cas, reconnaissons-le, qu'un hommage purement verbal<sup>8</sup>.

Seuls peuvent se satisfaire d'un tel chaos, ceux qui tiennent la responsabilité civile pour un simple instrument d'équité confié aux bons soins du juge. N'étant pas de ceux-là, nous nous aventurerons donc à creuser ce double sillon, sans autre prétention que celle de fournir quelques pistes de réflexions. Notre propos tient en deux suggestions formulées selon le vocabulaire même qui a été choisi par les organisateurs de ces journées : rechercher l'essence du préjudice (I), donner du sens à la réparation (II), étant précisé que de ces deux entreprises, c'est la première qui paraît nécessiter l'analyse la plus détaillée, en sorte que l'on se bornera sur la seconde à quelques réflexions cursives.

---

7. V. notamment, Y. LAMBERT-FAIVRE, *Domage corporel : de l'hétérogénéité des systèmes de réparation à l'unicité d'une méthodologie de l'indemnisation*, Mél. Dalcq, Bruxelles 1994 p. 349 et s. spéc. p. 352.

8. Sur ce principe et sa portée actuelle en droit positif français, v. Ch. Coutant Lapalus, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, PUAM 2002.

## I. RECHERCHER L'ESSENCE DU PRÉJUDICE

L'objectif est-il accessible? On ne s'y attèle pas sans effroi en songeant à la double mise en garde de Condillac et de Philippe Jestaz : le premier professait que « lorsque l'on s'obstine à disputer sur les essences des choses, il arrive que l'on ne sait plus ce que ces choses sont »<sup>9</sup>; le second affirme que « les essences n'existent pas en droit : il n'y a pas une essence du contrat, du mariage (...) » ou de toute autre institution juridique, mais « tout au plus une construction que l'histoire a rendu vénérable au point de nous faire prendre cette seconde nature pour la nature tout court »<sup>10</sup>. Ce qui vaut pour les institutions juridiques ne vaut-il pas *a fortiori* pour les concepts sur lesquels elles s'appuient? Et l'inquiétude augmente encore lorsque l'on mesure le dédain qu'on a si longtemps manifesté en droit positif comme en doctrine à l'égard du préjudice, relégué au rang des notions purement factuelles. Bigre! Nous voilà d'emblée condamnés, si l'on ose dire à la panne d'essence...

À la réflexion pourtant, il n'est pas sûr que l'évanescence de la notion de préjudice soit nécessairement une fatalité dont il faudrait s'accommoder. Bien entendu, il ne s'agit pas de prétendre rechercher une vérité première, universelle et intemporelle de la notion, mais de tenter de dégager quelques caractères identifiants, quelques principes simples sur lesquels on pourrait s'accorder pour lui donner la consistance juridique qui semble lui manquer. Le constat du désordre et des incertitudes qui règnent en la matière est à peu près le seul point sur lequel chacun s'accorde. Ce n'est qu'après en avoir brièvement rappelé les termes (A) que l'on pourra se hasarder à quelques réflexions critiques et autres suggestions (B).

### A. LE CONSTAT DU DÉSORDRE

En schématisant, on peut relever deux manifestations particulièrement prégnantes du désordre régnant en la

---

9. In *L'art d'écrire*.

10. Une question d'épistémologie (À propos de l'affaire *Perruche*), RTD Civ. 2001. 547 et ss. spéc. p. 556 note 8.

matière : une prolifération chaotique des chefs de préjudices réparables<sup>11</sup>, et une appréhension plutôt erratique des caractères requis du préjudice pour donner lieu à réparation<sup>12</sup>. Il n'y a pas d'effet qui n'ait de cause, et parmi celles sans doute diverses que l'on peut avancer, le déni de définition imputable à l'ordre juridique n'est sans doute pas la moindre.

Il n'y a pas lieu de s'étendre outre mesure sur la multiplication des catégories de préjudices réparables : en soi, le phénomène ne nous paraît pas appeler de jugement de valeur ; il n'est pour une part que l'écho prétorien de l'expansion des attributs de la personnalité, des fameux « droits à » ou « droits créance », et pour une autre part sans doute, tout simplement, le signe que notre société post-industrielle n'engendre pas que des progrès mais aussi des maux inédits. Tout cela est archiconnu, mais la prolifération des chefs de préjudices n'en est pas moins, objectivement, facteur de désordre et d'incertitudes.

Il n'est que de se pencher sur le droit du dommage corporel pour s'en convaincre. Si l'on parvient sans trop d'encombres à identifier les différentes conséquences pécuniaires qu'induit l'atteinte à l'intégrité corporelle de la victime, il en va bien différemment des aspects extra-patrimoniaux. Ce que l'on pourrait désigner sous un même vocable, la diminution du « bien-être » de la victime, selon l'heureuse expression d'un auteur<sup>13</sup>, est dans le droit positif actuel, scindé en une multitude de chefs de préjudices qui semblent plus ou moins se recouper : *pretium doloris*, préjudice esthétique, préjudice d'agrément, préjudice sexuel, d'abord intégré au précédent avant que la Haute juridiction ne vienne préciser que le sexe n'est pas qu'affaire d'agrément<sup>14</sup>, préjudice physiologique ou déficit fonctionnel séquellaire, dans lequel on intègre aussi l'incapacité de travail, et qui se retrouve du même coup inclus

---

11. L. CADIET, art. préc. p. 50 et s.; P. JOURDAIN, Le préjudice et la jurisprudence, in La responsabilité à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle : bilan prospectif, Resp. civ. et Ass. hors série juin 2001 p. 45 et s.; Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, Quelle(s) réparation(s)? *Ibid.*, p. 62 et s.; v. aussi, Ph. le TOURNEAU et L. CADIET, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action éd. 2002-2003 n° 1500.

