



HAL
open science

Quelle prise en charge des dommages corporels au XXI^e siècle? : recherches sur l'articulation entre droit de la responsabilité, Sécurité sociale et assurances privées

Jonas Knetsch

► To cite this version:

Jonas Knetsch. Quelle prise en charge des dommages corporels au XXI^e siècle? : recherches sur l'articulation entre droit de la responsabilité, Sécurité sociale et assurances privées : actes de la journée d'études organisée le 27 novembre 2018 à Saint-Étienne. Université Jean Monnet; École Nationale Supérieure de la Sécurité sociale, 130 p., 2020, 978-2-9571884-0-6. halshs-02930755

HAL Id: halshs-02930755

<https://shs.hal.science/halshs-02930755>

Submitted on 10 Sep 2020

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.

QUELLE PRISE EN CHARGE DES DOMMAGES CORPORELS AU XXI^E SIÈCLE ?

Le 27 octobre 2018, une journée d'études organisée par l'Université Jean Monnet Saint-Étienne et l'École Nationale Supérieure de la Sécurité sociale (EN3S) a réuni des spécialistes du droit de la responsabilité civile, de la protection sociale et du domaine des assurances et des fonds d'indemnisation pour débattre de l'articulation entre ces différents mécanismes de prise en charge du dommage corporel.

Reproduisant les contributions des intervenants, parfois considérablement augmentées, ainsi que les échanges avec la salle, le présent ouvrage a pour objectif de contribuer à l'étude interdisciplinaire de l'indemnisation des victimes.

QUELLE PRISE EN CHARGE DES DOMMAGES CORPORELS AU XXI^E SIÈCLE ?

QUELLE PRISE EN CHARGE DES DOMMAGES CORPORELS AU XXI^E SIÈCLE ?

Recherches sur l'articulation entre droit de la responsabilité, Sécurité sociale et assurances privées

– Actes de la journée d'études organisée le 27 novembre 2018 à Saint-Étienne –

QUELLE PRISE EN CHARGE DES DOMMAGES CORPORELS AU XXI^E SIÈCLE ?

**Recherches sur l'articulation
entre droit de la responsabilité,
Sécurité sociale et assurances privées**

**Actes de la journée d'études organisée
le 27 novembre 2018 à Saint-Étienne**



SOMMAIRE

PRÉFACE

Jonas Knetsch

Professeur de droit privé

Université Jean Monnet Saint-Étienne

LA PART DU PUBLIC ET DU PRIVÉ DANS LE SYSTÈME FRANÇAIS DE PRISE EN CHARGE DU DOMMAGE CORPOREL

Jonas Knetsch

Professeur de droit privé

Université Jean Monnet Saint-Étienne

TABLE-RONDE : LA COEXISTENCE DES MODÈLES PUBLICS ET PRIVÉS DANS LE SYSTÈME FRANÇAIS

Exposé de **Laurent Bailly**

Caisse nationale d'assurance maladie (CNAM)

Exposé de **Anne-Marie Papeix**

Fédération française de l'assurance

Exposé de **Élisabeth Le Cheualier**

Fédération française de l'assurance

Exposé de **Nathalie Faussat**

Fonds de garantie des victimes des

actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI)

DE QUELQUES PARTICULARITÉS DE LA PRISE EN CHARGE DES FRAIS DE SOINS EN SUISSE

Francis Kessler

Maître de conférences en droit privé

École de droit de la Sorbonne

(Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)

Avocat senior counsel Gide Loyrette Nouel

LE DUALISME DU SYSTÈME D'ASSURANCE-MALADIE ALLEMAND

Martin Zwickel

Akademischer Oberrat et Docteur en droit

Université d'Erlangen-Nuremberg

LE MODÈLE NÉO-ZÉLANDAIS DE LA PRISE EN CHARGE DU DOMMAGE CORPOREL D'ORIGINE ACCIDENTELLE

Vincent Rivollier

Maître de conférences de droit privé

Université Savoie Mont Blanc

TABLE-RONDE : LA CONFRONTATION DES MODÈLES DE PRISE EN CHARGE DU DOMMAGE CORPOREL À TRAVERS LE MÉCANISME DES RECOURS SUBROGATOIRES

Exposé de **Olivier Gout**

Professeur de droit privé

Université Jean Moulin Lyon 3

Exposé de **Vincent Ruol**

Inspecteur des affaires sociales

ARS Auvergne-Rhône-Alpes

Exposé de **Dominique Arcadio**

Avocat au Barreau de Lyon

Débats

L'ORIGINALITÉ DU RÉGIME ACCIDENTS DU TRAVAIL-MALADIES PROFESSIONNELLES

Laurent Bailly, Emmanuel Pino et Alexandre David

Caisse nationale d'assurance maladie (CNAM)

LES ORIGINES DE LA NOMENCLATURE DINTILHAC

Stéphanie Porchy-Simon

Professeur de droit privé

Université Jean Moulin Lyon 3

LA PRISE EN CHARGE DES SOUFFRANCES MORALES PAR LA PROTECTION SOCIALE

Morane Keim-Bagot

Professeur de droit privé

Université de Bourgogne

UNE GARANTIE ESSENTIELLE DANS LA PRISE EN CHARGE DU DOMMAGE CORPOREL : LA GAV (GARANTIE DES ACCIDENTS DE LA VIE PRIVÉE)

Sabine Abravanel-Jolly

Maître de conférences HDR en droit privé

Université Jean Moulin Lyon 3



Préface

Jonas Knetsch

Professeur de droit privé

Université Jean Monnet Saint-Étienne

Au cours des cinquante dernières années, notre société a fondamentalement changé son regard sur le risque d'accidents corporels. Alors que la probabilité d'en être victime n'a jamais été aussi faible grâce aux efforts de prévention dans les domaines les plus accidentogènes (accidents du travail, accidents de la route, accidents domestiques...), le refus de se soumettre à la fatalité et au coup du sort a entraîné une multiplication des demandes de prise en charge et une forte hausse du contentieux.

Parallèlement, l'émergence de l'État providence a fait naître, partout en Europe, des systèmes de protection sociale qui atténuent considérablement les conséquences économiques et sociales d'un accident corporel.

Devant ce constat paradoxal, il n'est guère étonnant que la prise en charge des dommages corporels ne cesse de provoquer débats et interrogations, y compris auprès du grand public. Comment indemniser les victimes d'accidents sériels de type Mediator, amiante et sang contaminé et leurs familles ? Quelle place assigner à la Sécurité sociale dont les comptes ont été déficitaires pendant des décennies ? Faut-il encourager le développement de l'assurance privée pour la couverture de risques auxquels est exposé tout un chacun au cours de sa vie ? Jusqu'où aller dans la prise en charge, publique ou privée, des souffrances morales ?

Pour répondre à cette problématique générale, la journée d'études organisée le 27 novembre 2018 a eu pour ambition d'étudier l'articulation entre la Sécurité sociale, l'assurance privée et le droit de la responsabilité. En présence d'un dommage corporel causé par un tiers, ces trois mécanismes peuvent intervenir pour répartir la dette de réparation entre le responsable, la victime et la communauté des assurés sociaux et privés. Si les caisses d'assurance maladie assurent une première prise en charge, elles tentent de recouvrer ensuite une partie du coût auprès de l'auteur du dommage et de son assureur de responsabilité civile. Le règlement se complique lorsque la victime peut s'adresser à un fonds d'indemnisation ou à un assureur privé auprès duquel elle avait souscrit une garantie en cas de dommage corporel.

La coexistence du droit de la responsabilité, de la protection sociale et de l'assurance privée, dotés chacun d'une philosophie et d'une logique propres, engendre des difficultés qui n'ont toujours pas trouvé de réponse satisfaisante, ce dont témoigne une jurisprudence abondante. Si des aspects techniques sont étudiés dans des publications essentiellement destinées aux professionnels, la problématique n'a pas donné lieu à des travaux qui la replacent dans un contexte plus large. Il était dès lors indispensable d'associer aux travaux non seulement les juristes spécialistes de droit civil, de droit des assurances et de droit de la protection sociale, mais également des praticiens du monde de l'assurance, des fonds d'indemnisation et de la Sécurité sociale.

Que le lecteur puisse trouver dans ces actes une contribution utile à l'étude du droit du dommage corporel.

Ces actes reproduisent les contributions des intervenants et, dans la mesure du possible, les échanges avec la salle. Ainsi, les opinions exprimées n'engagent que leurs auteurs et ne sauraient refléter la position de l'EN3S.

La part du public et du privé dans le système français de prise en charge du dommage corporel

Jonas Knetsch

Professeur de droit privé

Université Jean Monnet Saint-Étienne

De prime abord, la réparation d'une atteinte à l'intégrité physique apparaît comme l'apanage des spécialistes de la responsabilité civile. Le doyen Carbonnier ne disait-il pas des « bras cassés et des morts d'homme » qu'ils « sont de la compétence des articles 1382 et suivants » du Code civil¹ ? Par sa généralité, cette formule, régulièrement reprise par les auteurs², véhicule l'idée selon laquelle il suffirait de connaître les quelques articles du Code relatifs à la responsabilité délictuelle pour maîtriser la réparation du dommage corporel. Ce temps-là est pourtant définitivement révolu et il faut aujourd'hui bien plus qu'une solide formation en droit de la responsabilité pour comprendre les rouages d'une matière aussi complexe que le droit du dommage corporel.

La réglementation s'est en effet considérablement étoffée au cours des trois dernières décennies et se présente aujourd'hui, à bien des égards, comme une branche du droit à part entière avec sa littérature juridique³, ses formations dédiées⁴ et ses avocats spécialisés⁵. L'émergence du droit du dommage corporel peut être interprétée comme une manifestation du phénomène de ramification de notre droit qui va de pair avec sa complexification et se constate également dans d'autres domaines⁶. Mais l'intérêt accru que les juristes portent aux dommages corporels et à leur réparation

1 J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4 : *Les obligations*, PUF, 22^e éd. 2000, n° 295 (« c'est artifice de faire entrer [dans le champ de la responsabilité contractuelle] des bras cassés et des morts d'homme ; les tragédies sont de la compétence des a. 1382 et s. »).

2 V. not. les références recensées et commentées par Ph. Jacques, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, th. Paris XII, Dalloz, 2005, n° 413 (spéc. p. 876, note 4 et p. 877, notes 1 à 3).

3 Outre le manuel précité d'Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, 8^e éd. 2015, on peut renvoyer le lecteur aux ouvrages à vocation pratique de G. Mor, *Évaluation du préjudice corporel 2018-2019*, Delmas, 3^e éd. 2019 ; M. Le Roy, J.-D. Le Roy et F. Bibal, *L'évaluation du préjudice corporel*, LexisNexis, 21^e éd. 2018 et H. Béjui-Hugues et I. Bessières-Roques, *Précis d'évaluation du dommage corporel*, L'Argus de l'assurance, 6^e éd. 2016. V. également J. Bourdoiseau, *L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations*, th. Orléans, LGDJ, 2010 et Ph. Brun, L. Clerc-Renaud et C. Quézel-Ambrunaz (dir.), *Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel*, Bruylant, 2017. V. enfin les dossiers consacrés au droit du dommage corporel de la *Gazette du Palais*.

4 Signalons notamment le Master Droit du dommage corporel dispensé par l'Université Savoie Mont Blanc à Chambéry (dir. L. Clerc-Renaud) ainsi que le DU Droit de la réparation du dommage corporel organisé par l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (dir. A. Guégan-Lécuyer).

5 Le Conseil national des barreaux reconnaît une mention de spécialisation « droit du dommage corporel ». V. arrêté du 28 décembre 2011 fixant la liste des mentions de spécialisation en usage dans la profession d'avocat (JO 29 décembre 2011, p. 22577).

6 Pensons par exemple au droit de l'environnement, au droit des nouvelles technologies ou au droit du sport. V. à ce sujet F. Grua, « Les divisions du droit », *RTD civ.* 1993, p. 59.

s'explique aussi par l'importance que la société accorde aux droits de la personnalité et plus particulièrement au respect du corps, qualifié depuis l'époque des Lumières de « médiateur de l'âme » et de vecteur de la vie spirituelle, intellectuelle, affective et professionnelle de la personne⁷. Ce deuxième facteur se confirme d'ailleurs à la lecture du dernier projet de réforme de la responsabilité civile, qui préconise un traitement préférentiel du sort des victimes de dommages corporels et, partant, l'introduction d'une assise législative plus solide pour un droit du dommage corporel en quête d'autonomie⁸.

