



HAL
open science

Le débat sur le référentiel indicatif de l'indemnisation du préjudice corporel des cours d'appel à l'heure des bases de données

Clément Cousin

► **To cite this version:**

Clément Cousin. Le débat sur le référentiel indicatif de l'indemnisation du préjudice corporel des cours d'appel à l'heure des bases de données. 2017. halshs-01512615v2

HAL Id: halshs-01512615

<https://shs.hal.science/halshs-01512615v2>

Preprint submitted on 24 Apr 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License

Le débat sur le référentiel indicatif de l'indemnisation du préjudice corporel des cours d'appel à l'heure des bases de données

Clément COUSIN
*Docteur en droit**

Version du 30 mars 2017

Résumé

L'indemnisation des préjudices corporels est une matière qui présente une difficulté majeure : fixer le montant de l'indemnisation des préjudices extrapatrimoniaux. L'aridité de la matière et le risque de disparité de la jurisprudence ont amené des magistrats à rédiger un guide de l'indemnisation du préjudice corporel. Celui-ci contient une sorte de manuel de l'indemnisation du préjudice corporel et des indications relatives aux montants des indemnités se présentant sous forme de fourchettes de montants d'indemnisation pour les différents postes de préjudices.

C'est à propos de ces différentes fourchettes que le débat naît puisque leur présence est décriée par une partie des acteurs de l'indemnisation du préjudice corporel, magistrats compris.

Synthétiquement, le débat se pose en ces termes. D'un côté, il est avancé que ces indications sur les montants d'indemnisation sont nécessaires à l'uniformité du travail des juges. De l'autre, ces repères sont accusés d'être l'instrument d'une violation de l'indemnisation intégrale du préjudice et de figer les évolutions de la matière.

En définitif, faut-il ou ne faut-il pas suivre les repères contenus dans les référentiels ? Et, pour le cas où la réponse serait négative, faut-il que le référentiel perdure ?

Les réponses à ces questions peuvent être apportées en approfondissant les arguments pour et contre le référentiel. A l'heure de l'amélioration des bases de données juridiques, il est possible de proposer *in fine* des solutions pour dépasser cette opposition.

Mots clés — Référentiel indicatif de l'indemnisation du préjudice corporel des cours d'appel, préjudices corporels, indemnisation, barèmes, référentiel, indemnisation intégrale du préjudice, principe d'égalité devant la justice, projet de réforme du droit de la responsabilité civile.

* Déclaration de conflit d'intérêt : Clément Cousin est actuellement Juriste assistant et est affecté à la chambre correctionnelle chargée des intérêts civils (6^e ch.) de la Cour d'appel de Bordeaux.

Pourquoi tant de prudence ?

La dernière mouture du référentiel indicatif de l'indemnisation du préjudice corporel des cours d'appel¹ (ci-après dénommé « référentiel ») commence sur un étonnant exercice de diplomatie. En trois paragraphes les auteurs du référentiel indiquent que celui-ci a pour objectif d'aider les magistrats en matière de contentieux de la réparation du préjudice corporel et de favoriser l'harmonisation des jurisprudences sans les uniformiser tout en assurant la réparation intégrale du préjudice corporel. Comme si le propos n'était pas assez clair, il est ensuite assuré que le référentiel ne s'impose pas aux magistrats et qu'il n'est pas immuable.

Pourquoi tant de diplomatie ? Pour le comprendre, il faut reprendre l'histoire de ce document.

Histoire du référentiel — Le référentiel fut d'abord sûrement propre à chaque magistrat, à l'instar des trames dont les premières versions étaient pré-imprimées. L'exigence de cohérence de la

jurisprudence d'une juridiction a ensuite prévalu et ce qui relevait de la cuisine propre à chaque magistrat a été partagé au sein de la juridiction.

L'apparition de la nomenclature Dintilhac² va servir de prémisse à la structuration d'un référentiel national puisqu'il unifie les catégories dont les indemnisations seront comparées. L'histoire du référentiel commence vraiment lorsque sous l'impulsion de B. MORNET, naît un référentiel propre aux cours d'appel de l'ouest et sud-ouest de la France³. L'expérience est ensuite nationalisée pour parvenir à une première version du document en mars 2013 et diffusée en 2014. La troisième version, fruit de discussions achevées en juin dernier, est parue datée d'octobre 2016⁴.

Le récent projet de réforme du droit de la responsabilité civile vient ajouter une étape depuis puisqu'il propose la création d'un référentiel indicatif d'indemnisation des postes de préjudice extrapatrimoniaux⁵, ce qui semble s'insérer dans un courant européen qui tend à

1. *Référentiel indicatif de l'indemnisation du préjudice corporel des cours d'appel*, sous la dir. de B. MORNET, Ecole nationale de la magistrature, oct. 2016, URL : <https://frama.link/referentiel-2016>.

2. *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, sous la dir. de J.-P. DINTILHAC, Cour de cassation, juil. 2005, URL : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217/0000.pdf> (visité le 28/02/2014).

3. Ce document intitulé « référentiel indicatif régional de l'indemnisation du dommage corporel » est le fruit d'un travail initié en 2005 entre les cours d'appel d'Agen, Bordeaux, Limoges, Toulouse et Pau avant d'être étendu aux cours d'appel d'Angers, Orléans et Poitiers. B. MORNET, « Pour un référentiel national d'indemnisation du dommage corporel », *Gazette du Palais*, 3 juin 2010, URL : lext.so/GP20100603I1686.

4. Cette version, comme celle de mars 2013, n'est plus limitée à certaines cours d'appel. Des magistrats de tribunaux y ont par ailleurs contribué, ce qui fait qu'il s'agit aussi d'un référentiel des tribunaux. Il faut donc voir ici une harmonisation aux deux degrés de juridiction.

5. *Projet de réforme de la responsabilité civile : Présenté le 13 mars 2017 par Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016*, Ministère de la Justice, Direction des affaires civiles et du sceau, mar. 2017, URL : http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf, Art. 1271.

6. Sur ce sujet lire M. ROSSETTI, « L'indemnisation du préjudice corporel et l'équité, les "racines communes" des réglementations européennes » 5 déc. 2006, URL : https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2006/05-12-2006_assurance/05-12-06_marco_rossetti.pdf.

proposer aux acteurs de l'indemnisation du préjudice corporel des outils permettant d'accéder à une référence⁶.

Anatomie du référentiel — Le référentiel actuel est organisé en trois parties. *D'abord*, une sorte de manuel présentant toutes les spécificités du contentieux. *Ensuite*, un guide des usages en termes de montants d'indemnisation qui

se présente sous forme de fourchettes d'indemnisation pour chaque poste de préjudice⁷. *Enfin*, des outils tels que des trames ou un barème de capitalisation. Si les outils et la partie didactique ne sont pas contestés, le guide des usages en termes de montants d'indemnisation l'est.