12. Le constat est général : v. les auteurs cités à la note précédente.

13. L. CADIET, art. préc. p. 56.

14. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 janv. 1993 : Bull. civ. II n° 13; RTD Civ. 1993. 587 obs. P. JOURDAIN.



dans l'assiette du recours des tiers payeurs<sup>15</sup>... La description dispense du commentaire.

Quant aux caractères que doit en principe revêtir le préjudice pour donner lieu à réparation, leur flexibilité jurisprudentielle n'a d'égale, il faut bien le reconnaître que leur opacité doctrinale. Nos étudiants n'ont-ils pas quelque mérite à s'entendre dire sans se troubler que le préjudice doit être actuel mais que l'on répare le préjudice futur, que le préjudice doit être certain mais que l'on répare la perte d'une chance, que le préjudice doit être direct mais que l'on répare le préjudice réfléchi, et du reste que cette condition relève non du préjudice mais de la causalité, et enfin que le préjudice doit être « licite », mais que cette condition, au demeurant mal formulée est en voie de disparition depuis l'arrêt *Dangereux* rendu en 1970 à propos du droit à réparation des concubins?

Il en faut beaucoup il est vrai pour troubler l'auditoire de nos amphithéâtres. Révélez-lui l'absence de toute définition du préjudice dans le Code civil, fût-ce à l'état d'ébauche, il restera de marbre, et si son impassibilité est savante, il songera peut-être qu'il en est ainsi dans la plupart des autres législations; il risque aussi de retourner bien vite à ces rêveries en s'assurant que le caractère prétorien du droit français de la responsabilité civile n'est vraiment une révélation pour personne.

On peut néanmoins espérer un début d'étonnement en lui précisant que la jurisprudence elle-même, ici convoquée par défaut, et si volontiers prolixe parfois de motifs à portée doctrinale, est sur ce point aussi peu diserte que les auteurs. Un frémissement d'appréhension pourrait bien se faire sentir à l'évocation de la distinction que certains s'emploient à faire entre dommage et préjudice : on entend déjà les soupirs, et les remarques désobligeantes sur l'incorrigible propension des universitaires à se complaire dans des subtilités sémantiques improbables. C'est sans doute avec un soulagement non dissimulé que nos étudiants apprendront que les adeptes de cette distinction sont encore

---

15. Sur tous ces points, v. Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, Précis Dalloz, 4<sup>e</sup> éd. 2000 n° 141.

largement minoritaires<sup>16</sup>. Nous croyons au contraire qu'on gagnerait à explorer davantage ce genre de piste de réflexion : permettant de mieux cerner ce qu'est en droit le préjudice, elle peut contribuer à éclairer d'un autre jour le droit positif actuel, et le cas échéant à justifier certaines inflexions.

## B. LES CONDITIONS D'UNE REMISE EN ORDRE

Première condition, sinon suffisante du moins nécessaire : s'entendre sur la définition du préjudice. Est-il vraiment l'autre nom que l'on donne au dommage ? Ce n'est pas si sûr... L'assimilation des deux termes reflète certes l'usage régnant, comme le précise le vocabulaire Capitant, mais il reste que cet usage n'a pas toujours régné, et que les Romains ne tenaient pas le *damnum* et le *praejudicium* pour des synonymes<sup>17</sup>. On n'a par ailleurs pas démenti ceux qui, parmi les publicistes d'abord, puis en droit privé<sup>18</sup>, et notamment Christian Lapoyade-Deschamps<sup>19</sup>, ont fait observer que le dommage évoque l'atteinte à une personne, à un bien (voire ajouterions-nous pour notre part à un droit), tandis que le préjudice consiste dans les conséquences patrimoniales ou extra-patrimoniales qui découlent pour la victime de cette atteinte. On ne les a pas démentis, mais on tend à les railler, en disant en substance que cette belle trouvaille est la plus inféconde qui se puisse imaginer. Voire...

---

16. Largement admise en droit administratif, (mais sans que l'unanimité se fasse cependant sur le sens à lui donner : v. F.-P. BÉNOÎT, *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et en droit privé*, JCP 1957 I 1351, n° 10 et s. ; M. SOUSSE, *La notion de réparation en droit administratif français*, LGDJ 1994 ; Ch. CROSMIER, *Le préjudice en droit administratif français*, LGDJ 2002), la distinction séduit un nombre croissant d'auteurs en droit privé : v. notamment, Ph. le TOURNEAU et L. CADIET, *op. cit.* n° 1309 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, n° 86 ; Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, art. préc. n° 8 ; pour une tentative de systématisation, v. S. ROUXEL, *Recherche sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français*, thèse Grenoble II 1994 ; comp. cep. le scepticisme manifesté par certains auteurs : G. DURRY, *in* *Le préjudice : questions choisies*, Resp. civ. et Ass. hors série, mai 1998 rapport de synthèse, p. 32 ; X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, thèse Poitiers 2001, n° 15 (mais cet auteur rejette la distinction sans fournir de véritable justification).