Pour bien des juristes, le traitement d'un dossier de réparation du dommage corporel donne avant tout l'impression d'être une affaire de justificatifs médicaux, de rapports d'expertise et d'autres attestations d'incapacité professionnelle, se limitant à des questions essentiellement techniques, peu intéressantes pour la recherche juridique. Une telle vision, encore bien répandue, mérite résolument d'être jetée aux oubliettes. C'est que la prise en charge d'une victime de dommage corporel mobilise plusieurs corps de règles distincts dont l'interaction suscite non seulement des interrogations d'une grande technicité, mais également des questionnements plus théoriques sur le plan de la politique législative et sur celui de l'articulation entre droit commun et droits spéciaux⁹. En effet, le juriste s'intéressant au droit du dommage corporel est tenu de se familiariser avec les subtilités non seulement de la responsabilité civile, mais encore de la responsabilité administrative, des assurances de personnes, des assurances de dommages et du droit de la protection sociale (Sécurité et aide sociales). En fonction du contexte dans lequel le dommage corporel est survenu, il devra également, pour saisir correctement la situation juridique, disposer de connaissances en droit du travail (pour les accidents du travail et les maladies professionnelles) et en droit de la santé (pour les dommages médicaux).

Souvent, la coexistence de ces différentes réglementations se trouve compliquée par un vocabulaire différent, des principes différents et, plus largement, des philosophies différentes. La construction d'un système normatif cohérent apparaît alors comme l'un des grands défis du XXI^e siècle : comment concilier les techniques de la responsabilité civile avec celles de la protection sociale et du droit des assurances ? Il faudra pouvoir compter sur les efforts conjugués des spécialistes de ces différentes disciplines juridiques pour parvenir à ordonner un ensemble de règles, qui reste pour l'heure fragmenté, voire discordant.

Pour s'en convaincre, il suffit de dresser un panorama sommaire des différents modèles de prise en charge du dommage corporel¹⁰. Le droit de la responsabilité

7 V. par exemple H. Cussac, A. Deneys-Tunney et C. Seth (dir.), *Les Discours du corps au XVIII^e siècle : littérature-philosophie-histoire-science*, Presses univ. Laval, 2009. V. également Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, 8^e éd. 2016, n^o 1.

8 Sur la consécration législative d'un droit du dommage corporel, v. notre étude « Le traitement préférentiel du dommage corporel », *JCP G* 2016 (supplément au n^o 30-35), p. 9. Pour une analyse plus réservée, v. S. Porchy-Simon, « Réflexions sur l'autonomie du « droit » du dommage corporel », in Ph. Brun, L. Clerc-Renaud et C. Quézel-Ambrunaz (dir.), *Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel*, Bruylant, 2017, p. 9.

9 Le droit de la réparation du dommage corporel se rattache ainsi à ce que certains auteurs appellent le « droit de l'indemnisation », lequel se définit comme l'ensemble des règles qui régissent les institutions participant à la compensation, totale ou partielle, d'un dommage. V. par exemple M. Robineau, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, th. Orléans, Defrénois, 2006, n^o 3.

10 Les expressions de « dommage corporel » et de « prise en charge » ne sont d'ailleurs pas neutres, s'agissant de vocables utilisés, pour le premier, en droit de la responsabilité et, pour le second, en droit de la protection sociale. – De manière générale, le Code de la sécurité sociale utilise comme points de départ la maladie ou l'invalidité. V. par exemple art. L. 321-1 C. séc. soc. (la maladie correspond à « l'incapacité physique [...] de continuer ou de reprendre le travail ») et art. L. 341-1 C. séc. soc. (l'invalidité doit mettre l'assuré « hors d'état de se procurer, dans une profession quelconque, un salaire supérieur à une fraction de la rémunération normale perçue dans la même région par des travailleurs de la même catégorie »).

désigne, comme on le sait, l'ensemble des règles qui permettent à la victime d'un dommage de savoir dans quels cas elle peut en obtenir réparation par un tiers. En présence d'un acte illicite imputable à ce tiers et à l'origine d'une atteinte aux intérêts de la victime, les règles de la responsabilité accordent à celle-ci un droit à réparation, lequel sera régi par le Code civil (en présence d'un auteur du dommage personne physique ou personne morale de droit privé)¹¹ ou par le droit de la responsabilité administrative, d'origine essentiellement jurisprudentielle (en présence d'une personne morale de droit public)¹².

Le second modèle que l'on peut citer est celui de la Sécurité sociale et, plus particulièrement, de ses branches « maladie » et « accidents du travail et maladies professionnelles ». Une personne malade ou invalide bénéficiera de prestations en nature ou en espèces du fait de son statut d'assuré social, acquis par son affiliation à l'une des caisses d'assurance maladie, ou de celui d'ayant droit¹³. Ces statuts ouvrent droit à une prise en charge qui sera déconnectée de toute recherche de tiers responsables et qui intervient indépendamment de la cause de sa maladie ou de son invalidité. À la différence du droit de la responsabilité qui conditionne une réparation du dommage à l'identification d'un fait à l'origine du dommage, la protection sociale opère selon une approche que l'on pourrait qualifier de finale (et non pas causale)¹⁴, le point de départ de la prise en charge étant les besoins actuels de la victime.

Chacun de ces deux systèmes de prise en charge est flanqué d'un mécanisme complémentaire qui complète le paysage du droit de l'indemnisation. L'application des règles de la responsabilité ne se conçoit plus aujourd'hui sans l'intervention d'un assureur qui s'engage contractuellement à relever son assuré de tout ou partie de sa responsabilité. Aujourd'hui, une assurance de responsabilité peut être souscrite à la fois par des personnes privées et des personnes publiques¹⁵ ; elle fournit à la victime une garantie d'indemnisation et aux assurés une protection contre une dette de réparation potentiellement ruineuse¹⁶. Quant à l'intervention de la Sécurité sociale, on ne saurait passer sous silence le rôle de plus en plus important des assurances maladie complémentaires, souscrites auprès de compagnies d'assurances, de mutuelles ou d'institutions de prévoyance, qui complète la prise en charge en garantissant aux assurés ou sociétaires des prestations supplémentaires¹⁷. S'y ajoutent encore les contrats d'assurance de personnes que tout un chacun peut souscrire pour bénéficier, en cas d'invalidité ou de décès, d'une garantie forfaitaire ou indemnitaire à son profit ou à celui de ses proches¹⁸.

11 Les articles 1240 et suivants du Code civil régissent la responsabilité civile en présence d'un dommage qui n'a pas été causé dans un contexte contractuel. En revanche, dès lors que le dommage a été causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle, ce sont les règles de la responsabilité contractuelle (art. 1231-1 du Code civil) qui s'appliquent.

12 Pour une présentation complète du droit de la responsabilité administrative, v. en dernier lieu H. Belhali, *Responsabilité administrative*, LGDJ, 2017.

13 Sur les modalités d'affiliation aux assurances sociales, v. art. L. 311-1 et s. C. séc. soc. V. également l'étude classique de J.-J. Dupeyroux, « Les conditions de l'affiliation obligatoire au régime général », *D.* 1962, chr. p. 180.

14 On entend par là que, contrairement aux indemnités dues par le responsable ou son assureur, les prestations sont versées sans considération pour la cause des préjudices, mais seulement dans le but de contribuer au rétablissement du malade, quelle que soit l'origine de son affection.

15 Sur la couverture d'assurance de responsabilité des personnes morales de droit public (autres que l'État qui est son « propre assureur »), v. K. Sontag, « Le contrat administratif d'assurance », in J. Bigot (dir.), *Traité de droit des assurances*, t. 3 : *Le contrat d'assurance*, LGDJ, 2^e éd. 2016, n^{os} 2800 et s. et du même auteur *Le contrat d'assurance des communes*, éd. le Moniteur, 2005.

16 Sur le rôle social de l'assurance, v. not. Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, 14^e éd. 2017, p. 3 et s.

17 V. not. Ph. Coursier/B. Serizay, *La protection sociale complémentaire en questions*, LexisNexis, 2^e éd. 2015.

18 Pour une présentation très complète de la matière, v. J. Bigot (dir.), *Traité de droit des assurances*, t. 4 : *Les assurances de personnes*, LGDJ, 2007.

Enfin, ce panorama serait incomplet si l'on ne mentionnait pas l'existence des fonds d'indemnisation ou de garantie que les pouvoirs publics ont créés depuis les années 1950 pour faire face à des risques collectifs ou aux suites d'une catastrophe sanitaire. Certains de ces fonds interviennent pour pallier l'absence de couverture d'assurance du responsable, d'autres indemnisent les victimes de certains types de dommages corporels pour leur éviter la durée et les aléas d'un procès en responsabilité. Situés à mi-chemin entre l'assurance et la protection sociale, les fonds d'indemnisation forment aujourd'hui une colonne supplémentaire de l'édifice normatif de la réparation des dommages corporels¹⁹.

Cet inventaire des modèles de prise en charge fait apparaître une grande diversité des acteurs participant à la prise en charge d'une victime, transcendant à l'évidence les frontières entre les secteurs public et privé. En effet, alors que l'on situe intuitivement les caisses d'assurance maladie dans la sphère publique en raison de leur proximité avec l'administration sociale, on classe sans hésitation les compagnies d'assurances dans le giron du secteur privé. Un tel classement est avant tout affaire d'intuition spontanée, les expressions de « secteur privé » ou de « sphère publique » ne renvoyant à aucune réalité juridique, mais à des termes utilisés dans le langage commun.

Pour affiner le sens des mots « public » et « privé » dans ce contexte, il faut revenir à la distinction fondamentale que les juristes opèrent entre le droit public et le droit privé. On enseigne habituellement que le premier régit l'organisation et le fonctionnement de l'État ainsi que les relations que celui-ci ou ses émanations nouent avec leurs administrés, alors que le second recouvre les règles qui gouvernent les relations des particuliers, à savoir les personnes physiques ou morales de droit privé, entre eux²⁰. Or, malgré son caractère structurant, la distinction entre droit public et droit privé, longtemps présenté comme la *summa divisio* du droit français, connaît un important phénomène d'érosion²¹. D'une part, l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics développent une activité économique de plus en plus forte. D'autre part, on assiste à l'éclosion de branches du droit hybrides qui empruntent leurs éléments distinctifs tantôt au droit public, tantôt au droit privé.

Le droit de la Sécurité sociale est un exemple typique de ces droits mixtes qui viennent brouiller les frontières entre droit public et droit privé²². Les caisses primaires d'assurance maladie étant des organismes de droit privé chargés d'une mission de service public²³, il pourrait paraître inexact de qualifier la prise en charge d'un assuré social par une caisse d'assurance maladie de « modèle public ». Pourtant, la relation entre l'assuré social et l'organisme social se caractérise bien par des éléments de droit public, des contraintes particulières, inconnues du droit privé et ne s'expliquant autrement que par l'autorité dont jouit l'État. Sauf cas très exceptionnels,

19 Sur cette question, v. notre étude *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, th. Paris 2/Cologne, LGDJ, 2013 et *infra* sous II-1.

20 G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^e éd. 2018, v^o Public (Droit) et Privé (Droit).

21 Sur le tout, v. not. les études classiques d'H. Mazeaud, « Défense du droit privé », *D.* 1946, chr. p. 17 ; R. Savatier, « Droit privé et droit public », *D.* 1946, chr. p. 25 ; J. Rivero, « Droit public et droit privé : conquête ou statu quo ? », *D.* 1947, chr. p. 69. Plus récemment, v. F.-X. Testu, « La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ? », *D.* 1998, p. 345 et l'ouvrage collectif de B. Bonnet et P. Deumier (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, Dalloz, 2010.