Contestation du référentiel — La

7. La question de savoir s'il s'agit d'un « barème » se pose. Certains auteurs n'hésitent pas à affirmer qu'il s'agit d'un barème (M.-Chr. LAGRANGE, « Les référentiels d'indemnisation : un outil pertinent ? », *Gazette du Palais*, 10 nov. 2012, n° 315, p. 22, URL : lext.so/GP20121110J1476) tandis que d'autres le réfutent (B. MORNET, « Le référentiel indicatif d'indemnisation du dommage corporel des cours d'appel » in *Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel*, sous la dir. de CDPPOC, FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ SAVOIE MONT-BLANC, 1^{er} déc. 2016, URL : http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/328/328366_B_Mornet.pdf, p. 188). Dans tous les cas, il semble difficile d'écrire qu'il s'agit d'un barème. En effet, le barème se définit comme un « recueil de calculs tout faits et de tableaux numériques facilitant une consultation rapide et sûre ». (*Trésor de la Langue Française Informatisé*, Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, URL : [www.cnrtl.fr/definition, V° Barème](http://www.cnrtl.fr/definition/V_bar%C3%A8me). En général sur les barèmes, lire : J.-Cl. BARDOU, « Le juge et les comptes tout faits de M. Barrème -.- Autorité, limites et conditions d'emploi des barèmes dans le procès », *JCP G.*, 28 nov. 2011, n° 48, p. 1332). Le barème est donc une liste de comptes tout faits. Sous cet angle, le terme de barèmes est peu adapté pour désigner ce qui est contenu dans le référentiel. En effet, le montant de l'indemnité n'est pas le fruit d'un compte, d'une opération mathématique, mais bien d'une appréciation *in concreto*, d'une forme de traduction. En matière d'indemnisation du préjudice, le terme barème est donc dévoyé pour désigner une grille dans laquelle les préjudices sont mis en rapport avec une indemnisation. Ainsi le « barème » associerait le préjudice consistant en la perte d'un frère vivant dans le même foyer à une indemnisation à hauteur de 9 000 euros. Encore un tel « barème », s'il n'était qu'une moyenne informative, pourrait être accepté. Mais l'idée qu'un tel « barème » puisse être contraignant pour le juge est actuellement presque unanimement rejetée.

Ainsi, a été délaissée l'option ouverte par l'article 26 de la loi Badinter. Celle-ci prévoyait en effet que puisse être mise sur pied « une publication périodique [qui] rend compte des indemnités fixées par les jugements et les transactions. ». Une sorte de *pax romana* règne ici puisque l'article, est toujours en vigueur mais n'a à ce jour pas été utilisé. Néanmoins, quelques voix s'élèvent pour souhaiter qu'un référentiel obligatoire mais souple soit inséré par voie réglementaire (Lire les propos d'H. GROUDEL in H. GROUDEL et Cl. LIENHARD, « 2^{de} partie : le principe de réparation intégrale et ses conséquences en droit interne », *Gazette du Palais*, 10 avr. 2010, p. 1211, spec. p. 1217.), voire, carrément, un barème obligatoire (« Le problème des préjudices corporels et moraux est certainement le plus simple à résoudre : il appelle de toute évidence l'adoption de barèmes, dans lesquels les valeurs affectées à chacun de ces préjudices seraient pondérées en fonction, d'une part, de leur gravité et, d'autre part, du fondement de la responsabilité retenue. » V. HEUZÉ, « Une reconsidération du principe de la réparation intégrale » in *Colloque à la Cour de cassation, Cycle Risques, assurances, responsabilités*, 23 juin 2005, URL : https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2005_2033/reparation_integrale_8065.html. M. V. HEUZÉ est directeur de l'institut des assurances de Paris.)

Il faut noter que ça n'est pas le barème en lui-même qui est refusé. En effet, des barèmes de capitalisation sont utilisés fréquemment pour transformer une rente indemnitaire en capital indemnitaire. Sur ce point le barème de la *Gazette du Palais* de 2016 est inséré dans le référentiel et est presque unanimement appliqué au sein des cours et tribunaux. La Cour de cassation juge de manière constante que la détermination du barème applicable relève du pouvoir souverain des juges du fond (*cf.* par ex. Cass. crim. 19 sept. 2000, n° 98-87846 et Cass. 2^e civ., 7 mai 2003, n° 01-10869).

8. Dont l'association nationale des avocats de victimes de dommages corporels (ci-après ANA-

contestation de l'existence du référentiel provient principalement de certains avocats défenseurs de victimes⁸ et de certains magistrats⁹. L'argumentaire est simple : un guide des usages en matière d'indemnisation n'est pas une source du droit et ne saurait exister puisqu'il fausse le raisonnement judiciaire, violant par là le principe de l'indemnisation intégrale et la prohibition des arrêts de règlement.

Utilisation du référentiel — Néanmoins, le référentiel, même contesté, n'a jamais été autant utilisé de manière tacite¹⁰, les arguments d'équité, de simplicité et de sécurité étant régulièrement avancés par les magistrats¹¹. Il est même utilisé au-delà des juridictions puisque des plaideurs s'y réfèrent¹² et que, transmis aux assureurs, il aurait

un impact notable sur les indemnisations qu'ils offriraient puisque le barème témoigne des indemnisations habituellement accordées par les juridictions¹³.

Problématique et méthode — Alors, que penser ? Faut-il ou ne faut-il pas de référentiel ? Les précautions diplomatiques insérées au début de la nouvelle version du référentiel indiquent que la question n'est toujours pas tranchée.

Plan — Là où les détracteurs du référentiel avancent sa non conformité au principe de l'indemnisation intégrale (I.), ses défenseurs mettent en avant la sécurité juridique qu'il procure (II.). De cette opposition peut naître un cahier des charges permettant la recherche d'une solution consensuelle (III.).

DAVI). Pour une critique virulente de l'une de ses membres, cf. A. BOYER, « Référentiels d'indemnisation : des mines antipersonnels : Discours sur la méthode », *Gazette du Palais*, 10 août 2010, n° 222, p. 5, URL : www.lext.so/GP20100810I2582.

9. M.-Chr. LAGRANGE, « Les référentiels d'indemnisation : un outil pertinent ? », *Gazette du Palais*, 10 nov. 2012, n° 315, p. 22, URL : [lext.so/GP20121110J1476](http://www.lext.so/GP20121110J1476). Cette magistrate est à notre connaissance la seule à avoir publié un texte en ce sens.

10. Si quelques rares juges s'y réfèrent explicitement (Lire ainsi : CA Limoges, ch. civ. 17 avril 2014, n° de RG : 12/01248, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000028865798> et CA Bastia, ch. civ., 4 janvier 2017, n° de RG : 15/00296, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000033854704>), d'autres rappellent avec force son caractère indicatif (CA Bordeaux, 5^e ch. civ, 8 avril 2015, n° de RG : 13/0076, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030476068>). Sur la question de la référence au référentiel, la Cour de cassation est très claire : l'évaluation de l'indemnité propre à réparer le préjudice subi par la victime ressort du pouvoir souverain des juges du fond. Pour un exemple récent, lire Cass. 2^e civ. 19 mai 2016, n° 11-22684.

11. Pour un exemple récent B. MORNET, « Le référentiel indicatif d'indemnisation du dommage corporel des cours d'appel » in *Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel*, sous la dir. de CDPPOC, FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ SAVOIE MONT-BLANC, 1^{er} déc. 2016, URL : http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/328/328366_B_Mornet.pdf.

12. Pour des exemples, lire : CA Bordeaux, 5^e ch. civ, 8 avril 2015, n° de RG : 13/0076, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030476068> et les moyens du pourvoi inséré sous Cass. 2^e civ. 3 nov. 2016, n° 15-21538.