17. V. sur ce point, Ph. le TOURNEAU et L. CADIET, *op. cit.*, n° 1305.

18. V. les auteurs cités *supra*, note 16.

19. Article préc. n° 8 p. 63.

Cette distinction n'a peut-être rien d'une pierre philosophale, mais elle nous paraît présenter trois avantages au moins. Le premier est d'ordre pédagogique : il n'est que d'évoquer une fois encore le dommage corporel, et les explications embrouillées auxquelles sa présentation donne souvent lieu, sa prétendue hybridité tenant en ce qu'il cumulerait des aspects de dommage moral et des aspects de dommage matériel. N'est-il pas plus simple et aussi plus juste d'observer que l'atteinte à l'intégrité physique de la personne, le dommage corporel, est susceptible d'entraîner pour la victime, d'une part des préjudices de nature patrimoniale, d'autre part des préjudices extra-patrimoniaux<sup>20</sup>?

Le second avantage de cette nuance sémantique est peut-être de mettre en lumière ce visage de Janus qu'a au fond, toujours présenté la responsabilité civile : l'affirmation péremptoire selon laquelle le droit de la responsabilité civile a vocation à réparer les dommages est à la réflexion d'une rare vacuité. Si l'on excepte les rares hypothèses où la réparation en nature est envisageable, et où l'on peut ainsi s'attaquer véritablement au mal, « faire comme s'il n'avait été qu'un rêve », comme dit le doyen Carbonnier, c'est plus modestement le préjudice que l'on traite très généralement, moyennant une indemnisation qui se veut aussi complète que possible, mais que l'on range par une singulière hyperbole sous la bannière de la réparation intégrale.

Il ne paraît pas totalement hérétique de soutenir que le préjudice, défini comme la lésion d'un intérêt, ne peut que se compenser tandis que le dommage en tant qu'il consiste dans l'atteinte (préjudiciable ou non) à une personne un bien ou un droit est justiciable de mesures diverses : résorption si possible, mais aussi stigmatisation de l'auteur.

La Cour de cassation n'est peut-être pas loin de cette vision des choses lorsqu'elle affirme non sans surprendre que, s'agissant d'atteinte à la vie privée, l'action de la victime n'est pas subordonnée à la preuve d'un préjudice<sup>21</sup>. La solution est difficile à comprendre si l'on raisonne sur le schéma classique de l'indemnisation, mais elle s'éclaire d'un autre jour si l'on

---

20. V. en ce sens, Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, n° 86; Ph. le TOURNEAU et L. CADINET, *op. cit.*, n° 1501.

21. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 nov. 1996 : Bull. civ. I n° 378; D. 1997. 403 note S. LAULOM.

admet que la mission conférée au juge en certains domaines, et notamment lorsque sont en cause les droits de la personnalité, n'est pas tant de mesurer la lésion des intérêts extra-patrimoniaux d'une victime déterminée que de stigmatiser en elle-même, parce qu'elle est nuisible à l'ensemble du corps social, l'atteinte portée à une liberté, liberté qu'on a le tort nous semble-t-il, de traduire en droit subjectif.

Banalité que tout cela nous objectera-t-on peut-être. On en accepte l'augure sous deux réserves cependant : le juge civil fait de la répression soit, comme M. Jourdain fait de la prose, sans le savoir, soit ce qui est moins préoccupant mais néanmoins gênant, sans le dire. Il est plus que temps d'ouvrir en France un vrai débat sur l'opportunité d'admettre les dommages et intérêts punitifs, et le cas échéant de définir leur domaine<sup>22</sup>. C'est au législateur qu'il appartient de trancher ce débat, et non au juge d'instiller un peu de sanction dans l'indemnisation au gré des circonstances, et sous couvert d'évaluation souveraine du préjudice. Au reste, dans l'état actuel du droit positif, les condamnations représentent souvent ou trop, ou trop peu : trop s'il s'agit d'indemniser, trop peu s'il s'agit de sanctionner et de réguler des pratiques<sup>23</sup>.

La troisième vertu, la plus fondamentale, qu'on peut trouver à la distinction du dommage et du préjudice, est qu'elle contribue à lever l'extraordinaire équivoque à l'ombre de laquelle la doctrine a abrité sa non moins extraordinaire retenue (pour ne pas dire pusillanimité) dans l'approche du préjudice. Pensez donc ! Il s'agissait rien moins que de s'interdire de profaner le sanctuaire du fait, le dommage ou le préjudice, ou pour mieux dire de s'abstenir de cette inutile gageure que de vouloir mettre du droit là où il n'y a que du fait<sup>24</sup>. De là, naturellement, la suspicion qui s'installe lorsque la Cour

---

22. En faveur d'une telle introduction des dommages et intérêts exemplaires, S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ 1995 préf. G. VINEY; *contra*, S. PIÉDELIEVRE, *Les dommages et intérêts punitifs sont-ils une solution d'avenir ? in La responsabilité à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle* préc. p. 68 et s.

23. Ainsi qu'en témoigne le contentieux passablement oiseux relatif à la sanction des organisateurs de loteries publicitaires trompeuses. Sur celui-ci, v. Ph. BRUN, *Loteries publicitaires trompeuses : la foire aux qualifications pour une introuvable sanction*, in *Mélanges offerts à J. CALAIS-AULOY*, à paraître.

24. V. notamment en ce sens, M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile*, LGDJ 1973 préf. A. RIEG n° 313.

de cassation prétend (c'est un comble!) parler de préjudice réparable, suggérer ainsi que sa réparabilité suppose des caractères ou des conditions, et surtout laisse entendre qu'il est des frustrations voire même des grandes souffrances que le Droit pourrait ne pas prendre en compte : bref qu'il est des préjudices irréparables. Crime de lèse charité, intolérable intrusion du droit dans les blessures des cœurs, des corps ou des porte-monnaie. La victime est seule comptable de ses intérêts, nous dit-on en substance, et elle doit demeurer seul juge de la valeur de ceux dont elle se prétend lésée; ce n'est qu'au prix d'un moralisme anachronique et nauséabond qu'on prétendrait cantonner juridiquement la notion de préjudice réparable.