22 V. déjà Y. Saint-Jours, *Traité de sécurité sociale*, t. 1 : *Le droit de la sécurité sociale*, LGDJ, 2^e éd. 1984, p. 34 et s. ainsi que, plus récemment, J.-Ph. Lhernould, *J.-Cl. Protection sociale*, Fasc. 200 : *Généralités. Origine et vue d'ensemble* (2014), n^{os} 6 et s. V. également les travaux classiques de P. Durand et de P. Laroque signalés par T. Tauran, « La sécurité sociale dans la pensée de Paul Durand : entre solidarité et modernité », *RDSS* 2015, p. 535, notes 2 et 14.

23 CE, 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et Protection »* et CC, 14 déc. 1982, n^o 82-148 DC. V. aussi à ce sujet M. Laroque, « L'évolution des structures de gestion de la Sécurité sociale », *Dr. social* 1994, p. 908.

l'assuré social ne dispose d'aucune liberté de s'affilier ou non à une caisse d'assurance maladie²⁴, pas plus que la caisse d'assurance maladie ne saurait refuser l'affiliation d'une personne travaillant en France, soumise à l'obligation de l'article L. 111-2-2 du Code de la sécurité sociale²⁵. Par ailleurs, contrairement aux assurances, la caisse ne pourra ni fixer librement le montant des cotisations dont devra s'acquitter l'assuré social, ni varier l'étendue de la prise en charge, tous deux étant déterminés par la loi²⁶. Le contraste est donc particulièrement saisissant avec la relation entre un assureur privé et ses assurés, régie par le droit privé des contrats et donc par le principe de la liberté contractuelle, même s'il faut reconnaître que celle-ci est de plus en plus encadrée.

À l'heure où la distinction entre droit public et droit privé est mise à mal, on peut observer d'intéressants glissements dans le domaine de la prise en charge du dommage corporel. Au cours des vingt dernières années, de nouveaux modèles hybrides ont fait leur apparition et on observe la présence simultanée d'éléments de droit privé et de droit public dans l'ensemble des techniques de prise en charge du dommage corporel.

Pourtant, on est encore loin d'une interchangeabilité parfaite des différents modèles ; une prise en charge par l'assurance privée n'équivaut pas à une couverture de l'assuré social par la Sécurité sociale. Si les autorités publiques ne s'interdisent plus d'ajouter des éléments de droit privé dans un système public comme la Sécurité sociale et d'introduire du droit public dans un modèle privé comme l'assurance de dommages, le phénomène d'hybridation ne semble pas avoir pleinement gagné les logiques sous-jacentes de ces mécanismes. Quoi qu'il en soit, le recours à des solutions de droit public a également des implications plus lointaines. Le fait pour l'État d'imposer des mesures au lieu de laisser le marché s'autoréguler peut conduire à une réflexion sur leur légitimité politique, alors que les pratiques contractuelles y échappent dans une large mesure.

L'importance de ces interrogations ne saurait être sous-estimée à l'heure où le droit français de la réparation du dommage corporel paraît animé par deux tendances opposées. Alors que l'on assiste à un renforcement de la dimension privée du système de protection sociale (I), on peut noter dans le même temps un accroissement de la part du public dans le domaine de la responsabilité civile (II).

I. UN RENFORCEMENT DE LA DIMENSION PRIVÉE DU SYSTÈME DE PROTECTION SOCIALE

Contrairement aux idées reçues, le système français de la protection sociale se caractérise par une place importante de l'assurance privée²⁷. Néanmoins, à la différence des modèles adoptés dans d'autres pays, les assureurs privés ne proposent pas,

24 Art. L. 311-2 C. séc. soc. (régime général). V. aussi art. L. 111-2-1, I al. 1^{er} C. séc. soc. : « La Nation affirme son attachement au caractère universel, *obligatoire* et solidaire de la prise en charge des frais de santé assurée par la sécurité sociale. » [c'est nous qui soulignons].

25 Selon ce texte, « [...] sont affiliées à un régime obligatoire de sécurité sociale dans le cadre du présent code, quel que soit leur lieu de résidence, toutes les personnes : 1° Qui exercent sur le territoire français : a) Une activité pour le compte d'un ou de plusieurs employeurs, ayant ou non un établissement en France ; b) Une activité professionnelle non salariée ; [...] ».

26 Art. L. 162-1 et s. et L. 321-1 et s. C. séc. soc.

27 V. Paris et D. Polton, « L'articulation entre assurance maladie obligatoire et complémentaire, une spécificité française ? », *Revue REGARDS* 2016 (n° 1), p. 69, n°s 3 et s.

comme aux États-Unis, en Allemagne ou en Espagne, une couverture assurantielle complète qui se substituerait à la couverture fournie par les assurances sociales²⁸. C'est avant tout sous la forme d'une assurance *complémentaire* que le système français associe les acteurs privés à la prise en charge de la maladie ou de l'invalidité. Ce « partenariat public-privé » dans le domaine de la couverture sociale s'est considérablement renforcé ces dernières années et surtout depuis l'instauration d'une obligation d'affiliation à une complémentaire santé pour la grande majorité des assurés sociaux. Ce mouvement de privatisation partielle de la protection sociale²⁹ se manifeste également sur le terrain des risques professionnels (accidents du travail et maladies professionnelles). Désormais, ce sont des assureurs privés qui proposent à certains travailleurs non salariés une couverture de ces risques sociaux classiques.

Le renforcement de la dimension privée du système de protection sociale se manifeste ainsi à la fois par un formidable essor de l'assurance maladie complémentaire (I-1) et par l'apparition d'acteurs privés prenant en charge des risques sociaux classiques (I-2).

I-1/ L'essor de l'assurance maladie complémentaire

Les dépenses de santé nécessaires au rétablissement d'une victime de dommage corporel ne sont pas intégralement prises en charge par l'assurance maladie. Le Code de la sécurité sociale laisse à la charge des assurés sociaux une participation aux frais de soins dans un objectif de responsabilisation des citoyens³⁰. Cette participation, qualifiée de « reste à charge », peut prendre plusieurs formes : le ticket modérateur vise les actes les plus courants et consiste en un pourcentage des frais d'honoraires médicaux³¹ ; pour les actes lourds, la loi prévoit depuis un décret du 27 décembre 2018 une participation forfaitaire de 24 euros³² ; une participation forfaitaire d'un euro est en outre due pour toute consultation ou acte médical³³ ; les personnes hospitalisées sont redevables d'un forfait journalier qui s'élève actuellement à 18 euros par jour³⁴ ; enfin, une franchise annuelle a été instituée en 2008 pour associer l'assuré social au coût des transports sanitaires, des médicaments et des actes effectués par les auxiliaires médicaux³⁵. Pour l'ensemble de ces participations, franchises et forfaits, la loi prévoit des plafonds destinés à limiter le reste à charge³⁶ et des exonérations au profit de personnes atteintes d'une affection grave ou de longue durée, des mineurs, des femmes enceintes et des bénéficiaires de l'aide médicale de l'État (AME) et de la couverture maladie universelle complémentaire (CMU-C)³⁷.

28 Pour une étude comparative, v. not. A. Lafon et A. Montaut, *La place de l'assurance maladie privée dans six pays européens*, Dossiers de la DREES, 2017 (n° 19) ainsi que P. Frehaut, T. Klein et P. Laffon, *Comparaison internationale sur les choix effectués en matière de couverture complémentaire santé*, Rapport de l'IGAS, 2009.

29 C'est après bien des hésitations que nous utilisons ici le terme « privatisation », tant il est utilisé de manière péjorative ou polémique dans les médias.

30 Sur l'ensemble de la question, v. les contributions au numéro hors-série « Santé et reste à charge » de la *Revue de droit sanitaire et social* 2018 ainsi que la présentation détaillée de S. Carty, *J.-Cl. Protection sociale*, Fasc. 430-20 : *Régime général. Assurance maladie. Prise en charge des frais de santé* (2018).

31 Art. L. 160-13, I et R. 160-5 C. séc. soc.

32 Art. R. 160-16 C. séc. soc.

33 Art. L. 160-13, II et R. 160-19 C. séc. soc.

34 Art. L. 174-4 et R. 174-5 C. séc. soc.

35 Art. L. 160-13, III et D. 160-9 C. séc. soc.

36 Art. D. 160-10 C. séc. soc.

37 Pour une présentation détaillée des différentes exonérations prévues par la loi, v. S. Carty, *J.-Cl. Protection sociale*, Fasc. 430-20 (2018), n°s 53 et s. et n°s 83 et s.

À moins de relever de ces exceptions, l'assuré social et ses ayants droit ne pourront alors pas toujours prétendre à une couverture intégrale des actes de soins par l'assurance maladie. S'agissant des dépenses de santé, leur prise en charge n'est donc souvent que partiellement assurée par l'assurance publique, les taux de remboursement par l'assurance maladie variant fortement selon les types d'actes pratiqués par les professionnels de santé. Selon une étude réalisée par l'Institut national des données en santé, « les financements publics couvrent 4 % de la dépense d'optique, 37 % de la dépense de soins dentaire, mais plus de 70 % des soins de médecins et des médicaments en ville et 93 % des soins délivrés à l'hôpital »³⁸. L'importance du reste à charge dépend ainsi fortement de l'ampleur et de la gravité de la pathologie ainsi que de la nature des soins nécessaires. De manière générale, on peut considérer, avec un auteur, que « plus les soins sont lourds et coûteux, plus l'assurance maladie en prend à sa charge une part importante, ce qui est logique dans un objectif d'accès aux soins pour tous »³⁹.

Malgré ce remboursement partiel, voire très partiel⁴⁰, des actes de soins par l'assurance maladie, la France est, de tous les pays de l'OCDE, celui où le reste à charge définitif est le plus faible. De plus, malgré de légers ressauts liés au déremboursement de certains types de médicaments, celui-ci est en constante diminution depuis 2008 en s'élevant pour l'année 2017 à un taux global de 7,0 % des dépenses courantes de santé⁴¹. Il ne faut pas oublier cependant que ces données statistiques intègrent la prise en charge des assurances maladie de base et des assurances maladie complémentaires, lesquelles relèvent du droit privé et constituent en quelque sorte le deuxième étage de la couverture sociale en France.

En effet, les « complémentaires santé », proposées par des compagnies d'assurance, des mutuelles ou des institutions de prévoyance, sont devenues un mécanisme central pour la prise en charge des dépenses de santé pour la majorité de la population, ce qui a conduit à une forte hybridation du modèle français. Comme on a pu le souligner, cette « métamorphose silencieuse »⁴² du système d'assurance maladie s'inscrit dans une volonté politique d'institutionnaliser les organismes d'assurance maladie complémentaire, mouvement qui a atteint son point culminant avec l'introduction par la loi du 14 juin 2013 d'une souscription obligatoire d'une assurance complémentaire de santé pour tous les salariés du secteur privé.

38 D. Polton, « Restes à charge : la situation paradoxale de la France », *RDSS* 2017 (numéro hors-série « Santé et reste à charge »), p. 7.

39 D. Polton, « Restes à charge : la situation paradoxale de la France », art. préc. (note 38). – En ce sens aussi R. Pellet, « L'égalité et "l'accroissement du reste à charge" », *RDSS* 2013, p. 38 (« le problème des dépassements d'honoraires et donc du reste à charge comme obstacle à l'accès aux soins nous paraît limité au cas des praticiens spécialistes libéraux qui exercent dans de grandes métropoles urbaines [...]. Mais, là encore, le problème est en fait relatif dans la mesure où les patients peuvent recevoir à l'hôpital des soins en ambulatoire sans avoir à payer de dépassements d'honoraires. »).

40 Il en est ainsi notamment pour les soins dentaires, même si un accord obtenu le 14 février 2019 entre l'assurance maladie et les chirurgiens-dentistes a pour objectif de réduire, voire de supprimer le reste à charge pour certains soins. V. arrêté du 29 mars 2019 portant approbation des avenants 1 et 2 à la convention nationale organisant les rapports entre les chirurgiens-dentistes et l'assurance maladie signée le 21 juin 2018 (*JO* 30 mars 2019, texte 11).

41 DREES, *Les dépenses de santé en 2018*, 2019, p. 84 et s. Pour une présentation plus analytique, v. Haut Conseil pour l'avenir de l'assurance maladie, *L'Assurance maladie face à la crise. Mieux évaluer la dépense publique d'assurance maladie : l'ONDAM et la mesure d'accessibilité financière des soins*, 2011, p. 75 et s.