13. Le conditionnel est de rigueur concernant le sujet des transactions avec les assureurs du fait que celles-ci ne sont pas diffusées. Il serait nécessaire de mener sur ce point des recherches structurées.

I. Juger en s'aidant du référentiel : une pratique illégale ?

La critique majeure¹⁴ faite du référentiel est qu'il prive les juges de pouvoir appliquer le droit correctement : focalisés sur le référentiel, ils n'auraient plus la capacité de rechercher la spécificité de chaque situation pour l'indemniser au mieux. Ce faisant, les juges auraient une pratique judiciaire contraire au droit en ce que cela constitue une violation du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice¹⁵.

Il s'agit donc de savoir si l'existence d'un document édité contenant des fourchettes d'indemnisations habituelles pour chaque poste de préjudice constitue une violation du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice.

Valeur du principe violé — Le principe de l'indemnisation intégrale a été découvert par la Cour de cassation¹⁶ dans un arrêt de 1954 au terme duquel « le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit »¹⁷. Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON rappellent¹⁸ que ce principe a ensuite été mentionné dans le premier article de la résolution 75 du Conseil de l'Europe¹⁹. Le principe de l'indemnisation intégrale procède donc du mécanisme même de la responsabilité civile.

Il n'est personne pour contester

14. Il existe d'autres critiques sur lesquelles nous reviendrons plus loin et notamment sur le fait que le référentiel n'est pas suffisamment actualisé. Nous pensons aussi à la critique fondée sur la prohibition des arrêts de règlement qui est sous-jacente. En effet, le fait que les juges aient adopté un tel référentiel reviendrait à un arrêt de règlement prohibé par l'article 5 du code civil. Sur ce point, la Cour de cassation procède à un contrôle formel : tant que les juges ne font pas explicitement référence à une jurisprudence habituelle ou au référentiel, elle ne casse pas. Mais cela n'empêche pas les juges de s'y référer *in petto*. Il y a donc ici un tour de passe-passe puisqu'il semble que la grande majorité des juges se réfère au référentiel sans que celui-ci soit mentionné. Cette critique ne peut néanmoins pas porter du fait que le référentiel est à ce jour indicatif. Cette critique pourrait être la même en ce qui concerne les « arrêts de principe » devant lesquels les juges du fond s'inclinent sans jamais les citer.

15. Lire M.-Chr. LAGRANGE qui écrit que « l'automatisation de l'indemnisation par le biais d'un barème, même constitué de fourchettes, est incompatible avec les principes de la réparation ». M.-Chr. LAGRANGE, « Les référentiels d'indemnisation : un outil pertinent ? », *Gazette du Palais*, 10 nov. 2012, n° 315, p. 22, URL : lext.so/GP20121110J1476.

16. Il est aussi connu du juge administratif et ce depuis longtemps. Voir ainsi CE, sect. 12 juin 1981, n° 02569. Dans cet arrêt, le Conseil écrit que « le juge est tenu d'assurer une indemnisation intégrale du préjudice quelles que soient les circonstances économiques ».

17. Cass. 2ème Civ. 28 octobre 1954, JCP 1955 II, 8765.

18. Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel : Systèmes d'indemnisation*, 7^e éd., Précis, Dalloz, 2012, n° 31, p. 22.

19. *Conseil de l'Europe, Comité des ministres ; Résolution (75) 1 relative à la réparation des dommages en cas de lésions corporelles et de décès* 14 avr. 1975, URL : <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804f1a02>. Cet article dispose que « compte tenu des règles concernant la responsabilité, la personne qui a subi un préjudice a droit à la réparation de celui-ci, en ce sens qu'elle doit être replacée dans une situation aussi proche que possible de celle qui aurait été la sienne si le fait dommageable ne s'était pas produit. »

20. Ainsi, le principe de la réparation intégrale a-t-il vocation à « innover » la doctrine (D.

l'existence du principe de la réparation intégrale du préjudice et son caractère central en droit du dommage corporel²⁰ et il a même été compté au titre des grands principes du droit de la responsabilité civile dans le dernier projet de réforme du droit de la responsabilité civile²¹. Le flou réside plutôt dans les conséquences de ce principe et, en l'espèce, de savoir si ce principe s'oppose à ce que le montant des indemnités soit suggéré au juge par un document leur indiquant les montants habituels des indemnités accordées par les juridictions pour tel ou tel poste de préjudice. À défaut de données sur ce point, il faut revenir au principe qui sous-tend l'exigence de la réparation intégrale du préjudice.

Au cœur de la critique : l'exigence d'individualisation de l'indemnisation — Reprenons donc l'idée que véhicule le principe de l'indemnisation intégrale. Il s'agit d'une fiction par laquelle la victime sera replacée dans l'état antérieur à l'acte dommageable. Cela signifie — entre autres²² — que

l'indemnité doit être adaptée à la victime et à son dommage et cette exigence d'individualisation de la réparation est un corollaire du principe²³. Cet impératif d'adaptation est important puisqu'il est au cœur du reproche fait au référentiel car au cœur de la critique se trouve le « problème de la personnalisation de la réparation »²⁴.

En somme, c'est une critique faite à la technique de l'indemnisation, à l'habitude des juges. Puisque ceux-ci ne s'attèlent pas « constamment et sans relâche, [à] travailler à réinvestir la technique de ce qui en constitue la raison d'être : la réinterroger, la questionner, conserver un regard critique vis-à-vis d'elle »²⁵, ils auraient perdu leur faculté d'individualisation de l'indemnisation accordée pour réparer le préjudice. La critique est donc plus subtile : le référentiel en ce qu'il donne aux juges un repère jugé confortable les priverait de leur indispensable appréciation humaine du dommage en ce qu'en faisant rentrer le cas « dans des cases », ils mécaniseraient

TAPINOS, « L'appréhension du dommage corporel par la doctrine juridique », *Gazette du Palais*, 16 fév. 2013, n° 47, p. 23), sert de fondement voire même d'axiome à la discipline du droit du dommage corporel (J.-B. PRÉVOST, « Aspects philosophiques de la réparation intégrale », *Gazette du Palais*, 10 avr. 2010, n° 100, p. 7, URL : lext.so/GP20100410I1190). Les assureurs ne le contestent pas. Cf. ASSOCIATION FRANÇAISE DE L'ASSURANCE, *Livre Blanc sur l'indemnisation du dommage corporel*, avr. 2008, p. 5.

21. Lire ainsi le discours du garde des sceaux (J.-J. URVOAS, *Présentation du projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, 13 mar. 2017, URL : http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/Discours%20-%20Pr%C3%A9sentation%20du%20projet%20de%20r%C3%A9forme%20du%20droit%20de%20la%20responsabilit%C3%A9%20civile%2013.03.2017.pdf, p. 5) et l'article 1258 du projet (*Projet de réforme de la responsabilité civile : Présenté le 13 mars 2017 par Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016*, Ministère de la Justice, Direction des affaires civiles et du sceau, mar. 2017, URL : http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf).

22. Il faut aussi que tous les postes de préjudices soient étudiés, ce qui a conduit à la nomenclature Duntilhac qui était souhaitée dès l'origine comme non limitative. Cf. COUSIN, « Les nomenclatures des préjudices corporels : comment ressusciter l'esprit du rapport Duntilhac? [À paraître] », *Revue Lamy droit civil*, 2017.