L'actualité jurisprudentielle récente fournit une belle illustration de l'état d'esprit dominant. Une employée, victime d'un accident, demande réparation de divers préjudices, dont des pertes de revenus, y compris ceux afférents à des rémunérations occultes perçues pour un travail « au noir ». La Cour de cassation, par un arrêt du 24 janvier 2002<sup>25</sup> censure la décision qui avait fait droit à l'intégralité de la demande, au visa de l'article 1382, et au motif « qu'une victime ne peut obtenir la réparation de la perte de ses rémunérations que si elles sont licites ». Désapprobation d'une bonne partie des commentateurs : c'est un rigorisme d'un autre âge, c'est le retour de la règle morale, pour ne pas dire de l'ordre moral<sup>26</sup>! Et de comparer cette réactionnaire sentence à ces décisions nombreuses, et si libérales qui refusent de stigmatiser l'indignité de la victime : celle par exemple qui indemnise ce voyageur blessé bien qu'il ait omis d'acheter un titre de transport<sup>27</sup>. On ne manque pas de convoquer également la fameuse jurisprudence *Dangereux*<sup>28</sup>, qui a refermé une singulière et victorienne parenthèse jurisprudentielle en rendant aux concubins leur dignité d'être aptes à souffrir.

---

25. Rép. DEFRENOIS 2002. 786 note R. LIBCHABER; D. 2002. 2559 note D. MAZEAUD; Droit et Patrimoine 2002 p. 92 obs. F. CHABAS.

26. V. en particulier, D. MAZEAUD, note préc.; R. LIBCHABER, note préc.

27. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 fév. 1992 : JCP 1993 II 22170 note CASILE-HUGUES; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 nov. 1993 : Bull. civ. II n° 326; RTD Civ. 1994. 115 obs. P. JOURDAIN.

28. Cass. ch. mixte, 27 fév. 1970 : D. 1970. 201 note COMBALDIEU; JCP 1970 II 16306 concl. LINDON; RTD Civ. 1970. 353 obs. G. DURRY.

A-t-on conscience qu'on compare ici l'incomparable, et qu'on prétend faire se rejoindre deux courants jurisprudentiels totalement autonomes? La jurisprudence a renoncé à brandir en matière de responsabilité civile, l'exception d'indignité : on n'y verra pour notre part que des avantages; c'était créer un filtre arbitraire de nature juridique incertaine (fond ou recevabilité?), destiné à restreindre le cercle des victimes indemnisables. Si l'on veut tenir compte des conditions dans lesquelles le demandeur s'est exposé au dommage<sup>29</sup>, il n'est que de lui opposer, le cas échéant sa faute<sup>30</sup>.

Mais que la jurisprudence ait renoncé à faire le tri entre les victimes, il ne faudrait pas inférer qu'elle a renoncé à tout contrôle sur le préjudice réparable, et il ne peut nous sembler-il en être autrement. Patrice Jourdain a approuvé l'arrêt du 24 janvier 2002, et nous abondons totalement en son sens sur le principe. Il observe pour ce faire qu'en l'espèce, l'illicéité de la situation de la victime et celle de l'intérêt lésé étaient consubstantielles. Nous irons plus loin pour notre part : la situation de la victime est indifférente, c'est sur la seule considération de l'illicéité de l'intérêt lésé que la décision se justifie. On nous pardonnera d'insister sur cette solution qui peut paraître anecdotique, mais il semble qu'on est ici au cœur du débat sur la notion de préjudice réparable.

Le préjudice n'est pas cette forteresse du fait que le droit devrait s'interdire d'atteindre. Il n'est réparable qu'autant qu'il réunit les conditions que le droit a fixées. On observera à ce propos que nul n'a songé à dénier à la jurisprudence le droit de poser de telles conditions, ce qui est bien singulier, s'agissant d'une notion de pur fait... Que l'on ne nous dise pas que la définition des dictionnaires usuels de la langue française ne comporte pas de telles restrictions. Il nous faudrait protester aussi à ce compte que l'erreur de l'article 1110 du Code civil est singulièrement plus étriquée que celle du Littré! Ce n'est pas défendre une conception moralisatrice du droit que de définir le préjudice réparable comme la lésion d'un intérêt juridiquement protégé. Le terme n'est il est vrai, pas exempt d'ambiguïté, surtout lorsqu'on l'affuble

---

29. V. dans le sens de cette distinction entre la licéité du préjudice, et les conditions dans lesquelles la victime s'y est exposée, F. CHABAS, note préc.

30. V. d'ailleurs en ce sens, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 déc. 2001 : Bull. civ. II n° 193.

de l'adjectif « légitime ». Le double danger de cette célèbre formule jurisprudentielle avait du reste bien été saisi par les commentateurs : celui que l'on réduise le préjudice à l'hypothèse étriquée de la violation d'un droit subjectif, ce qui serait absurde, et celui que l'on mesure la légitimité de l'intérêt à l'aune de considérations morales travesties pour les besoins de la cause en règles positives.