42 D. Tabuteau, « Les métamorphoses silencieuses des assurances maladie », *Dr. social* 2010, p. 92 ainsi que du même auteur « Santé et assurance-maladie : l'inquiétante dilution des services publics », *Dr. social* 2011, p. 1277. V. aussi sous l'angle de l'hybridation de la couverture du risque maladie A.-S. Ginon, « Le glissement de l'assurance maladie obligatoire vers les complémentaires : vers une autre conception des dépenses de santé ? », *RDSS* 2017 (numéro hors-série « Santé et reste à charge »), p. 91 et du même auteur « L'assurance maladie : quelle place pour le marché ? », in M. Borgetto, A.-S. Ginon et F. Guimard (dir.), *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016, p. 167 ainsi que les analyses critiques de C. Franc, « Le partage de la couverture maladie entre assurances obligatoire et complémentaires. Les défauts d'un système mixte », *MedSci* 2017, p. 1097 et de J. Bichot, « Protection sociale « de base » et assurances complémentaires », *RDSS* 2015, p. 1106.

Depuis le 1^{er} janvier 2016, toute entreprise doit faire bénéficier ses salariés d'une couverture complémentaire du risque maladie, quelle que soit leur ancienneté dans l'entreprise⁴³. Reconnaisant ainsi le rôle indispensable que joue l'assurance privée dans la prise en charge de la maladie, le législateur oblige donc une grande partie de la population à s'affilier non seulement à une caisse d'assurance maladie, mais également par l'intermédiaire de leur employeur à une assurance privée, à une mutuelle ou à un organisme de prévoyance. Ce n'est que dans certains cas très précis que les salariés peuvent se dispenser d'une adhésion, réduisant ainsi à peau de chagrin les quelques restes de la liberté de contracter ou de ne pas contracter qui subsistaient encore en la matière⁴⁴.

Parallèlement, cette mesure s'est accompagnée d'un encadrement assez drastique du contenu des contrats d'assurance proposés dans ce cadre, brouillant ainsi un peu plus les frontières entre les couvertures sociales publique et privée. Le Code de la sécurité sociale dispose désormais que ces contrats doivent prévoir une « couverture minimale » avec des niveaux de prise en charge minimum et une liste de dispositifs médicaux relevant de la garantie, déterminés par décret⁴⁵.

Cette impression d'un mélange de genres se confirme lorsque l'on tourne son regard du côté des assureurs qui couvrent des risques qui relèvent traditionnellement des assurances sociales.

I-2/ La prise en charge de risques sociaux classiques par des acteurs privés

La résurgence d'acteurs privés prenant en charge de risques sociaux qui relèvent, depuis l'ordonnance du 4 octobre 1945⁴⁶, de l'organisation de la Sécurité sociale se manifeste de la manière la plus visible dans le domaine des risques professionnels (accidents du travail et maladies professionnelles). Comme on le sait, ces risques sont soumis, depuis la loi du 9 avril 1898, à une législation spécifique qui garantit au travailleur une réparation quasi-automatique, mais plafonnée. Initialement fournie par les chefs d'entreprise eux-mêmes ou par des sociétés d'assurances ou des syndicats de garantie⁴⁷, cette prise en charge sera mise en œuvre, à partir de 1945, par les caisses primaires de sécurité sociale⁴⁸, intégrées dans un système de couverture géré par les partenaires sociaux et largement soustrait aux forces du marché privé.

Alors que ce transfert vers des acteurs publics (ou, plutôt, « semi-publics ») est souvent présenté comme une avancée majeure du système français de la protection sociale et, partant, comme un acquis social, le début du XXI^e siècle fait apparaître un mouvement de recul. Avec l'apparition de nouvelles formes de travail non salarié,

43 Art. L. 911-7, I C. séc. soc. Sur le tout, v. J. Kovac, « Généralisation de la couverture « frais de santé » : garanties minimales et dispenses d'affiliation », *JCP S* 2014, 1414 et M. Del Sol, « Généralisation de la couverture complémentaire santé des salariés : éléments de controverse », *Dr. social* 2014, p. 165.

44 Art. L. 911-7, III al. 2 C. séc. soc.

45 Art. L. 911-7, II ainsi que D. 911-1 et s. C. séc. soc.

46 Sur l'importance de cette ordonnance dans l'histoire de la Sécurité sociale en France, v. aussi les études de H. Galant, *Histoire politique de la Sécurité sociale*, Armand Colin, 1955 et de B. Valat, *Histoire de la Sécurité sociale (1945-1967) : L'Etat, l'institution, la santé*, Economica, 2001.

47 Articles 23 et 24 de la loi du 9 avril 1898. Sur les garanties prévues par la loi au profit des employés, v. not. A. Rouast et M. Givord, *Traité du droit des accidents du travail et des maladies professionnelles*, Dalloz, 1934, n° 480 et s.

48 Devenues en 1967 les caisses primaires d'assurance maladie (CPAM). Sur ce changement, v. not. M. Laroque, « La gouvernance de la protection sociale des origines de la Sécurité sociale aux ordonnances de 1967 », in M. Lages (dir.), *La gouvernance de la protection sociale*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2014, p. 33.

le droit de la Sécurité sociale est confronté à des configurations inédites qui ont pour conséquence que la garantie des risques AT/MP n'est plus l'apanage des organismes sociaux. Cela n'est d'ailleurs guère surprenant, le phénomène de l'« uberisation » du monde du travail n'affectant pas uniquement le droit du travail⁴⁹, mais aussi la protection sociale⁵⁰.

Considérés en principe comme des non-salariés⁵¹, les travailleurs indépendants qui recourent à une plateforme numérique de mise en relation pour exercer leur activité ne sauraient prétendre à une prise en charge des risques professionnels équivalente celle dont bénéficient les salariés. Pour instaurer une protection sociale minimum au profit de ces travailleurs et promouvoir l'idée d'une responsabilité sociale des entreprises (RSE), la loi du 8 août 2016 (dite « loi El Khomri ») a institué à la charge des plateformes numériques une obligation de prendre en charge la cotisation de l'assurance volontaire en matière d'accidents du travail que proposent les caisses primaires d'assurance maladie⁵², ou de souscrire auprès d'une entreprise privée « un contrat collectif [...] comportant des garanties au moins équivalentes à l'assurance volontaire »⁵³.

Les adhésions individuelles à l'assurance volontaire des caisses primaires étant rares dans la pratique, il revient désormais essentiellement à des assureurs privés de protéger les travailleurs non salariés des plateformes contre les conséquences d'un accident du travail. Ainsi, pour s'adapter à cette nouvelle donne réglementaire, certaines compagnies d'assurances ont développé des produits d'assurance dans un domaine qui, jusqu'alors, était réservé aux caisses d'assurance maladie⁵⁴. Force est alors de constater que l'un des éléments essentiels de la couverture sociale, à savoir la protection contre le risque d'un accident du travail, ne relève plus du secteur public, mais se trouve désormais partiellement transféré aux acteurs privés. Ce retournement de l'histoire est d'autant plus piquant que l'objectif de l'ordonnance de 1945 était de « tenir compte de l'unité profonde de la sécurité sociale » en créant un organisme unifié et de faire prendre en charge « la garantie professionnelle [...] par des organes désintéressés » et non pas par des sociétés privées d'assurance⁵⁵ !

Cette privatisation larvée (et pour l'instant encore très limitée) de la couverture des risques professionnels entraîne alors un certain dédoublement de la protection sociale « de base », lequel se manifeste aussi sur un autre terrain. L'essor des assurances comportant une garantie contre les accidents de la vie (dite « G.A.V. »)⁵⁶ qui accordent aux assurés une réparation de leur dommage corporel, quelle qu'en soit

49 V. not. B. Gomes, *Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques*, th. Paris 10, 2018.

50 V. en dernier lieu J. Dirringer, « L'avenir du droit de la protection sociale dans un monde ubérisé », *Rev. fr. aff. soc.* 2018 (n° 2), p. 33. V. également N. Amar et L.-C. Viossat, *Les plateformes collaboratives, l'emploi et la protection sociale*, Rapport de l'IGAS, 2015, spéc. p. 87 et s.

51 Sur les cas dans lesquels le contrat entre un livreur et une plateforme numérique doit être qualifié de contrat de travail, v. cependant Cass soc., 28 nov. 2018, n° 17-20.079, *Dr. social* 2019, p. 176, note C. Larrazet ; *D.* 2019, p. 177, note M.-C. Escande-Varniol et *Dr. ouvrier* 2019 (n° 846), p. 31, note C. Courcol-Bouchard.

52 Régie par l'article L. 743-1 et R. 743-1 et s. C. séc. soc., l'assurance volontaire en matière d'accidents du travail est traditionnellement ouverte aux travailleurs indépendants (artisans, commerçants, professions libérales).

53 Art. L. 7342-2 al. 2 C. trav.

54 Ainsi, la plateforme de livraison de repas *Deliveroo* s'était associée en 2017 avec l'assureur *Axa* pour proposer aux livreurs une garantie d'assurance qui couvre le remboursement des soins médicaux et des frais d'hospitalisation à hauteur de 200 % de la base de remboursement de la sécurité sociale ainsi qu'une indemnisation de la perte de revenus pouvant aller jusqu'à 1 000 euros en cas de blessure entraînant une interruption de travail. En cas d'invalidité ou de décès, l'assureur s'engageait à verser une somme de 25 000 euros. V. G. Perrin, « Économie collaborative : Axa s'associe à Deliveroo sur la santé et la prévoyance », *L'Argus de l'assurance* 7 septembre 2017.

55 G. Buisson, *JO. Débats de l'Assemblée consultative provisoire* 1945, p. 1674 et 1675.

56 S. Abravanel-Jolly, « Une garantie essentielle dans la prise en charge du dommage corporel : La G.A.V. (Garantie des Accidents de la Vie privée) », *infra*, p. 117.

la cause, laisse penser que la couverture sociale par les caisses publiques n'est plus perçue comme pleinement satisfaisante. Grâce à des campagnes publicitaires habiles, les entreprises d'assurances ont réussi à créer l'impression qu'un accident domestique sans intervention d'un tiers ne donne lieu à aucune prise en charge et que seule la souscription d'un contrat d'assurance de type « G.A.V. » puisse ouvrir droit à une couverture sociale, une sorte de « Sécurité sociale bis »⁵⁷.

Si l'augmentation de la part du privé apparaît assez spectaculaire dans les domaines classiques du modèle français de protection sociale, on peut également identifier des tendances inverses. Sous la pression sociale, les autorités publiques n'ont parfois pas d'autre choix que d'insérer des éléments de droit public dans les mécanismes de prise en charge qui sont pourtant solidement ancrés en droit privé.

II. LES INTERVENTIONS DES AUTORITÉS PUBLIQUES EN DROIT DE LA RESPONSABILITÉ

Il serait inexact de penser que le droit de la responsabilité ne présente des points de contact avec le droit public que depuis récemment. S'agissant de la responsabilité des autorités publiques, on peut noter que les règles qui la gouvernent font naturellement partie du droit administratif, et ce malgré un rapprochement de la responsabilité administrative et du droit de la responsabilité civile⁵⁸. Par ailleurs, la doctrine française s'est fait l'écho de l'apparition d'un « droit constitutionnel de la responsabilité civile »⁵⁹, le Conseil constitutionnel s'étant prononcé à plusieurs reprises sur la (prétendue) valeur constitutionnelle de tel ou tel principe de la responsabilité⁶⁰ ainsi que sur la marge de manœuvre du législateur dans la mise en place de régimes spéciaux⁶¹.

Cette deuxième partie ne portera pas sur ces manifestations, somme toute assez classiques, du droit public dans le domaine de la responsabilité. L'objectif sera au contraire d'aborder les cas dans lesquels les pouvoirs publics n'hésitant pas à s'immiscer dans le libre jeu des règles de la responsabilité civile afin de répondre à des objectifs de politique publique. Cette immixtion peut prendre deux formes. D'une part, le droit de la responsabilité fait parfois apparaître des lacunes que les autorités publiques cherchent à combler au moyen de fonds d'indemnisation (II-1). D'autre part, l'État peut également intervenir de manière indirecte dans la mise en œuvre du système en tentant de consolider un marché de l'assurance de responsabilité fragilisé (II-2).