23. M.-Chr. LAGRANGE, « Les référentiels d'indemnisation : un outil pertinent ? », *Gazette du Palais*, 10 nov. 2012, n° 315, p. 22, URL : lext.so/GP20121110J1476.

24. J.-B. PRÉVOST, « Aspects philosophiques de la réparation intégrale », *Gazette du Palais*, 10 avr. 2010, n° 100, p. 7, URL : lext.so/GP20100410I1190.

25. *Ibid.*

l'indemnisation et lui feraient perdre son individualisation.

Néanmoins, il est difficile de dire à partir de ce raisonnement que le principe de l'indemnisation intégrale du préjudice serait violé du fait que le juge utilise le référentiel. En effet, si l'indemnisation intégrale du préjudice suppose qu'elle soit adaptée, individualisée, la circonstance de ce que l'indemnité a été déterminée en s'aidant d'un référentiel ne permet pas de dire que cette indemnité n'a pas été adaptée, individualisée. En somme, rien ne prouve que les juges aient perdu le regard critique vis-à-vis du référentiel.

Au fondement de l'argument : une critique de la taylorisation de la justice — Il est donc difficile de soutenir que l'utilisation du référentiel conduit *nécessairement* à un déficit d'individualisation des indemnités accordées aux victimes²⁶. Tout au plus est-il possible de critiquer l'ambiance dans lesquelles ces indemnités sont fixées. Ainsi, ce que veulent signifier les détracteurs du référentiel est que les magistrats ne prendraient — ou n'auraient — plus le temps de se pencher correctement sur la spécificité de chaque dossier et seraient donc

dépossédés « de l'essence même de leur fonction »²⁷. Une telle critique est donc moins juridique qu'organisationnelle. En somme, il s'agit d'une critique de la taylorisation de la justice.

Conséquences du référentiel : l'alignement des autres acteurs de l'indemnisation du préjudice corporel — Mécanisme unificateur, le référentiel bénéficie aussi de l'aura de la fonction juridictionnelle. En effet, le référentiel peut être interprété par les autres acteurs comme « la position des juges ». Ainsi, l'existence d'un référentiel aurait pour effet de figer les indemnisations, notamment celles de l'ONIAM²⁸ et des assureurs. De plus, l'autorité du référentiel permettrait quelques abus en ce qu'il serait présenté comme obligatoire, ce qui permettrait d'imposer une indemnité en affirmant que de toute façon, les juges n'accorderont pas plus que cela, preuve à l'appui.

De telles pratiques interrogent tant sur le défaut de conseil des victimes que sur l'usage qui est fait du référentiel dont la conception visait justement à assurer une égalité entre les victimes (II.).

II. Juger en s'aidant du référentiel : une pratique juste ?

26. Néanmoins, cette critique pourrait être pertinente si elle était fondée sur une étude de psychologie sérieusement menée. Il serait ainsi nécessaire de comparer les pratiques de deux groupes de juges dès leur formation d'auditeurs de justice, l'un des groupes jugeant avec le référentiel, l'autre sans. Une discordance dans les montants pourrait alors être mise en lumière.

27. A. BOYER, « Référentiels d'indemnisation : des mines antipersonnels : Discours sur la méthode », *Gazette du Palais*, 10 août 2010, n° 222, p. 5, URL : www.lexis.fr/decisions/2010/08/10/222/20100810I2582.

28. Lire ainsi OFFICE NATIONAL D'INDEMNISATION DES ACCIDENTS MÉDICAUX, *Référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM*, 1^{er} jan. 2016, URL : <http://www.oniam.fr/medias/uploads/Documents%20utiles/referentiel%20indemnisation.pdf>. L'ONIAM est explicite sur l'origine de son référentiel : « Ce référentiel est établi à partir des données issues des jurisprudences judiciaires et administratives et des transactions intervenues en termes de préjudices ». <http://www.oniam.fr/procedure-indemnisation/bareme-indemnisation>. Néanmoins, on regrettera que la méthodologie ayant conduit à ce référentiel ne soit pas précisée (sources précises, pondération entre les sources, dates de fraîcheur des sources, etc.).

Rappelons le reproche : « la distribution d'un référentiel à tous les magistrats de France, référentiel qui "doit en permanence traduire des moyennes jurisprudentielles", [est] évidemment étrangère à toute personnalisation de la réparation »²⁹. De plus, une telle pratique pourrait être sanctionnée sur le fondement de l'article 5 du code civil, article prohibant les arrêts de règlement³⁰. À cette critique, les défenseurs du référentiel avancent que le référentiel assure une appréciable sécurité juridique en ce qu'il permet de faciliter l'accès au précédent jurisprudentiel et que cela sécurise les décisions de justice³¹.

Qu'est-ce que juger ? — Juger est, selon le *Vocabulaire juridique* « examiner une affaire en vue de lui donner une solution »³². Cette solution s'obtient d'abord en comparant le cas d'espèce aux

normes en vigueur. Néanmoins, le droit ne permet pas à lui seul d'obtenir tous les fondements permettant de donner une solution à un litige. Science sociale par excellence, le droit est inséparable de la réalité qu'il a pour objet de modifier. Le droit de l'indemnisation du préjudice corporel est un des exemples topiques³³ de cette insuffisance du droit pour juger.

En effet, le droit, s'il exige l'indemnisation intégrale du préjudice, reste muet sur la méthode d'évaluation de celui-ci³⁴ et laisse le juge seul devant cet impératif. Il lui est ainsi demandé de « replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit ». Il s'agit alors d'un renvoi à l'imagination du juge et il lui est demandé de répondre à la question suivante : combien d'argent faut-il pour réparer le préjudice X ?³⁵ Une telle ques-

29. A. BOYER, « Référentiels d'indemnisation : des mines antipersonnels : Discours sur la méthode », *Gazette du Palais*, 10 août 2010, n° 222, p. 5, URL : www.lexis.fr/GP20100810I2582.

30. Et la Cour de cassation est sur ce point constante, cassant tout arrêt qui se référerait à une jurisprudence habituelle. Pour un exemple, cf. Cass. 2° civ. 12 mai 2010, n° 09-67789.

31. Il semble par ailleurs que l'idée d'un référentiel trouve aussi son origine dans le caractère technique de la matière qui rendrait particulièrement nécessaire l'appui sur un précédent. Ainsi, B. MORNET écrivait-il que « Ce qui est certain, c'est qu'aucun juge, en France, ne peut sérieusement prétendre indemniser le préjudice d'une victime sans se référer à un référentiel, ou au moins à des précédents jurisprudentiels. » B. MORNET, « Pour un référentiel national d'indemnisation du dommage corporel », *Gazette du Palais*, 3 juin 2010, URL : [lexis.fr/GP20100603I1686](http://www.lexis.fr/GP20100603I1686). Le référentiel quand à lui, s'adresse aux « magistrats ayant à connaître du contentieux de la réparation du préjudice corporel, qu'ils soient novices ou spécialisés » (Version 2016, p. 3).

32. G. CORNU et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique : Vocabulaire Cornu*, 8° éd., Quadriga, Presses universitaires de France, 2008, V° Jugement.