Mais ce n'est pas parce que cette formule a été employée à mauvais escient et selon une compréhension discutable qu'elle doit être vouée aux gémonies. On observera d'ailleurs que, contrairement à ce qui est souvent soutenu, la Cour de cassation ne s'est nullement autocensurée sur ce point dans l'arrêt *Dangereux*. Il suffit en effet de lire cette décision pour constater que c'est seulement l'existence d'un lien de parenté ou d'alliance entre la victime directe et la victime par ricochet qui est abandonnée<sup>31</sup>, à juste titre sans doute, mais c'est une autre question. Cela étant, quel sens faut-il donner à cette exigence d'un intérêt juridiquement protégé? Il nous semble qu'il s'en évince une règle de simple bon sens, presque une lapalissade : l'idée que le droit ne peut dire une chose et son contraire; qu'il ne peut fustiger le travail non déclaré et indemniser ceux qui ont été empêchés de poursuivre le leur pour cause d'accident; que la jurisprudence, qui refuse de considérer le *pretium mortis*, et qui a dénié en 1991<sup>32</sup> au fait de naître le caractère de préjudice réparable, peut légitimement être soupçonnée de contradiction quand elle admet l'indemnisation de l'enfant né handicapé après qu'une faute médicale l'ait empêché de ne pas naître<sup>33</sup>.

Est-il vraiment nécessaire de revenir sur ce 17 novembre 2000, qui, si l'on en juge par la charge émotionnelle et les diatribes d'une violence inouïe qu'il a provoquées de part et d'autre, serait un peu à la communauté des juristes, ce que le 11 septembre de l'année suivante fut à la communauté internationale? La comparaison est odieuse on en convient, mais

---

31. La formulation de la décision ne laisse guère de place au doute, puisque la Cour se borne à énoncer que l'article 1382 n'exige pas en cas de décès, l'existence d'un lien de droit entre le défunt et le demandeur en indemnisation.

32. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 juin 1991 : D. 1991. 566 note Ph. le TOURNEAU.

33. Cass. Ass. Pl. 17 nov. 2000 : D. 2001. 332 note MAZEAUD, *ibid.* 336 note P. JOURDAIN, solution aujourd'hui condamnée par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 4 mars 2002 sur le droit des malades.

après tout d'autres ont bien évoqué Hiroshima, et on observera que dans notre affaire comme dans celle, vraiment dramatique des tours de New York, le conspirationnisme tend à prospérer.

Laissons là le débat de société, pour revenir d'un mot au débat juridique qui aurait pu nous semble-t-il se résumer à ceci : soit on considérerait que le handicap du demandeur pouvait être imputé juridiquement aux fautes médicales, au nom peut-être de la plasticité de la causalité juridique, ou de ce que cette notion est dépourvue d'essence, dirait M. Jestaz, et la solution ne posait nulle difficulté; soit on déniait l'existence d'un tel lien, au motif que la plus lâche des conceptions de la causalité, l'équivalence des conditions, conduit à relever que sans les fautes médicales, l'enfant serait né handicapé, ou ne serait pas né du tout. Ce qui peut conduire nous semble-t-il à cette équation qui n'a rien de diabolique : considérez le fait de ne pas venir au monde, ce n'est pas un intérêt reconnu par le droit dit à tort ou à raison la Cour de cassation<sup>34</sup>. Il y a lésion, il n'y a pas d'intérêt. Considérez l'intérêt à ne pas être atteint de handicap. Cet intérêt est assurément protégé, mais les fautes médicales ne l'ont pas causé. Il y a intérêt, il n'y a pas de lésion...

Tels sont semble-t-il les deux mots clés du préjudice : l'intérêt et la lésion, qui pour anodins qu'ils puissent paraître fournissent des repères utiles. L'idée de lésion impose que l'on compare la situation de la victime avant et après le fait dommageable; quant à l'intérêt considéré, ce ne peut être évidemment qu'un intérêt reconnu par le droit. La jurisprudence ajoute à ces caractères celui de certitude<sup>35</sup>, auquel elle ne déroge d'ailleurs pas forcément en indemnisant la perte d'une chance, dès lors du moins qu'elle n'utilise pas cette notion à tort et à travers pour pallier d'éventuelles incertitudes sur la causalité<sup>36</sup>. Il reste que même en dehors de cette hypothèse particulière, cette condition semble bien souvent n'être exigée que platoniquement.

---

34. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 juin 1991 préc.

35. V. pour une application particulière, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 mai 2002 : Bull. civ. I n° 121.

36. Sur cette propension à détourner la perte d'une chance de son sens : v. A. BÉNABENT, *Les obligations*, MONTCHRÉSTIEN 7<sup>e</sup> éd. n° 563.



C'est nous dira-t-on sans doute que faute de certitude on doit bien se contenter de probabilités... Certes, mais dans ce cas, nous croyons qu'on gagnerait à le dire. En soi, il ne paraît pas choquant qu'on accorde en certains cas une indemnisation au demandeur sur la base d'une présomption de préjudice. Mais pourquoi la jurisprudence, qui n'est pas avare par ailleurs en matière de responsabilité de ce genre d'instruments probatoires, n'avoue pas plus clairement y recourir ici, et précise du même coup les hypothèses dans lesquelles ces présomptions se justifient? Un seul exemple : pour justifier l'indemnisation des victimes inconscientes, et notamment celles qui se trouvent en état végétatif chronique, de tous les chefs de préjudices habituellement admis, y compris le préjudice d'agrément, la Cour de cassation affirme que « l'indemnisation d'un dommage n'est pas fonction de la représentation que s'en fait la victime, mais de sa constatation par le juge et de son évaluation objective »<sup>37</sup>. L'affirmation paraît être un défi au bon sens, s'agissant du préjudice d'agrément. Il serait sans doute plus juste de dire clairement que, nos connaissances scientifiques sur ces états d'inconscience étant trop imparfaites<sup>38</sup>, le parti est pris de présumer ici l'existence du préjudice; ou d'écarter ce chef de préjudice en s'employant par ailleurs à offrir à ces victimes les moyens financiers d'une prise en charge adaptée<sup>39</sup>.