57 V. par exemple le spot publicitaire de l'assureur Gan, incitant les particuliers à souscrire un contrat « Gan Vie Privée » au motif que « vous êtes seulement 1 sur 10 à être couvert pour les conséquences » des accidents domestiques (<https://www.youtube.com/watch?v=4fc4mgBRPSQ>; consulté le 15 décembre 2019).

58 V. en dernier lieu N. Albert-Moretti, F. Leduc et O. Sabard, *Droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, LexisNexis, 2017. V. aussi l'étude classique de R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, th. Paris, LGDJ, 1954 (réimp. 2010).

59 B. Mathieu, *J.-Cl. Administratif*, Fasc. 1449 : *Droit constitutionnel civil* (1993), n°s 116 et s.

60 V. entre autres C. Radé, « Liberté, égalité, responsabilité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2004 (n° 16), p. 180 ; G. Canivet, « Les fondements constitutionnels du droit de la responsabilité civile », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 203 et Ph. Brun, « La constitutionnalisation de la responsabilité pour faute », *Resp. civ. assur.* 2003, étude 15.

61 CC, 18 juin 2010, n° 2010-8 QPC, n° 10 (« Considérant [...] que la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre cette exigence constitutionnelle ; que, toutefois, cette dernière ne fait pas obstacle à ce que le législateur aménage, pour un motif d'intérêt général, les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée ; qu'il peut ainsi, pour un tel motif, apporter à ce principe des exclusions ou des limitations à condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs ainsi qu'au droit à un recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789. »)

II-1/ Une intervention législative directe : la création de fonds d'indemnisation

La création d'un fonds d'indemnisation peut tout d'abord être une réponse des pouvoirs publics à des catastrophes collectives qui ont révélé des dysfonctionnements des services administratifs. En droit français, on peut identifier un nombre croissant de ce type de dispositifs alternatifs. La mise en place du fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles (FITH) en 1991⁶² a été suivi de la création du fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante en 2000⁶³, du comité d'indemnisation pour les victimes d'essais nucléaires en 2010⁶⁴ et des dispositifs d'indemnisation adossés à l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux et créés en 2011 et 2016 au profit des victimes du benfluorex (« Mediator »)⁶⁵ et du valproate de sodium (« Dépakine »)⁶⁶.

Ces fonds que l'on peut qualifier de « rétrospectifs » ont tous été créés en réaction à des dommages de masse dont la cause se situe dans le passé et dans la surveillance desquels l'État a été plus ou moins directement impliqué⁶⁷. Or, souvent, cette implication des autorités publiques est difficile à caractériser dans l'immédiat, les juridictions administratives ne pouvant reconnaître que bien plus tard l'existence d'une éventuelle négligence de l'administration. Aussi, la mise en place d'un fonds est souvent un moyen commode pour l'État de canaliser les demandes d'indemnisation, potentiellement nombreuses, en dehors des juridictions, au moins dans un premier temps⁶⁸. En transférant l'indemnisation en dehors du système juridictionnel et en la déconnectant de la désignation d'un responsable, les autorités publiques chargent en outre les organes d'indemnisation d'une véritable médiatisation du conflit. En évitant l'établissement judiciaire de responsabilités au profit d'une gestion quasi-administrative, donc rapide et simplifiée, des suites de la crise, la prise en charge par un fonds cherche souvent aussi, en effet, à apaiser les tensions qui peuvent apparaître au sein d'une société en temps de crise⁶⁹.

62 Depuis une loi du 9 août 2004, l'Office nationale d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) s'est substitué au FITH pour indemniser les « préjudices résultant de la contamination par le VIH causée par une transfusion de produits sanguins ou une injection de produits dérivés du sang » réalisée sur le territoire français. – Pour une présentation détaillée du dispositif originel, v. not. S. Durfort, « La procédure légale d'indemnisation des victimes », in B. Feuillet-Le Mintier (dir.), *Le SIDA – Aspects juridiques*, Economica, 1995, p. 111 et J.-M. Pontier, « L'indemnisation des victimes contaminées par le virus du SIDA », *Act. Lég. Dalloz* 1992, p. 35.

63 Art. 53 de la loi n° 2000-1257 du 23 déc. 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001 et décret n° 2001-963 du 23 octobre 2001 relatif au fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante. Pour plus de détails, v. not. C. Guettier, « Le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante », *Resp. civ. assur.* 2002, chr. 19 et 22 et J. Hardy, « La création d'un fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante », *JCP E* 2001, p. 605.

64 Le régime a été modifié par une loi du 28 février 2017. V. sur ce dispositif en dernier lieu J.-S. Boda, « Les vicissitudes du régime légal d'indemnisation des victimes d'essais nucléaires », *Dr. administratif* 2018, étude 2 et M. Lamoureux, « Le nouveau régime d'indemnisation des victimes des essais nucléaires », *Energie – Environnement – Infrastructures* 2017 (n° 11), p. 18.

65 Art. L. 1142-24-1 et s. et R. 1142-63-1 et s. C. sant. publ. V. C. Bergoignon-Esper, « La réparation pour les victimes du benfluorex : innovations, limites et incertitudes », *RDSS* 2012, p. 302 ainsi que notre étude « Le nouveau dispositif d'indemnisation des victimes du Mediator issu de la loi du 29 juillet 2011 », *Resp. civ. assur.* 2011, étude 14.

66 Art. 150 de la loi n° 2016-1917 du 29 déc. 2016 de finances pour 2017 et décret 2017-810 du 5 mai 2017 relatif à la prise en charge et à l'indemnisation des victimes du valproate de sodium et de ses dérivés. Sur ces règles, v. S. Jouslin de Noray et C. Joseph-Oudin, « L'indemnisation des victimes du valproate de sodium (Dépakine notamment), un nouveau défi pour l'ONIAM », *Gaz. Pal.* 26 sept. 2017, p. 19.

67 Sur la distinction entre fonds rétrospectifs et fonds prospectifs, v. notre étude *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, th. préc. (note 19), n°s 140 et s.

68 Cet objectif a été particulièrement visible en matière de sang contaminé par le VIH, v. not. M.-A. Hermitte, *Le sang et le droit*, éd. du Seuil, 1996, p. 324.

69 Pour une analyse sociologique de l'action des fonds d'indemnisation, v. notre étude « Regards sociologiques sur la collectivisation de la responsabilité civile. Le cas des fonds d'indemnisation », in D. Fenouillet (dir.), *Flexibles notions. La responsabilité civile*, éd. Université Panthéon-Assas (à paraître).

Pour remplir ces objectifs, les fonds d'indemnisation sont conçus de telle manière que les victimes peuvent obtenir rapidement une indemnisation. En effet, les dommages de la victime sont pris en charge au seul motif que le demandeur entre dans la définition précise du groupe de victimes pour lequel a été créé le fonds. Cette « catégorisation » permet de faciliter leur indemnisation en les dispensant de la preuve du lien de causalité entre le dommage et le fait dommageable, de l'imputabilité de ce fait à un responsable, voire de la preuve de leur préjudice. Le dédommagement de la victime ne dépend donc pas de l'identification de l'auteur du fait dommageable, condition première de toute action en responsabilité. Dès lors qu'une personne est à même d'établir qu'elle fait partie de la catégorie de bénéficiaires visées, son droit à indemnisation est constitué sans qu'elle ait à rapporter d'éléments supplémentaires.

Tout autre est la situation d'une autre catégorie de fonds d'indemnisation qui sont créés pour combler des lacunes permanentes du système de responsabilité civile. Alors que les fonds d'indemnisation rétrospectifs concernent un événement en particulier dont les conséquences dommageables s'étalent dans le temps, ces fonds "prospectifs" s'attachent à des catégories précises de dommages isolés qui ont été causés dans des circonstances similaires et dont l'indemnisation est rendue difficile par des circonstances diverses⁷⁰. Aussi ne s'étonnera-t-on guère que l'emprise de l'opinion publique et de groupes de pression y est moindre. Les fonds prospectifs fournissent tantôt une indemnisation complémentaire à une responsabilité plafonnée⁷¹, tantôt la garantie d'une dette de responsabilité préalablement établie, mais inefficace du fait de la défaillance financière du responsable ou d'un assureur⁷², tantôt une compensation dans les cas où une imputation individuelle du dommage est impossible en raison de l'absence pure et simple de responsable⁷³. Les meilleurs exemples de ce deuxième type de fonds d'indemnisation sont le Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI) pour la prise en charge des victimes d'infractions pénales et d'attentats ainsi que l'ONIAM pour l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux non fautifs.

Quelle que soit la catégorie des fonds d'indemnisation, le lien entre ces mécanismes et le droit public est étroit. Pour s'en convaincre, il suffit de prendre connaissance de la composition des conseils d'administration au sein desquels siègent souvent des représentants ministériels⁷⁴ ainsi que de leur régime budgétaire de ces organismes, qui se rapproche souvent d'un système d'imposition⁷⁵. À l'image des caisses de sécurité sociale, les fonds d'indemnisation se caractérisent par une nature hybride, à mi-chemin entre des établissements publics et des organismes purement privés.

70 V. notre étude *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, th. préc. (note 19), n^{os} 183 et s.

71 V. notre étude *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, th. préc. (note 19), n^{os} 185 et s.

72 V. notre étude *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, th. préc. (note 19), n^{os} 203 et s.

73 V. notre étude *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, th. préc. (note 19), n^{os} 220 et s.

74 Par exemple, le conseil d'administration du FIVA réunit cinq membres représentants de l'État, huit membres représentant les partenaires sociaux, quatre membres proposés par les organisations nationales d'aide aux victimes de l'amiante et, enfin, quatre personnalités désignées pour les connaissances scientifiques en la matière. Sur le détail de sa composition, v. art. 1^{er} du décret n^o 2001-963 du 23 octobre 2001.

75 L'analyse a notamment été menée pour le financement du dispositif d'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme. V. entre autres F. Quérol, « L'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme – Le financement du fonds de garantie », *RFD adm.* 1988, p. 106. Comp. aussi F. Kessler, *Droit de la protection sociale*, Dalloz, 6^e éd. 2017, p. 174 (« certains [fonds d'indemnisation] sont aujourd'hui "externalisés" et sont financés par des recettes parafiscales particulièrement affectées »)

La mise en place de fonds d'indemnisation n'est cependant pas la seule mesure par laquelle les autorités publiques peuvent agir sur l'application des règles de la responsabilité civile et façonner ainsi la prise en charge du dommage corporel. De manière moins directe, les pouvoirs publics sont parfois tenus de réguler le marché de l'assurance afin de préserver le bon fonctionnement d'un système de responsabilité.

II-2/ Une intervention législative indirecte : la régulation d'un marché d'assurance de responsabilité civile

Pour atténuer les conséquences de la responsabilité civile, potentiellement désastreuses pour l'auteur du dommage, les compagnies d'assurances ont développé au cours de la première moitié du XX^e siècle des garanties couvrant le risque de devoir réparer un dommage injustement causé à autrui. L'essor spectaculaire qu'a connu l'assurance de responsabilité a rendu le système très protecteur pour la victime, laquelle n'a plus en principe à supporter le risque d'insolvabilité du responsable⁷⁶. Hormis les cas de faute intentionnelle soustraits à la couverture d'assurance⁷⁷, l'existence d'une assurance de responsabilité apporte une garantie très solide pour la victime, laquelle dispose même d'un droit à indemnisation à faire valoir directement contre l'assureur.

Or, dans certains secteurs d'activités, les personnes susceptibles d'engager leur responsabilité civile peuvent rencontrer des difficultés à souscrire un contrat d'assurance les protégeant contre le risque de responsabilité. La situation du marché de l'assurance de responsabilité médicale au début des années 2000 en est un exemple parlant⁷⁸. En mettant en place des mécanismes correcteurs, le législateur français a cherché à apporter une réponse à une crise dont les causes étaient étroitement liées à la perception du risque par les assureurs.