33. D'autres illustrations peuvent être tirées du mécanisme de qualification juridique (Sur ce mécanisme lire Cl. COUSIN, *Vers une redéfinition de l'acte médical*, dir. B. FEUILLET-LIGER, Université de Rennes 1, 22 nov. 2016, URL : <https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-01425982> (visité le 10/12/2016), n° 16, p. 10.) ou du renvoi à un standard (Pour un exemple d'étude poussée et brillante d'un tel standard, lire : G. CANSÉLIER, *Les données acquises de la science*, avec une introd. de J.-S. BORGHETTI, avec une préf. de C. LABRUSSE-RIOU, Thèses Numériques de la BND, n° 4, Thèse publiée en l'état et actualisée au 31 août 2009, Les Etudes Hospitalières, avr. 2010).

34. L. AYNÈS, « Quelques données juridiques : La réparation du préjudice économique » in *Conférence Cour de cassation 2007 « Risques, assurances, responsabilités »*, URL : https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/26-04-2007/26-04-2006_aynes.pdf.

35. Il faudrait par ailleurs rajouter l'étape de la ventilation des préjudices poste par poste qui revient à mettre des mots sur les maux. (L'expression est de B. DEKEISTER, « Le Conseil d'État, le recours des tiers-payeurs et la réparation du préjudice corporel : des avancées à nuancer... Note sous CE, Sect., 5 décembre 2014, Consorts D. c/ CH de Semur-en-Auxois, n° 354211 », *RDSS*, 2015, p. 144.) Une fois celle-ci effectuée, il faudra mettre des chiffres après les mots.

tion est des plus délicates concernant les postes de préjudice extrapatrimoniaux puisqu'il s'agit en fait de convertir deux données qui ne sont pas dans la même unité ! Pour effectuer cette conversion, le juge est démuné puisqu'il ne peut faire référence qu'à son appréciation pour déterminer le montant à allouer pour réparer le préjudice.

D'où vient l'appréciation du juge ? La question est épineuse puisque celle-ci n'a pas de source établie. Il s'agit d'une sorte de boîte noire³⁶ d'où provient la décision du juge et que la Cour de cassation ne souhaite pas ouvrir puisqu'elle laisse la détermination des montants des indemnités accordées aux victimes au pouvoir souverain des juges du fond³⁷. Dès lors, le juge du fond est, en théorie, parfaitement libre pour fixer le montant de l'indemnité. Ainsi, à défaut de norme, le juge serait-il dépourvu de tout repère, de toute référence hors du droit pour trancher.

Néanmoins, le juge doit rester raisonnable s'il souhaite que sa décision soit toujours acceptable, ce qui le pousse à trouver des références hors du droit pour prendre sa décision et s'assurer qu'elle sera acceptée. Le juge est d'abord tenu par les demandes et ne peut accorder plus que ce qui est demandé et moins

que ce qui est offert. Voilà les premiers ordres de grandeur. Ensuite, au sein de l'échelle comprise entre l'offre et le montant demandé, le juge n'a que l'embarras du choix.

En théorie, le juge prendrait chaque cas, et tenterait de déterminer l'indemnité en imaginant la différence de qualité de vie, de revenus, de plaisir, etc. entre la situation de la victime et celle qu'elle aurait vécue sans la survenue de l'accident. Néanmoins, il faut reconnaître qu'une telle réflexion, si elle est systématiquement menée, conduira à des résultats à chaque fois différents. Dès lors, et à supposer que l'on s'accorde sur la nécessité d'une certaine égalité entre les victimes, le recours à une référence hors du droit est inévitable³⁸.

Ainsi, dans le silence des normes juridiques, le juge est-il contraint de rechercher d'autres références pour pouvoir fixer l'indemnisation. Si les situations individuelles ne sont pas identiques, elles restent néanmoins comparables en ce qu'il est possible pour le juge, lorsqu'il cherche à déterminer le montant d'une indemnité, d'établir des parallèles avec les cas qu'il a pu personnellement connaître ou que sa juridiction a connus antérieurement ou avec les cas que d'autres juges — dont les juges du

36. Ou une « boule de cristal ». B. MORNET, « Le référentiel indicatif régional d'indemnisation du préjudice corporel : colloque La réparation du dommage corporel à l'épreuve de l'unification des pratiques », *Gazette du Palais*, 24 déc. 2011, 358, p. 37.

37. Et ce en vertu d'une jurisprudence constante. Par exemple, lire Cass. 2^e civ., 28 juin 2007, n° 06-117733.

38. Sur ce point, lire la contribution de V. HEUZÉ qui écrivait que « surtout, c'est en tant qu'il abandonne la fixation du montant de l'indemnisation aux tribunaux que notre système apparaît en l'occurrence indéfendable. Car ce dont il s'agit n'est pas autre chose ici que de leur demander de traduire en termes monétaires le sentiment de compassion que la victime leur inspire. Or, spontanément, ils ne peuvent évidemment qu'en être incapables, parce que, comme en matière de dommages corporels, cette traduction est une simple affaire de convention ». V. HEUZÉ, « Une reconsidération du principe de la réparation intégrale » in *Colloque à la Cour de cassation, Cycle Risques, assurances, responsabilités*, 23 juin 2005, URL : https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2005_2033/reparation_integrale_8065.html.

39. Un tel constat est assez évident et peut être tiré de nombreux articles dans lesquels des juges se sont exprimés. Ainsi, B. MORNET écrivait-il en 2011 (B. MORNET, « Le référentiel indica-

second degré — ont tranchés antérieurement³⁹. En somme, l'un des repères qu'utilise le juge est le précédent jurisprudentiel.

L'importance du précédent — Le précédent a pour les juges et les auxiliaires de justice une certaine importance et si les juges ne font pas de référence explicite au précédent dans leurs décisions, ceux-ci sont rappelés dans les rapports des conseillers en cassation tout comme ils figurent de manière quasi-systématique dans les conclusions des plaideurs. Le système judiciaire semble donc considérer que la justice se doit d'être cohérente en ce qu'une décision de justice s'inscrit nécessairement dans un système plus vaste et qu'elle doit être en accord — ou, *a minima*, ne doit pas détonner — avec les précédents⁴⁰.

L'importance du précédent doit aussi être comprise au plan de la sécurité juridique et de l'impératif de garantir la confiance du justiciable dans son juge⁴¹. Fournir des repères au juge le contraint et le référentiel est parfois considéré comme un filet contre l'arbitraire du juge⁴² qui, s'il était dépourvu de toute référence, agirait comme bon lui semblerait, prêtant le flanc à une critique sur la légitimité de son appréciation, bien que celle-ci soit dans l'absolu toujours juridiquement légale, le juge étant parfaitement libre des montants qu'il alloue au titre de l'indemnisation des préjudices.