Voilà qui contribuerait peut-être, entre autres mesures, à donner ou redonner du sens à la réparation.

## II. DONNER DU SENS À LA RÉPARATION

Vaste programme, qu'on ne saurait qu'ébaucher ici. Un *aggiornamento* n'en paraît pas moins indispensable en la matière : il n'est pas sûr que l'on se soucie suffisamment de l'adéquation nécessaire du discours et des actes, du vocabulaire employé et des réalités qu'il prétend désigner. Le droit dit de la réparation nous donne parfois la désagréable

---

37. Cass. crim., 11 oct. 1988 : Resp. civ. et Ass. 1989 comm. n° 3; RTD Civ. 1989. 325 obs. P. JOURDAIN; v. également Cass. 2° civ., 22 fév. 1995 : Bull. civ. II n° 61; D. 1995. 69 note Y. CHARTIER; RTD Civ. 1995. 629 obs. P. JOURDAIN.

38. V. en ce sens, J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 208.

39. V. en ce sens, Y. LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*, n° 151.

impression de se « payer de mots », et de dissimuler l'insuffisante fermeté de ses choix, voire son absence de choix derrière des déclarations de principe plus incantatoires que normatives.

Donner du sens à la réparation implique que soit affirmée une double exigence de transparence (A) et de cohérence (B).

### A. L'EXIGENCE DE TRANSPARENCE

On ne peut évidemment prétendre à la transparence que si l'on s'est entendu au préalable sur la signification exacte des notions que l'on manie : en l'occurrence celle de réparation (1). Reste alors à respecter cette ascèse qui consiste notamment à accorder le discours jurisprudentiel et la pratique judiciaire (2).

#### 1. S'entendre sur la notion de réparation

On ne reviendra pas ici sur l'avantage qu'on peut trouver (sans en faire une *summa divisio*) à distinguer la réparation *stricto sensu* et l'indemnisation, si ce n'est pour observer que dans cette vision des choses, la recherche de l'indemnisation la plus complète que possible a bien un sens, mais pas celle de réparation intégrale qui est tautologique : on ne saurait imaginer de réparation, au sens étroit du terme, qui ne serait pas intégrale. Aussi serait-il peut-être plus juste de parler du principe de complétude de l'indemnisation plutôt que de celui, d'ailleurs un peu fantomatique de réparation intégrale.

Dans un ordre d'idées voisin, il ne serait sans doute pas inutile de faire la part des différentes notions qui gravitent autour de celle de réparation et qu'on finit à tort par tenir pour des synonymes de celle-ci. Il en va ainsi, en particulier en matière contractuelle, de la notion d'exécution : on inclut assez volontiers dans le giron des mesures de réparation en nature, l'ensemble des condamnations dites non pécuniaires qui peuvent être prononcées contre le débiteur, y compris celles qui procèdent d'une logique satisfaisante, et qui permettent au créancier d'obtenir peu ou prou l'avantage qu'il escomptait de la convention<sup>40</sup>.

---

40. V. par exemple la présentation qui en est faite par G. VINEY et P. JOURDAIN, Les effets de la responsabilité, LGDJ 2001 n° 14-1.

Il est certes peu discutable que dans leurs effets, ces mesures semblent souvent proches l'une de l'autre. On ne gagne rien pourtant à les assimiler sur la seule foi du constat qu'elles remplissent toutes deux une fonction de rétablissement. Il y a là un risque de voir la responsabilité contractuelle se dissoudre dans le magma du droit de l'inexécution contractuelle, et ce, (sans jeu de mots) au préjudice du créancier. Un mot d'explication : une idée prospère actuellement, selon laquelle la réparation en matière contractuelle ne mérite pas son nom, et que l'on désigne en réalité sous ce vocable, l'exécution par équivalent du contrat.

On aura reconnu la désormais fameuse théorie soutenue par MM. Le Tourneau<sup>41</sup>, Rémy<sup>42</sup>, et d'autres auteurs également très éminents<sup>43</sup> qui nient toute consistance à la responsabilité contractuelle. Ajoutez à cette audacieuse construction doctrinale (dont il ne nous appartient pas ici de discuter les mérites) notre relative myopie sur les frontières de la réparation en nature et de l'exécution, et vous parvenez à une double équation qui paraît pour le moins surprenante : réparation en nature = exécution en nature ; réparation par équivalent = exécution par équivalent. En d'autres termes, l'idée se fait jour que le créancier contractuel ne peut et ne doit dans tous les cas prétendre qu'à l'obtention de ce qui lui était offert dans la convention, fût-ce sous forme de dommages et intérêts, qui doivent donc se mesurer à l'aune seule de ce qui avait été promis...

Mais que fait-on alors du fait même de l'inexécution ? Ne lèse-t-il pas un intérêt du créancier, celui de voir s'exécuter le contrat dans les termes et les délais convenus ? Veut-on dire que le créancier contractuel ne peut prétendre au statut de victime, qu'il doit se contenter d'une exécution différée sans pouvoir réclamer d'autres comptes au débiteur ? Nous croyons au contraire que la réparation (ou l'indemnisation) a bien sa place en matière contractuelle, et qu'indépendamment des

---

41. La responsabilité civile, DALLOZ 1982 n°160.

42. La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept, RTD Civ. 1997. 323.

43. J. CARBONNIER, *op. cit.*, n°154 ; D. TALLON, Pourquoi parler de faute contractuelle ? Mél. Cornu, PUF 1994. 429 et s.

préjudices de toute nature que peut causer l'inexécution contractuelle, il en est un *sui generis*, induit par le fait même de l'inexécution<sup>44</sup>, et qu'on doit prendre en compte : la Cour de cassation ne dit rien d'autre quand elle admet que le débiteur puisse être condamné à des dommages et intérêts sur le seul constat de l'inexécution<sup>45</sup>.