Encore aujourd'hui, la responsabilité civile médicale est généralement considérée par les entreprises d'assurance comme une branche peu rentable, le chiffre d'affaires généré par les contrats souscrits étant assez peu élevé. Les assureurs font en outre état d'une augmentation constante des sinistres et de leur coût moyen en fustigeant une jurisprudence jugée très, voire trop, favorable aux victimes ainsi qu'une plus grande inclination de ces dernières à réclamer une indemnisation⁷⁹. À cela s'ajoute le fait que, pour certains professionnels, le risque de responsabilité médicale peut se présenter comme un risque « à long terme » en raison du laps de temps potentiellement important entre l'acte dommageable et la consolidation de la victime ainsi que du fait de réclamations tardives des victimes. Enfin, il ne faut pas cacher une segmentation de plus en plus forte du marché en raison d'une dissociation des risques, toujours plus poussée, en fonction de la spécialité médicale, ce qui a eu pour conséquence de

76 V. not. G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3^e éd. 2008, n^{os} 28-1 à 28-4.

77 Art. L. 113-1 C. assur. : « Les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police. Toutefois, l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré. »

78 Sur ce qui suit, v. notre étude « L'État face à l'insurabilité des risques. Étude sur les limites de l'assurance à partir de l'exemple de la responsabilité civile médicale », *RGDA* 2012, p. 937.

79 Y. Lambert-Faivre, « La crise de l'assurance responsabilité civile médicale », *D.* 2003, p. 142 ; L. Dubouis, « Assurance privée et responsabilité médicale », *RDSS* 2003, p. 353 ; M. Albertin, « L'assurabilité du risque de responsabilité professionnelle des médecins et des établissements de soins », in J.-F. Abeille (dir.), *Le risque médical*, 2003, p. 117 ; R. Pellet, « Pour une nouvelle réforme de la responsabilité civile professionnelle des médecins libéraux et de l'expertise médicale », in R. Pellet (dir.), *Responsabilité, assurance et expertise médicales*, Dalloz, 2008, p. 3 ; N. Gombault, « La situation de l'assurance de responsabilité médicale », *RDSS* 2010 (n^o hors-série), p. 51 et C. Corgas-Bernard, « L'assurance de responsabilité civile des professionnels libéraux de la santé », *RDSS* 2010 (n^o hors-série), p. 75

réduire considérablement la base de mutualisation.

Face au départ de plusieurs compagnies d'assurances du marché de la responsabilité médicale et à l'augmentation des primes d'assurance pour certains professionnels, les autorités publiques sont donc intervenues au début des années 2000 pour mettre un terme à la raréfaction de l'offre assurantielle et tenter de rétablir un marché dysfonctionnel. Pour ce faire, le législateur a atténué le risque de responsabilité, sous la pression des professionnels de santé et des assureurs, en transférant la réparation de certains types de dommages vers un fonds d'indemnisation (infections nosocomiales) et en mettant un terme à des solutions jurisprudentielles considérées comme l'une des causes de la crise (« loi anti-Perruche »).

Les pouvoirs publics ont également agi sur les conditions de mise en œuvre de l'assurance de responsabilité médicale. En plus de l'institution d'une obligation d'assurance pour les professionnels de santé⁸⁰, le législateur a apporté des clarifications sur la durée de la garantie d'assurance en optant, pour le risque de responsabilité médicale, pour une base dite « réclamation »⁸¹ et en introduisant une garantie subséquente d'au moins cinq ans⁸². Surtout, un fonds de garantie a été créé par la loi du 28 décembre 2011 pour garantir aux victimes d'un dommage relevant de la responsabilité médicale un droit à indemnisation, en cas de dépassement du plafond ou de la durée de la garantie souscrite par le professionnel de santé⁸³. Le Fonds de garantie des dommages consécutifs à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins (FAPDS) est géré par la Caisse centrale de réassurance⁸⁴ et son budget financé par une contribution forfaitaire annuelle allant de 15 à 25 euros dont doivent s'acquitter tous les professionnels de santé libéraux⁸⁵. Enfin, pour les médecins libéraux les plus affectés par l'augmentation des primes d'assurance, notamment les chirurgiens, les gynécologues-obstétriciens et les anesthésistes, les pouvoirs publics ont mis en place une aide annuelle à la souscription d'une assurance de responsabilité civile, pouvant s'élever jusqu'à 25 200 euros⁸⁶.

Ces mesures montrent bien que dans le secteur de l'assurance de responsabilité civile médicale, l'heure n'est définitivement plus à une autorégulation et au libre jeu des forces du marché. Bien au contraire, l'interventionnisme dont fait preuve le législateur témoigne d'un système d'assurance hybride. En effet, selon que l'état du marché paraît plus ou moins fragilisé, les pouvoirs publics s'efforcent à maintenir la couverture du risque dans le giron des opérateurs économiques privés et à transférer une partie du risque vers des dispositifs publics de prise en charge des dommages.

80 Art. L. 1142-2 C. sant. publ. L'obligation d'assurance est assortie de la mise en place d'un nouveau Bureau central de tarification (BCT-Médical ; v. le site internet http://www.bureaucentraldetarification.com.fr/?page_id=71). Sur le tout, v. G. Courtieau, « L'assurance obligatoire de la responsabilité médicale », *Resp. civ. assur.* 2003, chr. 8.

81 Dans le contexte d'une garantie dite « base réclamation », ce n'est pas l'assureur du contrat en vigueur lors de la survenance du fait dommageable qui indemnise la victime, mais celui du contrat en vigueur lors de la réclamation. V. art. L. 251-2 al. 3 C. assur. (« Tout contrat d'assurance conclu en application de l'article L. 1142-2 du même code garantit l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres pour lesquels la première réclamation est formée pendant la période de validité du contrat, quelle que soit la date des autres éléments constitutifs du sinistre, dès lors que le fait dommageable est survenu dans le cadre des activités de l'assuré garanties au moment de la première réclamation. »).

82 Art. L. 251-2 al. 4 C. assur. V. à ce sujet E. Serverin, « Assurance de responsabilité : Modification du régime des garanties fondées sur la réclamation », *D.* 2003, p. 1699.

83 Sur ce fonds, v. l'analyse critique de R. Pellet, « Le fonds de garantie des dommages médicaux », *JDSAM* 2016 (n° 1), p. 31. V. également la proposition de loi du 4 décembre 2017 tendant à réformer les Fonds de garantie des dommages consécutifs à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins dispensés au sein des établissements, services ou organismes de santé et de soins (*Doc. Sénat* 2017-2018, n° 126).

84 Art. L. 426-1, IV C. assur. V. aussi les informations figurant sur le site internet de la Caisse centrale de réassurance (<https://www.ccr.fr/fonds-publics>).

85 Art. L. 426-1, IV C. assur.

86 Art. D. 185-1 C. séc. soc. – Sur ce dispositif, v. aussi R. Pellet, « Finances publiques et responsabilité médicale », in *Réformes des finances publiques et modernisation de l'administration. Mélanges en l'honneur de Robert Hertzog*, *Economica*, 2011, p. 409.

Si la marge de manœuvre de l'État est ainsi assez importante pour réagir plus ou moins vigoureusement aux déficiences d'un marché, la diversité des mesures risque dans le même temps d'aboutir à une législation décousue dont les interventions successive rendent illisibles les parts publique et privée dans la stratégie de gestion des risques.

Ce bref panorama du système français de prise en charge du dommage corporel illustre à quel point les frontières entre le droit privé et le droit public sont aujourd'hui brouillées et qu'il n'est plus désormais possible de distinguer avec précision la part du privé et la part du public. Plus que jamais le droit de la réparation des dommages corporels ressemble à une mosaïque, composée d'éléments de plus en plus hétéroclites que l'on peine à classer précisément dans les catégories traditionnelles. En définitive, la prise en charge du dommage corporel se présente, en ce premier quart du XXI^e siècle, comme tiraillée entre deux mondes, entre un système de protection sociale marqué par une privatisation rampante et un droit de la responsabilité dont l'autonomie est mise à mal par l'essor de mécanismes assurantiels ou de compensation alternatifs.

DÉBATS

SALLE

Pour aller un peu dans votre sens, il faut aussi parler du système de la prévoyance qui emprunte un peu au modèle public parce que, souvent, le contrat de prévoyance qui va être une assurance collective telle que celle qui est prévue par l'employeur, calquée sur un régime d'invalidité. Cela va compléter les prestations de la Sécurité sociale, et pour autant il y a une liberté contractuelle, c'est-à-dire que l'on peut choisir l'assureur auprès duquel on va souscrire la police pour autant que l'on respecte les garanties minimales prévues par la convention collective, etc. C'est vrai qu'il y a une sorte de mélange de public et de privé, une incitation aussi dans un certain sens, la liberté contractuelle est présente.

De même, l'État a aussi créé, avec la loi de 2016, un système pour les complémentaires dans lequel il avait établi une liste d'assureurs à proposer pour ceux qui ne pouvaient pas postuler pour pouvoir être sur cette liste.

M. Jonas KNETSCH

Ce qui me frappe quand on confronte la perception que le grand public a du système français de protection sociale et l'état actuel du droit, c'est l'existence d'un décalage important. Quand on interroge les non juristes et les non spécialistes, il y a effectivement une image très forte de la Sécurité sociale française, d'un modèle public de prise en charge qui tranche avec d'autres modèles étrangers qui reposent sur les assureurs privés. Mais pour autant, quand on l'étudie de plus près, on voit que le système français de couverture d'assurance maladie est un système qui repose très

fortement sur des acteurs privés et sur des mécanismes de droit privé. Alors certes, c'est fortement et même de plus en plus encadré, mais il me semble y avoir ici une discordance assez curieuse.

SALLE

Il y a tout de même une intrusion, parce que pour eux, c'est systématiquement une incitation de l'État avec une obligation de souscrire une mutuelle, complémentaire santé, avec une obligation de souscrire un contrat de prévoyance. Donc il y a un transfert. Il faut être bien couvert mais ce ne sera pas intégralement par la Sécurité sociale. Souscrivez des assurances privées et on vous laisse quand même un choix modéré parce qu'il faut remplir un certain nombre de critères. Pour avoir cherché une prévoyance, ce n'est pas toujours simple d'en trouver.

M. Francis KESSLER

Je pense que le système est hautement complexe. Premièrement, il faut rappeler que pour le dommage corporel, c'est quand même aujourd'hui la Sécurité sociale qui prend en charge l'essentiel des soins. C'est peut-être moins vrai pour des dommages en dessous de 70 % d'IPP.

Deuxièmement, c'est peut-être un peu moins vrai pour ce qui est des effets à long terme des dommages corporels que l'on pourrait appeler invalidité ou grand accident du travail. On a ici le revenu de remplacement. Je pense qu'il y a une différenciation entre prise en charge des frais de soins et revenu de remplacement. Ensuite effectivement, si l'on regarde l'OCDE, le second pays en Europe, voire le troisième aujourd'hui, où les assureurs privés de personnes interviennent, c'est la France (après la Suisse et les Pays-Bas). Donc les assurances privées ont une place.

La troisième chose que je voulais ajouter, c'est qu'aujourd'hui, on a découvert une nouvelle forme d'action publique, qui n'est plus l'action publique par la réglementation directe de la prise en charge des frais de soins, puisque c'est dans ce domaine-là que cela se manifeste le plus, sur les revenus de remplacement, d'invalidité. Il y a d'autres acteurs. Sur la prise en charge complémentaire des frais de soins, on a une nouvelle forme d'action publique qui est de ne pas avoir des opérateurs publics, des caisses de sécurité sociale, mais des caisses privées auxquelles on donne un cahier des charges, ridiculement complexe par ailleurs. Donc, les contrats ne sont pas des contrats consensuels mais des contrats-types minimaux et le consentement revient sur des sur-complémentaires facultatives. En réalité avec une réglementation via un cahier des charges, des contrats de complémentaire santé obligatoire, on a eu un effet secondaire qui est le développement de sur-complémentaires privées, bien qu'éventuellement collectives.

En fait, cela commence à être très compliqué car on a du droit public avec des caisses, des lois, des décrets, la Constitution française qui fixe des taux, des prises en charge, etc. On a une complémentaire obligatoire avec une nouvelle forme d'intervention publique sous forme de cahier des charges, ou alors avec ce que vous avez cité, c'est-à-dire le référencement de certains organismes assureurs pour les plus

pauvres. Donc une nouvelle forme d'intervention publique. Et c'est seulement après que l'on retrouve le contrat du Code civil, le contrat consensuel.