L'utilisation et la formation du précédents par les juges — Le précédent a ainsi une certaine importance et les juges disposent d'outils et de bases de données permettant un accès à ces

tif régional d'indemnisation du préjudice corporel : colloque La réparation du dommage corporel à l'épreuve de l'unification des pratiques », *Gazette du Palais*, 24 déc. 2011, 358, p. 37) et, dans des termes identiques en 2016 (B. MORNET, « Le référentiel indicatif d'indemnisation du dommage corporel des cours d'appel » *in Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel*, sous la dir. de CDPPOC, FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ SAVOIE MONT-BLANC, 1^{er} déc. 2016, URL : http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/328/328366_B_Mornet.pdf) que « Le juge n'évalue pas les préjudices en lisant dans une boule de cristal ; confronté à l'indemnisation du préjudice, le juge cherche des précédents. Et la recherche de précédents nous conduit naturellement vers la notion de référentiel. ». Ce constat avait été aussi fait par J. CARBONNIER qui écrivait que « lorsque, sur un point de droit, un juge a jugé d'une certaine manière, s'il retrouve le même débat dans un procès nouveau, il a tendance à reproduire le jugement précédent : ce n'est pas seulement la force de l'habitude (qui est une économie de force), c'est aussi la volonté de ne pas décevoir les attentes des praticiens et des justiciables, de ne pas troubler la confiance qu'ils ont faite à ce qui avait été antérieurement jugé ». J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 2006.

40. Les juges vont parfois rechercher les précédents hors des décisions de justice. Ainsi, « les juges administratifs, du moins ceux de Paris, s'emploient, à chaque fois qu'ils indemnisent, à vérifier que leurs évaluations, effectuées au regard de la jurisprudence des Cours administratives d'appel, ne s'éloignent pas de celles de l'ONIAM dont le référentiel d'indemnisation est systématiquement consulté ». S. MILLE, « La réparation du préjudice corporel par le juge administratif », *Gazette du Palais*, 10 avr. 2008. Madame S. MILLE était à l'époque vice-président de section au tribunal administratif de Paris. Une telle méthode revient à créer un système de références circulaires puisque l'ONIAM affirme se fonder pour son référentiel en partie sur les décisions des juridictions administratives !

41. Sur cet argument lire B. MORNET, « Le référentiel indicatif régional d'indemnisation du préjudice corporel : colloque La réparation du dommage corporel à l'épreuve de l'unification des pratiques », *Gazette du Palais*, 24 déc. 2011, 358, p. 37.

42. Lire ainsi B. MORNET qui en 2010 écrivait que « La question de l'évaluation du préjudice nécessite pour le juge d'avoir des repères, des références d'évaluation, au moins pour les préjudices extrapatrimoniaux, repères sans lesquels nous courrons à l'arbitraire du juge ». B. MORNET, « Pour un référentiel national d'indemnisation du dommage corporel », *Gazette du Palais*, 3 juin 2010, URL : lext.so/GP20100603I1686.

précédents. Par ailleurs, les habitudes se transmettent de manière informelle au sein de l'institution judiciaire⁴³.

Mises à part les bases de données publiques et privées, les juges ont progressivement formalisé les précédents. Ils ont commencé par formaliser leur propre précédent, c'est-à-dire de leur habitude parfois sous forme de tableaux⁴⁴. L'impératif d'harmonisation de la jurisprudence entre les magistrats d'une même juridiction, puis d'un même ressort, puis entre tous les magistrats a conduit à ce qu'ils échangent sur leurs habitudes. Là naît l'idée du référentiel en ce qu'il s'agit d'un outil qui formalise les précédents et qui pousse les juges à unifier leurs pratiques.

La question de l'impératif de cohérence des indemnisations en France — L'argument fréquemment avancé est qu'il est difficilement compréhensible pour le justiciable que l'indemnisation d'un même préjudice puisse va-

rier du simple au double selon que celle-ci est rendue par une juridiction ou une autre⁴⁵. Le juge étant par principe totalement libre pour déterminer le montant des indemnités, le principe de leur homogénéité n'aurait aucune assise juridique.

Un fondement juridique peut néanmoins être trouvé dans le principe d'égalité devant la justice⁴⁶ qui découle des articles 6 et 16 de la déclaration de 1789⁴⁷. Ce principe implique de traiter de la même manière des personnes étant dans la même situation⁴⁸. Il a ainsi jugé que « si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense. »⁴⁹ Le principe a donc valeur constitutionnelle et serait à mettre au nombre des idées fondatrices du droit

43. Notamment via des réunions entre chambres au sein d'une même juridiction (correctionnelle sur intérêts civils, civile de la responsabilité et CIVI) ou des réunions dites parfois « fonctionnelles » qui regroupent autour du président de chambre les magistrats d'un même ressort spécialisés dans un domaine. Ces réunions permettent la circulation des précédents et des habitudes.

44. Et chaque juge dispose d'un ensemble de données propres, classeurs, trames, manuels etc. l'aidant dans son travail.

45. Pour un exposé de cet argument, cf. B. MORNET, « Le référentiel indicatif d'indemnisation du dommage corporel des cours d'appel » in *Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel*, sous la dir. de CDPOC, FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ SAVOIE MONT-BLANC, 1^{er} déc. 2016, URL : http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/328/328366_B_Mornet.pdf, p. 184-185.

46. Pourrait aussi être avancé le fondement de la sécurité juridique. Ce principe, découlant du droit à la sûreté (affirmé par l'article 2 de la déclaration de 1789) se définit comme la capacité pour les citoyens « sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, [d'être] en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles ». CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2006 - Sécurité juridique et complexité du droit*, mar. 2006, URL : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000245/index.shtml>, p. 281. Il a notamment été rappelé dans le débat sur les revirements de jurisprudence.

47. Cons. Const. 3 juin 2016, n° 2016-544 QPC, §6.

48. Lecture par *a contrario* de Cons. const. 29 déc. 2003 : n° 2003-489 DC §37.

49. La formule est constante, cf. Cons. const. 29 novembre 2013, n° 2013-356 QPC « M. Christophe D. » §4 ; Cons. Const. 16 octobre 2015, n° 2015-492 QPC §5 ; Cons. Const. 3 juin 2016, n° 2016-544 QPC, §6.

50. Lire ainsi le discours du garde des sceaux à l'occasion de la publication du projet de réforme

de la responsabilité civile⁵⁰, ce qui pourrait permettre de l'appliquer à des matières autres que la procédure.

La publicité du référentiel — Le référentiel est donc avant tout un outil à destination des magistrats. Néanmoins, cette « cuisine interne » a été ouverte aux auxiliaires de justice et aux autres parties, notamment pour que cela permette d'accélérer le processus de jugement.

Une telle publicité peut paradoxalement faciliter à deux titres le travail des plaideurs. *D'une part*, la recherche du précédent est parfois coûteuse et le résultat sujet à caution. La publicité du document réunissant les précédents leur économise cette recherche et clarifie les limites des indemnisations qui sont habituellement jugées acceptables. Dès lors, le plaideur sait précisément quand le juge sortira de ses habitudes et donc quand il sera nécessaire de déployer des efforts de conviction supplémentaires. En

somme, un tel document conduit à identifier plus précisément le besoin de débats sur le *quantum* de l'indemnité. Un tel argument est fortement critiqué par certains qui y voient une obligation faite aux « victimes d'apporter des éléments de preuve permettant »⁵¹ de s'écarter du barème. Inversement, cela force le juge à motiver spécialement lorsqu'il s'écarte des indemnisations habituelles.

D'autre part, la publicité du référentiel a été présentée comme pouvant permettre aux plaideurs de critiquer le document sur lesquels les juges peuvent se fonder⁵². Il apparaît néanmoins que le référentiel est aujourd'hui utilisé comme fondement pour justifier une demande⁵³.

Les arguments pour et contre ayant été exposés, il apparaît difficile d'envisager de replacer la pratique de l'indemnisation dans l'état où elle était avant le référentiel. Il faut donc aller de l'avant et rechercher une solution pour dépasser l'opposition (III.).