La réparation mériterait également, semble-t-il, d'être distinguée une fois pour toutes d'autres mécanismes tels que ceux visant à la cessation d'une situation illicite ou à la prévention d'une situation dommageable<sup>46</sup>. On avoue mal comprendre cette propension croissante qu'on manifeste à vouloir englober dans le giron de la responsabilité civile tous les instruments dont l'objet est de traiter, curativement ou préventivement une situation dommageable. Le seul argument que l'on avance en ce sens est que l'action de la victime tend souvent tout à la fois à obtenir une indemnisation et à faire cesser l'atteinte qui est portée à sa personne ou à ses biens. Est-ce une bonne raison pour tout mélanger ? Il n'échappe pourtant à personne que l'obtention de ces différentes mesures (indemnisation, cessation, injonction, etc.) n'est pas subordonnée aux mêmes conditions. Quant à la prétendue responsabilité pour l'avenir<sup>47</sup>, notion très à la mode, elle nous paraît relever de la même prestidigitation sémantique. On se préoccupe désormais beaucoup de prévenir les dommages, spécialement s'ils risquent de s'avérer proprement irréparables ; il s'agit là d'un progrès qui ne manquera pas de trouver des traductions juridiques (il en existe déjà), mais si les mots ont un sens, ces mesures préventives n'ont à peu près rien à voir avec la responsabilité civile, si ce n'est peut-être qu'elles ont vocation à alléger son fardeau.

Bref, gardons-nous d'engloutir la réparation dans un brouillard polysémique. Efforçons-nous peut-être aussi de tenir en la matière un langage de vérité.

---

44. V. en ce sens, J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 155 ; rappr. Ch. RADÉ, *Juriscl. civ.* Fasc. 170.

45. V. par exemple Cass. 3<sup>e</sup> civ., 30 janv. 2002 : RTD Civ. 2002. 321 obs. P.-Y. GAUTIER.

46. V. d'ailleurs, pour la mise en relief de la notion de trouble, qui, dans une vision chronologique, précéderait le dommage, C. GUILLEMAIN, *Le trouble en droit privé*, PUAM 2000 préf. Ph. CONTE.

47. C. THIBIERGE, article préc.

## 2. Accorder le discours et la pratique judiciaire

Faire œuvre de transparence, c'est faire ce que l'on dit et dire ce que l'on fait. Nous ne raisonnerons ici que sur la base de quelques exemples. On dit admettre en droit français l'indemnisation du préjudice collectif; fort bien; mais on semble n'y consentir que du bout des lèvres, ou plutôt on en admet le principe, mais sans en tirer toutes les conséquences : on répugne à subventionner les associations qui se proposent de défendre des intérêts collectifs, et on tend souvent encore à inférer de la charge symbolique de leur intervention, le caractère nécessairement symbolique des sommes qui doivent leur être allouées<sup>48</sup>. Les actes ne sont pas à la hauteur des paroles.

Faire ce que l'on dit, et aussi dire ce que l'on fait. On prend le parti de sanctionner des comportements, de réguler des pratiques par le biais de la responsabilité civile, en bafouant au passage le principe dit de la réparation intégrale qui veut qu'on indemnise tout le préjudice mais seulement le préjudice<sup>49</sup>: le moins que l'on puisse attendre de l'ordre juridique est qu'il assume ce genre de choix. C'est, encore une fois au législateur qu'il appartient de dire si les dommages et intérêts punitifs doivent avoir ou non droit de cité dans notre système juridique, et on ne peut se satisfaire de cette pénalisation rampante du droit de la responsabilité.

Dire ce que l'on fait, c'est aussi motiver la décision d'indemnisation. De ce point de vue, ne faut-il pas regretter ce que Melle Viney a appelé une démission de la Cour de cassation<sup>50</sup>, relativement à l'office du juge dans l'évaluation du préjudice? Qu'un pouvoir souverain d'appréciation soit reconnu en la matière au juge du fond, on peut l'admettre, mais l'appréciation souveraine n'est pas l'appréciation discrétionnaire, et on comprend mal que le juge puisse ainsi se contenter d'une éva-

---

48. V. par exemple dans l'affaire précitée (note 2) des loteries publicitaires, la somme de 1 F. allouée à l'association de défense des consommateurs qui agissait au nom de l'intérêt collectif.

49. Ainsi en est-il, en raisonnant encore sur l'exemple des loteries publicitaires, lorsque sous couvert d'indemnisation du préjudice causé au consommateur trompé, on lui alloue une somme correspondant au gain espéré: v. par ex. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 26 oct. 2000: Bull. civ. II n° 148.

50. Obs. sous Cass. Ass. Pl. 26 mars 1999: JCP 2000 I 199 n° 12.

luation globale, tous chefs de préjudices confondus (sous la seule réserve de faire apparaître le cas échéant la part récupérable par les tiers payeurs). On devrait pouvoir exiger de lui qu'il s'explique un tant soit peu sur ce qu'il répare, et sur les éléments qu'il prend en compte. Or paradoxalement, plus il est évasif et moins il s'expose à la censure. C'est lorsqu'il fait œuvre de transparence qu'il prend des risques, par exemple en se référant expressément à un barème sans prendre la précaution de préciser qu'il y a recouru seulement à titre d'indice...