Cela commence donc à être extrêmement compliqué, mais je pense que l'on a vraiment encore une prévenance du grand public de fixation de prise en charge en santé et ensuite une nouvelle forme d'action publique avec le cahier des charges. Après, pour les revenus de remplacement, on a d'autres acteurs, notamment l'intervention des partenaires sociaux dans la fixation du revenu de remplacement. Mais c'est autre chose. On a donc un spectre variable en fonction du risque pris en charge et on a différents fonds.

Évidemment les fonds d'indemnisation, c'est notamment la faillite des systèmes d'indemnisation par la Sécurité sociale. Par exemple pour l'amiante, il y a un tableau de maladies professionnelles « amiante » qui n'a pas fonctionné car, en vérité, les dommages corporels ne rentrent pas dans le délai du tableau. C'est donc aussi l'incapacité des mécanismes AT/MP de prendre en charge ce risque.

Et une dernière remarque sur l'assurance responsabilité civile des médecins : que fait un assureur ? Il regroupe des gens, il mutualise des risques et il fait un calcul de probabilité de réalisation du risque, et plus la réalisation du risque est importante, plus le tarif est élevé. C'est le mécanisme de base de l'assurance. C'est le principe d'équivalence. Quand les risques augmentent, les tarifs augmentent. Et à un moment donné, soit les tarifs seront trop élevés, soit l'assureur dira qu'il ne peut plus assurer car il perd de l'argent. Et à ce moment-là, il y a des interventions publiques qui peuvent avoir des formes diverses car on ne laisse pas les médecins dans une situation que l'on estime inacceptable.

M. Laurent BAILLY

J'aimerais ajouter un petit mot – car on n'aura pas l'occasion de reparler de l'assurance-maladie dans la journée – qui va en fait dans le sens de ce que vous dites sur l'imbrication entre public et privé. Pour aller un peu plus loin sur l'articulation entre les complémentaires et la Sécurité sociale, on voit que même s'il y a effectivement cet encadrement des complémentaires, désormais obligatoires, l'État garde quand même la main sur un certain nombre de populations qui sont jugées les plus fragiles, puisqu'on a la CMUC qui est d'ailleurs financée par un fonds lui-même pourvu par l'État. On a les affections longues durées. On a aussi un système d'aide à l'acquisition d'une complémentaire santé. On a donc une imbrication très complexe sur cette transition entre le modèle de la sécurité sociale et les modèles privés.

SALLE

Je voulais juste rebondir sur ce que disait M. Kessler dans son premier point lorsqu'il disait effectivement que la Sécurité sociale intervient dans le cadre des accidents corporels à 70 % d'IPP. Ce qu'il faut savoir, c'est que par le biais des mécanismes subrogatoires des organismes sociaux, en vérité la charge du sinistre est supportée *in fine*, quand il y a un assureur de responsabilité civile, par l'assureur puisque c'est lui qui va rembourser la Sécurité sociale.

M. Jonas KNETSCH

On est bien d'accord.

M. Francis KESSLER

S'il y a un tiers. Si on arrive à trouver le responsable.

SALLE

Oui, par ce mécanisme-là, il y a un transfert de la charge.

M. Francis KESSLER

Si je me tords le pied en sortant d'ici, je suis pris en charge par l'assurance-maladie et cela m'étonnerait beaucoup que l'assurance maladie aille chercher l'Université de Saint-Etienne parce que son entrée est glissante. C'est un exemple. Mais vous avez raison.

Table-ronde : La coexistence des modèles publics et privés dans le système français*

Exposé de

Laurent Bailly

Caisse nationale d'assurance maladie (CNAM)

Pour cette table-ronde, je voudrais me concentrer sur un sujet prospectif qui est la prise en charge des travailleurs des plateformes, ce qui me permettra d'évoquer les différentes questions relatives aux risques professionnels et d'aborder l'hypothèse d'un glissement de la prise en charge vers le monde privé.

C'est un sujet sur lequel la Direction des risques professionnels de la CNAM a travaillé cette année. Ce nouveau mode de travail que les médias appellent la « zone grise » du droit du travail, nous fait réfléchir sur notre place dans la protection sociale de ces travailleurs. En 2018, nous avons rencontré les représentants de plateformes numériques, des travailleurs exerçant leur activité dans ce cadre-là ainsi que les responsables du CLAP (collectif des livreurs autonomes de Paris) qui est une association de défense des travailleurs des plateformes, afin de bien comprendre les problématiques qui les préoccupent.

Actuellement, le projet de loi d'orientation des mobilités est en cours de discussion. Il a été présenté le 26 novembre 2018 en conseil des ministres et je ne serais pas étonné de voir refaire surface un amendement ayant pour objet la mise en place d'une charte des relations entre les plateformes numériques et les travailleurs. Cette charte avait déjà été mentionnée dans la loi sur l'avenir professionnel de juin 2018, mais la disposition en question avait été invalidée par le Conseil constitutionnel¹. Il s'agit donc bien d'une période charnière pour régler ce nouveau mode de travail et tout reste à construire.

Sur le plan des risques professionnels, nous observons déjà qu'il n'y a aucune ambiguïté juridique. Il ne s'agit pas d'un contrat de travail, ni d'un travail salarié. Pour l'instant, il y a déjà eu des décisions rendues par des juges du fond qui ont renvoyé aux tribunaux de commerce les dossiers de requalification du contrat. Selon ces décisions, nous sommes bien en présence d'une relation entre une entreprise et une auto-entreprise, c'est-à-dire entre deux personnes morales. D'un point de vue juridique,

* La table-ronde a été animée par Madame Rolande Ruellan, présidente de chambre honoraire de la Cour des comptes.
1 CC, 4 sept. 2018, n° 2018-769 DC.

nous n'avons pas clairement établi un lien de subordination qui est l'ADN du risque professionnel et qui justifierait une couverture par les organismes de Sécurité sociale.

En revanche, si l'on veut aller au-delà de cette analyse juridique et s'intéresser à la réalité des faits, nous nous rapprochons d'une situation qui ressemble beaucoup à celle des contrats de louage de service au début du XIX^e siècle, marquée par les principes de liberté et d'égalité des rapports entre le patron et l'ouvrier à tout prix. Des deux côtés, on s'affirme indépendants et libres de ses relations avec l'autre. À y regarder de plus près, la situation est cependant plus compliquée parce que l'on est en présence d'une entreprise classique avec une organisation de quelques dizaines de personnes et une gestion de ses travailleurs de type « ressources humaines », face à une personne physique qui, grâce au statut d'auto-entrepreneur, peut masquer son existence derrière le numéro SIRET de son entreprise.

On constate aussi que ces personnes doivent remplir un certain nombre de conditions imposées par les plateformes, même si celles-ci nuancent progressivement ce genre d'obligations pour éviter des requalifications. Dans le domaine de la livraison de repas, on peut ainsi être tenus de porter un gilet ou un sac de la plateforme ou d'utiliser un vélo. On a aussi un système de sanctions, lorsque de telles conditions ne sont pas remplies, par exemple sous la forme d'une « déconnexion-sanction ». La personne qui ne respecte pas les règles de la plateforme peut se voir interdire l'accès à celle-ci de manière temporaire ou définitive. Il existe également des primes à l'efficacité pour ces auto-entrepreneurs. En fonction de la rapidité avec laquelle ils effectuent les courses, et de leurs notations par les usagers, on leur attribue les shifts (créneaux horaires) les plus avantageux, car les plus rémunérateurs.

Dans la réalité, on est donc bien en présence d'une sorte de dépendance du travailleur de la plateforme, lequel ne peut pas non plus se constituer une clientèle propre, comme cela peut être le cas pour les indépendants traditionnels. La dépendance vis-à-vis de la plateforme est pour le moins économique dans le cadre de son activité. Le rapport entre la plateforme et ses travailleurs en ressort assez inégalitaire, le modèle étant hybride, à mi-chemin entre le droit du travail classique et le véritable travail indépendant. Cette « zone grise » est donc effectivement à clarifier.

Le modèle évolue rapidement vers une certaine « industrialisation ». Le temps est révolu où l'activité était exercée par l'étudiant qui trouvait là une activité complémentaire à ses études ou par la personne aimant faire du vélo en plus de son activité salariale. On a de plus en plus de livreurs motorisés et tout un commerce de véhicules spécifiques pour les plateformes de location. On observe même de la sous-traitance, plus ou moins légale, pour le compte des travailleurs de plateformes. En pleine expansion, ce secteur demeure cependant assez fragile pour les plateformes qui craignent les évolutions du cadre juridique et notamment les requalifications de leurs contrats. En Espagne, au début de ce mois, une juridiction a requalifié un « contrat Deliveroo » en contrat de travail². La société *Deliveroo* a renoncé à faire appel de cette décision, peut-être pour des raisons financières ou pour éviter une escalade du contentieux.

Un autre défi des plateformes numériques est celui de rendre leur activité socialement acceptable. Elles ont conscience d'être à la merci de scandales médiatiques. Si la couverture des travailleurs n'est pas assurée et que des travailleurs se blessent gravement ou se tuent, cela peut amener la société à s'opposer à cette activité qui peut

² Trib. social Valence, 1^{er} juin 2018.

être considérée comme un danger pour la jeunesse. Cet enjeu d'image est en passe de devenir capital pour les plateformes qui savent que leur ressource maîtresse est le travailleur autour duquel il y a une véritable concurrence de la part des différentes entreprises.

Tous ces éléments expliquent pourquoi les plateformes numériques s'intéressent de très près à la couverture sociale de leurs travailleurs et souhaitent mettre en avant leur volonté de promouvoir la couverture rendue obligatoire par la loi El Khomri de 2016. Celle-ci prévoit une obligation, soit de financer un contrat d'assurance personnelle, soit de proposer un contrat collectif avec un niveau de garantie équivalent au niveau proposé par l'assurance volontaire de la branche « risques professionnels ». Toutes les plateformes dont nous avons rencontré les responsables, proposaient des contrats d'assurance collective à leurs coursiers.

Ce qui nous a intéressés, c'étaient les différences entre ces contrats. Un contrat indemnisait par exemple les arrêts de travail « longue maladie » et les accidents du travail à hauteur de 1 000 euros par point d'incapacité, mais ne couvrait pas l'intégralité des zones du corps, ce qui a provoqué un mini-scandale médiatique dont vous avez peut-être entendu parler il y a un an et demi. Un coursier s'était empalé sur son guidon et perforé l'intestin et son contrat d'assurance ne couvrait pas le tronc, ce qui est un peu surprenant pour un cycliste. Cette affaire médiatisée a entraîné une modification du contrat proposé par la plateforme en question. Dans un autre cas, une plateforme proposait un contrat d'assurance couvrant les accidents du travail à hauteur de 30 000 euros, ce qui correspond à une garantie 30 fois plus élevée que dans l'autre contrat. La couverture du travailleur en cas d'accident varie donc considérablement en fonction des plateformes.

Cette diversité nous interroge beaucoup. Il faut savoir que les plateformes demandent souvent une couverture du risque professionnel à faible coût, leur niveau de rentabilité ne s'étant pas encore stabilisé. Dans tous les cas, il est évident que certaines plateformes ne proposent pas des niveaux de garantie qui étaient ceux prévus par la loi El Khomri.

Ce constat nous conduit à nous interroger sur la diversité des contrats qui est en train de naître sur le territoire français ainsi que sur la prise en charge effective des soins d'un travailleur d'une plateforme numérique qui aurait subi un accident. Est-ce normal que, dans les faits, c'est souvent l'assurance-maladie qui prend en charge des soins qui sont liés à un « accident du travail » au sens large.