III. Dépasser l'opposition : recherche de solutions

Cahier des charges — Puisque c'est la formalisation du précédent qui est en cause, la recherche d'une solution au débat portant sur l'exigence des fourchettes contenues dans le référentiel

doit s'approcher au plus près de la recherche simple du précédent. Ainsi, cette solution doit-elle permettre une évolution fréquente des données et faire transparaître l'idée que les informations ne

du droit de la responsabilité civile. Il disait que « l'objectif d'égalité de traitement des victimes » est une des idées fondatrices au cœur de la réforme. (J.-J. URVOAS, *Présentation du projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, 13 mar. 2017, URL : http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/Discours%20-%20Pr%C3%A9sentation%20du%20projet%20de%20r%C3%A9forme%20du%20droit%20de%20la%20responsabilit%C3%A9%20civile%2013.03.2017.pdf, p. 4).

51. V. SCHMITZBERGER-HOFFER, « Barèmes d'indemnisation : toujours plus lourde, la charge de la preuve... », *Gazette du palais*, 17 fév. 2017, n° 6, p. 40, URL : [lexis.fr/lexis/fr/lexis/so/GPL285u8](http://www.lexis.fr/lexis/fr/lexis/so/GPL285u8).

52. B. MORNET, « Pour un référentiel national d'indemnisation du dommage corporel », *Gazette du Palais*, 3 juin 2010, URL : [lexis.fr/lexis/fr/lexis/so/GP20100603I1686](http://www.lexis.fr/lexis/fr/lexis/so/GP20100603I1686).

53. Cf. *supra*.

54. Ce caractère indicatif est sans cesse rappelé (Ph. BRUN, « Synthèse des travaux de la matinée », *Gazette du Palais*, 10 avr. 2010, p. 1221, spec. p. 1223), sauf par les assureurs qui souhaitent, prévisibilité oblige, un référentiel obligatoire. Une telle position se déduit notamment des propos de V. HEUZÉ que nous avons cités *supra*.

s'imposent pas au juge⁵⁴.

La première solution serait de supprimer le référentiel et de rendre plus lisible l'ensemble des précédents, notamment par la constitution de bases de données incluant des données numériques (A.). Néanmoins, parce que de telles bases de données pourraient avoir l'aspect de barèmes, il est possible de proposer des améliorations du référentiel (B.).

A. Supprimer et remplacer le référentiel

La proposition — La première solution est principalement portée par l'ANADAVI. L'idée est séduisante puisque cela revient à un retour à la source : la jurisprudence, le précédent

brut⁵⁵. Néanmoins, ce retour à la source s'accompagnerait d'une innovation technologique permettant de présenter les sources en indiquant les différentes indemnisations qui ont été accordées. De plus, il est demandé que les indemnisations issues des transactions passées entre les assurés et les assureurs soient incluses dans ces données⁵⁶. In fine, cela revient à demander ni plus ni moins l'application de l'article 26 de la loi Badinter, réserve faite que les données ne seraient plus contenues dans une publication mais dans une base de données.

Ces bases de données existent aujourd'hui parce que les algorithmes sont au point non seulement pour la recherche de mots clés, mais aussi pour l'intégration des données numériques des décisions⁵⁷ et parce que les données sont aujourd'hui

55. La suppression du référentiel suggère une troisième voie, très contestable. Puisque ce qui pose problème est non le référentiel en lui-même, mais sa publicité, il serait possible de le conserver mais d'en restreindre la diffusion aux seuls magistrats. Néanmoins, une telle solution est contestable à deux points de vue. D'une part, du point de vue éthique, cela conduirait à une justice opaque. D'autre part, du point de vue pratique, une telle solution est impossible puisqu'un tel document « fuitera » nécessairement du fait notamment de l'opposition de certains magistrats.

56. En effet, la grande majorité des indemnisations fait l'objet de transactions. Les tribunaux connaissent principalement des indemnisations dont le montant est élevé. Néanmoins, il y a là un écueil à éviter puisque la constitution d'une base de données gérée en grande majorité par les assureurs, provenant de transactions non nécessairement négociées et servant à la détermination du montant des condamnations judiciaires reviendrait à subordonner le pouvoir judiciaire aux assureurs. Sur cet argument, lire B. MORNET, « Pour un référentiel national d'indemnisation du dommage corporel », *Gazette du Palais*, 3 juin 2010, URL : lext.so/GP20100603I1686. Un second écueil peut survenir du fait de la confidentialité des conventions d'indemnisation. Celle-ci rend en effet incontrôlable toute donnée fournie par un assureur.

57. Voir ainsi le produit nommé « données quantifiées JurisData ») des éditions Lexis Nexis qui permet d'obtenir des données quantifiées issues de la jurisprudence en comparant dans les décisions des entités nommées. Pour une présentation de ce produit, cf. http://www.lexisnexis.fr/metiers/avocats/solutions/recherche_information/Donnees-Quantifiees-JurisData/index.html. Les équipes de doctrine.fr nous ont par ailleurs indiqué qu'une telle option était envisagée. Par ailleurs, il existe une base de données propre à l'association ANADAVI.

58. Est ainsi imminente l'ouverture de la base de données des arrêts d'appel dite « JuriCa » à laquelle ont accès les fonctionnaires assermentés du ministère de la justice dont les magistrats. La base de données est très complète et a été alimentée par un système original : les magistrats sont incités à faire parvenir à un magistrat de liaison au sein de chaque Cour les arrêts significatifs de leur jurisprudence. Ceux-ci sont livrés associés à un sommaire et envoyés à la Cour de cassation qui les rentre dans la base de données. Les arrêts n'étant pas anonymisés, cela rend la base inaccessible aux personnes non soumises au secret professionnel. Pour des développements sur la question, voir notamment l'intervention de Ronan Guerlot lors des états généraux de la recherche sur le droit et la justice : *Table ronde 6 - Le numérique et la redéfinition des professions juridiques et judiciaires (8553) - Mardi 31 janvier 2017 14 :30 - 16 :30*, URL : <https://webcast.in2p3.fr/videos->

plus accessibles⁵⁸.

L'effet des BDD — *In fine*, les bases de données pourront conduire à une présentation des précédents jurisprudentiels habituels, sous la forme de moyennes ou de fourchettes pour chaque poste de préjudice. Cela reviendra alors peu ou prou à ce qui est présenté dans le référentiel, réserve faite qu'aucun éditeur n'aura influé sur ces résultats, comme c'est le cas du référentiel qui est le résultat d'une réflexion de magistrats sur leur travail.

Les nouvelles fonctionnalités permettent de générer un résultat très fin et exploitable. Il est ainsi possible de trouver un certain nombre de décisions rendues dans des cas similaires au dossier jugé pour un poste de préjudice précis. *De facto*, cela reviendra à une précision inédite dans la recherche du précédent jurisprudentiel et cela va révolutionner le travail des magistrats. Si l'on postule que leur liberté dans la décision est inversement proportionnelle à leur aisance dans l'accès au précédent, cela constitue une « menace » d'autant plus grande. En effet, de par cette précision exceptionnelle, ce ne seront plus des fourchettes assez lâches qui seront présentées et actualisées périodiquement mais des chiffres précis, des moyennes et des minimums

et maximums actualisés en temps réel.