Bel exemple de l'ambivalence, voire de l'hypocrisie de notre système de réparation que la place accordée aux barèmes<sup>51</sup>. On ne parle que d'eux, mais ils circulent sous le manteau (sous la robe devrait-on dire!), et on feint de les ignorer au prétoire... L'explication est bien connue : il s'agit de sauvegarder le principe de l'appréciation *in concreto* du préjudice. Il reste que ce double langage peut paraître un peu désobligeant pour les victimes.

Mais il y a plus grave que cette semi-clandestinité des barèmes. Il y a leur multiplicité et leur disparité qui disqualifient totalement notre manière de traiter le dommage corporel : sans même évoquer la lecture forcément partielle qu'en font les médecins conseils des compagnies d'assurances (ce qui on l'aura compris n'est pas sans incidence sur le montant de l'offre faite à la victime), on peut difficilement se satisfaire de cette situation dans laquelle il y a autant de systèmes de calcul de l'indemnité que de systèmes d'indemnisation. Il n'est que de citer l'exemple donné par Loïc Cadiet dans une étude consacrée à la question<sup>52</sup>, exemple emprunté à la thèse du docteur Mélenec sur l'indemnisation du handicap : l'incapacité résultant de la perte d'un rein peut varier d'un régime d'indemnisation à un autre de 5 % à 50 % ! En réalité, c'est ici l'exigence de cohérence du droit de la réparation qui est en cause...

## B. L'EXIGENCE DE COHÉRENCE

La réparation ne peut avoir de sens que si elle est la même pour toutes les victimes. C'est seulement d'une égalité

---

51. V. notamment sur ce débat, Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, article préc. n° 29 p. 65.

52. Article préc. p. 54.

au sens aristotélicien du terme qu'il peut s'agir, certes. Il reste que l'éclatement du droit en la matière confine au chaos<sup>53</sup>. Les différences d'approche du juge pénal statuant sur l'action civile et du juge civil ne se sont pas totalement effacées, le fossé considérable qui sépare les voies contentieuse et transactionnelle ne fait en revanche que s'accroître semble-t-il. Quant à la prolifération anarchique des régimes spéciaux...

Outre qu'elle fait figure de machine inégalitaire, cette atomisation de la réparation pose le problème de la valeur normative du principe de réparation intégrale. On sait que nombre de régimes spéciaux s'affranchissent purement et simplement de ce principe, avec pour l'instant l'onction du Conseil constitutionnel<sup>54</sup>... Mais à la vérité, les juges de la rue de Montpensier ne se sont intéressés que très incidemment à la question, et il n'est pas à exclure qu'ils soient amenés tôt ou tard à se saisir véritablement de cette rupture d'égalité réalisée par les lois spéciales : la cautionneront-ils toujours<sup>55</sup>?

## CONCLUSION

Nos réflexions sur le sujet sont largement inabouties. Nous en tirons cependant quelques enseignements provisoires. Nous croyons d'abord qu'il faut se garder en la matière de deux types d'erreur : celle qui consisterait à faire abdiquer au droit toute velléité d'encadrement, et à abandonner le préjudice au seul arbitrage des victimes; celle qui consisterait à l'inverse à faire du malthusianisme le credo de notre politique juridique, par exemple en répudiant par principe certains chefs de préjudice comme le préjudice d'affection : nous n'avons pour notre part jamais très bien compris l'argument selon lequel il serait malsain de monnayer les larmes; on ne

---

53. L. CADIET, article préc.; Y. LAMBERT-FAIVRE, article préc.

54. Du moins le juge constitutionnel n'a-t-il pour l'instant pas érigé expressément le principe de réparation intégrale en norme de valeur constitutionnelle : v. sur ce point, Ch. COUTANT-LAPALUS, thèse préc. n° 112 et s.; N. MOLFESSIS, *Les sources constitutionnelles du droit des obligations*, in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ 1996, p. 65 et s., spéc. n° 24 p. 83.

55. La cour de Paris, dans un arrêt récent (11 déc. 2002 : arrêt n° 193727) et très attendu (puisque consacré à l'évaluation du préjudice subi par la victime dans l'affaire *Perruche*) n'a pas hésité à énoncer que ce principe a valeur constitutionnelle.

voit pas en tout cas que l'on avilisse les sentiments en leur donnant une valeur économique, et il nous semble qu'il y a plutôt ici une victoire de l'être sur l'avoir. Ce n'est pas à dire cependant qu'il n'y ait pas à établir des priorités. C'est semble-t-il plutôt vers les catégories de dommage que vers les catégories de préjudice qu'il faut se tourner, et nous trouvons plutôt sain que notre droit concentre son attention de manière différenciée, (pas encore suffisamment sans doute) davantage sur les dommages à la personne que sur les dommages aux biens. Nous tirons également de cette ébauche de réflexion, l'impression qu'on dispose de trop de mots pour décrire le préjudice, et d'un vocabulaire trop pauvre pour envisager sa réparation : on gagnerait à distinguer les hypothèses où l'on peut véritablement rétablir la victime dans la situation antérieure au dommage, celle où on l'indemnise, en sous-distinguant selon que l'on compense véritablement, ou selon que l'on console comme disent certains juristes anglosaxons. Il y a sans doute à inventer en la matière. Pour l'heure, on est un peu dans cette situation curieuse où le dictionnaire des pathologies ne cesse de prendre du volume pendant que celui des médications reste à l'état de livret.

Philippe Brun  
Faculté de droit et d'économie  
Université de Savoie  
BP 1104, 73011 CHAMBÉRY Cedex  
Tél. : (334) 79 75 84 35  
Télec. : (334) 79 75 85 81  
Courriel : philippe.brun@univ-savoie.fr