Assez paradoxalement, si l'on suppose que l'accès au précédent perturbe le travail du juge, le référentiel, outil certes grossier mais suffisamment vague pour laisser au juge une réelle liberté, serait donc préférable aux bases de données⁵⁹. Une amélioration de ce dernier pourrait par ailleurs résoudre une partie des difficultés qu'il pose (B.).

B. Améliorer le référentiel

Une évolution de la méthode

La seconde option est de conserver le référentiel mais, pour garantir son acceptabilité, de le faire évoluer.

Trois améliorations pourraient être mises sur pied.

D'abord, préciser la méthode de travail. L'actuelle évolution du référentiel se fonde sur les indemnités accordées. L'évolution des indemnités suggérées par le référentiel est donc le produit des indemnités habituellement accordées et donc des demandes récurrentes des plaideurs pour modifier une des bornes d'indemnisation. Les avocats le reconnaissent : leur force est de pouvoir faire évoluer, pas à pas, la jurispru-

le_numerique_et_la_redefinition_des_professions_juridiques_et_judiciaires (visité le 25/02/2017). Pour une vision historique, cf. N. BUSTAMANTE, *Historique de l'open data juridique*, 19 avr. 2016, URL : <https://blog.doctrine.fr/historique-de-l-open-data-juridique-118491cf33d4#.1gkezax5o> (visité le 24/02/2017).

59. Une réserve peut être faite à cet argument. Si les bases de données ne conduisent pas à produire un résultat synthétisé (c'est-à-dire à produire des minimums et maximums), mais se contentent de lister les cas similaires et les indemnités accordées, alors, le juge sera obligé de faire un effort d'adaptation, d'individualisation. Mais une présentation brute ne nous paraît pas réaliste puisque si celle-ci n'est pas adoptée, les juges vont, par souci d'ergonomie, synthétiser leurs recherches et produire leur propre référentiel.

60. Lire ainsi G. MOR qui écrivait que « si la Cour de cassation a fixé une jurisprudence, elle doit à mon sens s'appliquer aussi bien aux commissions de conciliation qu'aux juridictions. Notre tâche est aussi de faire évoluer cette jurisprudence dans le bon sens. Nous ne désespérons pas non plus de pouvoir faire évoluer les jurisprudences des CRCI. » G. MOR, « Dommage corporel et droit de la santé : l'avocat, une plus-value ! - Synthèse des travaux », *Gazette du Palais*, 18 avr. 2009, n° 108, p. 54, URL : lext.so/GP20090418H3735.

dence, tant des juridictions que des CCI, dans un sens qui leur paraît bon⁶⁰. Nul doute qu'il en est de même avec le référentiel. Peut-être faudrait-il aller au bout de la transparence et, en plus de la publication du référentiel⁶¹, que la méthode de travail soit systématisée⁶², formalisée et diffusée.

Ensuite, il sera nécessaire de préciser un calendrier de réévaluation de ce référentiel⁶³. En effet, s'engager dans une révision périodique implique qu'un manquement dans cette périodicité fera que la crédibilité du document sera altérée : les données qu'il contient seront donc « périmées » et seront alors plus facilement contestables.

Enfin, il faudrait profiter des réflexions portant sur le référentiel pour ajouter à la formalisation et à l'harmonisation du précédent une réflexion sur les montants de l'indemnisation elle-même. En effet, les montants actuellement proposés dans le référentiel proviennent d'une tradition jurisprudentielle qui s'est faite à tâtons. Peut-être que les prochaines réévaluations du référentiel pourraient constituer autant d'opportunités pour mener des réflexions visant à éva-

luer par une démarche scientifique pluridisciplinaire (avec notamment des apports ethnologiques, sociologiques et économiques) le véritable prix de la réparation des préjudices subis ?⁶⁴

Conclusion — En définitive, les futures évolutions des bases de données vont permettre un accès plus clair et aisé au précédent⁶⁵ et vont annihiler le référentiel qui devra sûrement être rédigé grâce à ces bases de données. Reste qu'il sera toujours dépassé puisqu'il sera une photographie à un temps donné de la jurisprudence. Il sera néanmoins plus maniable qu'une base de données car sera synthétique. Assez paradoxalement, le référentiel, de par sa concision, sera peut être plus à même de laisser le juge dans ce vague lui permettant de se faire une idée individualisée du dossier. Le référentiel sauverait-il ainsi l'indemnisation intégrale ?

C'est cette voie qui a été récemment proposée par le projet de réforme du droit de la responsabilité civile qui a proposé la création d'un référentiel indicatif d'indemnisation des préjudices extrapatrimoniaux. Celui-ci serait actualisé tous les trois ans en fonction de l'évolution

61. Que l'on nous permette en passant de souhaiter que ce référentiel soit publié sur le site du ministère. Il a été fait le choix d'une diffusion par voie hiérarchique aux magistrats et aux avocats via les bâtonniers. Néanmoins, la représentation n'étant pas obligatoire devant les juridictions pénales — statuant notamment sur les intérêts civils — il est nécessaire qu'un tel document soit plus amplement dévoilé.

62. Pourrait ainsi être ajoutée une annexe méthodologique précisant la méthode ayant permis de produire les bornes hautes et basses proposées dans le référentiel.

63. Le récent projet de réforme de la responsabilité civile propose une réévaluation tous les 3 ans. *Projet de réforme de la responsabilité civile : Présenté le 13 mars 2017 par Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016*, Ministère de la Justice, Direction des affaires civiles et du sceau, mar. 2017, URL : http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf, Art. 1271, al. 1.

64. Si un tel chemin est emprunté, l'annexe méthodologique que nous suggérons devient impérative puisqu'il sera nécessaire de préciser la part de cet apport disciplinaire. Le référentiel ne deviendra alors plus un simple recueil du précédent mais une véritable proposition faite aux juges et il est impératif qu'ils sachent ce qui ressort du précédent et ce qui ressort d'un apport étranger à l'habitude.

65. Reste le problème majeur des indemnisations accordées par transaction entre les assureurs et les victimes.

de la moyenne des indemnités accordées par les législations, cette moyenne étant obtenue grâce à une base de données rassemblant les décisions définitives rendues par les cours d'appel en matière d'indemnisation du dommage corporel des victimes d'un accident de la circulation⁶⁶. Il est néanmoins dommage qu'une publication par voie décrétole soit envisagée puisque cela ferait perdre au référentiel sa qualité de document écrit par des

juges pour les juges ce qui est un gage de son acceptabilité par ceux-ci.

Reste que l'on est loin de l'épilogue, le dossier de presse ayant pudiquement indiqué que « le champ est laissé au prochain gouvernement de proposer un projet de loi, afin de permettre au Parlement de parachever cette réforme fondamentale. »⁶⁷ Rendez-vous donc au prochain épisode.

66. *Projet de réforme de la responsabilité civile : Présenté le 13 mars 2017 par Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016*, Ministère de la Justice, Direction des affaires civiles et du sceau, mar. 2017, URL : http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf, Art. 1271.

67. *Projet de réforme du droit de la responsabilité civile : Présenté le 13 mars 2017 par Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016*, Dossier de presse, Ministère de la justice, URL : http://www.justice.gouv.fr/publication/dp_responsabilite.civile_20170310.pdf (visité le 14/04/2017), p. 5.