Aujourd'hui, en l'état actuel des choses, nous considérons qu'en raison de leur statut d'indépendants, la branche « risques professionnels » de la Sécurité sociale n'a pas sa place dans la prise en charge des travailleurs des plateformes numériques. En revanche, nous devons réfléchir sur l'avenir de l'assurance volontaire que nous proposons, mais qui ne semble pas pleinement adapté aux besoins de ce secteur d'activité. De plus, il faudra que nous nous préparions à une éventuelle évolution de la réglementation régissant les travailleurs de plateformes. Le modèle d'une charte organisant sur la base du volontariat les rapports juridiques et notamment la prévention et la couverture des risques professionnels, prévu dans la loi sur l'avenir professionnel de juin 2018 et invalidé par le Conseil constitutionnel au seul motif qu'il s'agissait d'un « cavalier législatif », doit avoir pour corollaire l'impossibilité d'une requalification du contrat avec la plateforme par les juges.

Quelle sera la place du risque professionnel dans ce type de charte et de quel risque professionnel parlons-nous dans ce contexte ?

En tout cas, évoquer un glissement entre le public et le privé dans la prise en charge des risques professionnels, c'est déjà prendre parti sur la qualification du contrat et considérer qu'il s'agirait d'un contrat de travail traditionnel qui échapperait au risque professionnel. Aujourd'hui, les choses me paraissent relativement claires. En l'absence d'un lien de subordination, les rapports entre les plateformes et leurs travailleurs ne relèvent pas du droit du travail et de la branche « risques professionnels ». Au lieu d'un glissement de la sphère publique vers la sphère privée, il faudrait davantage parler d'un respect des spécificités de notre branche. C'est l'avenir qui nous dira si elle aura un rôle à jouer dans ce domaine.

Table-ronde : La coexistence des modèles publics et privés dans le système français

Exposé de

Anne-Marie Papeix

Fédération française de l'assurance

l'objet de l'intervention est de se focaliser un peu sur le système hybride de la prise en charge du dommage corporel pour les accidents médicaux. Le professeur Knetsch l'évoquait tout à l'heure et vous avez développé un certain nombre d'éléments, mais je vais en reprendre quelques-uns.

C'est notamment intéressant car vous parliez de la crise de la responsabilité civile médicale que nous avons vécu, au cœur du réacteur, au début des années 2000 et vous citiez un certain nombre d'ingrédients à cette crise, que je vais reprendre pour montrer qu'on les retrouve encore aujourd'hui. Néanmoins, on est dans un système qui a trouvé son équilibre, mais qui, du fait de l'actualité que j'évoquerai, est susceptible, peut-être demain, d'avoir quelques répercussions et bouleversements.

Le premier des différents ingrédients que vous évoquiez est la nature même et la spécificité du risque médical qui est un risque à long terme. Effectivement, en tant qu'assureurs, nous avons pris en compte cette spécificité et nous la voyons dans un certain nombre de rapports, notamment celui de l'Observatoire des risques médicaux, puisque, pour ne vous donner que quelques chiffres, on observe un écart significatif entre l'année de réalisation de l'acte médical et l'année de réclamation. Dans environ 11 % des dossiers, on a une réclamation qui a lieu 5 ans ou plus après l'acte médical. C'est une spécificité propre au risque médical. En outre, 40 % des dossiers ont été traités en plus de 5 ans sur la période qui s'étire entre 2009 et 2014. Et on observe qu'en fin de 5^e année, il nous reste environ 60 % de la charge provisionnée. Et sur les dossiers de plus de 2 millions d'euros, on a les trois quarts de la charge qui sont provisionnées encore en fin de 10^e année.

Il est donc important de garder cela à l'esprit en matière de risque médical et de comprendre que c'est un risque long, un risque relatif, un risque soumis à une forte pression médiatique sociétale. Et on le voit tout particulièrement en ce moment avec des affaires sanitaires, notamment sur les dispositifs médicaux. On a des problématiques au cœur de notre société qui, avec le cyber-risque aussi, ont probablement de beaux jours devant eux.

Ce sont donc des risques de pointe, parfois des risques sériels pour les assureurs, avec des règles très strictes en matière de provisionnement. Vous indiquez effectivement ces règles et je ne rentrerai pas dans le détail, mais il existe des garanties subséquentes, c'est-à-dire que 10 ans après la fin d'un contrat, notamment après une cessation d'activité, l'assureur reste en risque. Ainsi, on a ce premier ingrédient, qui est l'ADN même du risque médical qui demeure.

On a également une segmentation du marché. C'est encore l'ADN du risque médical. Aujourd'hui, par exemple, on ne peut pas faire payer la prime d'un gynéco-obstétricien à un médecin généraliste. On a un risque des risques de pointe importants et on a toujours une très faible rentabilité. Actuellement, on a un marché qui est devenu assez concurrentiel, en particulier sur les établissements de soins, bien que très concentré, puisque l'on a moins de dix acteurs : trois qui sont des acteurs spécialistes et environ sept qui sont des généralistes. Et on a une très forte concurrence car on a de nouveaux entrants qui viennent notamment en libre prestation de service. Néanmoins, on a une hausse de la sinistralité, donc on a effectivement, pour nous assureurs, dans notre jargon, un ratio sinistres/primes de 95 %.

Néanmoins, aujourd'hui, le marché de l'assurance de responsabilité civile médicale a trouvé son équilibre, grâce à la loi du 4 mars 2002 et surtout la loi du 30 décembre 2002, qui sont le fruit co-construction du législateur et de l'ensemble des acteurs de la réparation du dommage corporel en matière d'accidents médicaux un dispositif original. Ces lois ont permis la mise en place de ce système hybride entre d'une part, l'indemnisation au titre de la solidarité nationale avec l'ONIAM et, de l'autre, l'indemnisation au titre de la responsabilité avec les assureurs de la responsabilité civile. Nous en sommes à 15 ans d'existence aujourd'hui. Ce dispositif a été salué par l'ensemble des parties prenantes, y compris par les associations de victimes.

Cependant, en février 2017, un rapport de la Cour des comptes est venu pointer du doigt un certain nombre de défaillances, essentiellement dans la gouvernance, et la gestion budgétaire et comptable de l'office. La cour des comptes a notamment souligné un déficit de recouvrement de créances sur les assureurs.

Suite à ce rapport de la Cour des comptes, une nouvelle gouvernance au sein de l'ONIAM a été mise en place avec pour objectif naturel le redressement financier et budgétaire de l'organisme. Néanmoins, pour ce faire, l'ONIAM, sous l'égide de la Direction générale des finances publiques a décidé de recourir à des règles de comptabilité publique consistant à procéder dorénavant à l'émission de titres exécutoires.

L'ONIAM a travaillé en chambre, avec la Direction générale des finances publiques, sur la question et les assureurs ont découvert ce nouveau monde totalement étranger à celui de l'assurance de responsabilité civile qui est le monde de la comptabilité publique, un monde assez implacable, où l'on déroule une procédure avec une phase de recouvrement amiable et une phase de recouvrement forcée, et une saisie des comptes. La FFA a déploré le fait de ne pas avoir été consultée dans la mise en place de ce mécanisme de titres exécutoires, en dépit des demandes maintes fois réitérées.

La FFA a rappelé à l'ONIAM que le dispositif hybride mis en place dans le cadre de la loi dite Kouchner du 4 mars 2002 était le fruit d'une co-construction permettant un dialogue entre l'ensemble des acteurs de l'indemnisation du dommage corporel.

À présent, les assureurs se retrouvent face à une machine dont on ne mesure pas encore la portée. Peut-être que tout se passera très bien et c'est ce que nous

espérons. Néanmoins, il existe une crainte de voir une industrialisation du processus d'émission des titres exécutoires par l'ONIAM. Pour illustrer ces propos, il faut préciser que l'ONIAM estime que, dès qu'il a une créance, il a un titre exécutoire en tant qu'établissement public administratif. Et c'est notamment le cas pour le recouvrement des frais d'expertise (qui ne posent pas de difficulté). Il est vrai que l'ONIAM avance les frais d'expertise et si, *in fine*, un avis de CCI reconnaît la responsabilité d'un professionnel de santé, l'assureur doit rembourser ces frais d'expertise. Il n'y a pas de difficulté particulière sur ce point, si ce n'est sur le prorata, parce que la complexité de la responsabilité civile médicale fait qu'il y a potentiellement une pluralité de responsables et qu'il faut répartir la responsabilité de chacun et affecter les frais d'expertise en fonction de ces proratas. Il n'y a donc pas de difficulté sur ce point.

Mais prenons le cas des substitutions : Aujourd'hui, avec le mécanisme qui a été coconstruit avec la loi Kouchner et la loi About, lorsqu'un avis est rendu, celui-ci n'est pas contraignant, ni pour les assureurs, ni pour l'ONIAM. Donc, à ce titre, et conformément à l'article L. 1142-15 du Code de santé publique, lorsqu'un avis est rendu, un assureur peut décider de ne pas faire d'offre parce qu'il estime que l'avis n'est pas conforme en termes de reconnaissance de responsabilité. L'ONIAM se substitue alors à l'assureur, fait une offre à la victime et ensuite, selon le code de santé publique, dispose d'une action subrogatoire à l'encontre de l'assureur du professionnel de santé ou de l'établissement de soin. Or, à présent, avec ce système des titres exécutoires, la logique est inversée : il n'y a plus de recours subrogatoire. Ce n'est plus l'ONIAM qui est à la manœuvre pour monter au contentieux dans le cadre d'un recours subrogatoire pour récupérer la créance. L'ONIAM émet un titre exécutoire, donc un avis de somme à payer, une lettre de relance, une mise en demeure et ensuite, passe à la phase de recouvrement forcé et à terme, à la saisie des comptes de l'assureur.

C'est un changement profond de philosophie dans le dispositif.

Avec le titre exécutoire, c'est dorénavant à l'assureur de prendre l'initiative de la contestation. L'économie de la responsabilité médicale s'en trouve fondamentalement remise en cause. Du statut initial de défendeur, le professionnel de santé et son assureur vont revêtir le rôle de demandeur et vont devoir engager une procédure pour s'exonérer de toute responsabilité en contestant le bienfondé d'un titre de recette qu'il leur est sommé d'exécuter.

La FFA et les assureurs de responsabilité médicale seront donc tout particulièrement vigilants quant à la mise en place opérationnelle de ces nouvelles dispositions décidées unilatéralement par l'ONIAM.

Un équilibre avait été trouvé ces 15 dernières années. Puis, il y a eu ce séisme avec le rapport de la Cour des comptes qui a pointé du doigt une problématique de gouvernance et qui, *in fine*, provoque un bouleversement des règles applicables aux recouvrement des créances de l'ONIAM dictées dorénavant par une procédure de comptabilité publique. Il est encore trop tôt pour avoir le recul nécessaire pour appréhender la mise en œuvre, les conséquences et les effets collatéraux sur le dispositif des commissions de conciliation d'indemnisation des accidents médicaux, et sur l'industrialisation ou non, par l'ONIAM, de l'émission de ces titres.

L'ONIAM va-t-il continuer à apprécier dossier par dossier et à faire une vraie analyse de chacun d'eux ou bien industrialiser l'indemnisation parce que derrière il bénéficie d'une créance et d'un titre exécutoire ?

Il y a beaucoup d'interrogations aujourd'hui. Il y a une réelle incertitude sur le marché de la responsabilité civile médicale quant à l'articulation de cette nouvelle procédure de comptabilité publique avec les règles du code de santé publique.

Cette situation est à déplorer parce que nous avons réussi au fil des années à consolider le marché de l'assurance RC médicale qui est certes dynamique et concurrentiel aujourd'hui, mais qui est aussi fragile. La crise de la RC médicale l'a prouvé et il faut être très vigilant sur ce marché.

Voilà en quelques mots les différents ingrédients propres à la situation actuelles et aux évolutions majeure qu'elle porte en germe. Il convient d'ailleurs de préciser que le rapporteur public, dans la première affaire qui est soumise au tribunal de Montreuil, vient de demander un avis au Conseil d'État. Cet avis pourra sans doute répondre à un certain nombre de questions cruciales notamment sur le principe même du recours par l'ONIAM au titre exécutoire, sur son articulation avec les dispositions du code de santé publiques, sur le recours des tiers payeurs ou encore sur les compétences juridictionnelles.

Il y a effectivement des bouleversements en cours dont il y a lieu de mesurer dans les mois et années à venir les conséquences éventuelles sur le marché de la RC médicale.

Table-ronde : La coexistence des modèles publics et privés dans le système français

Exposé de

Élisabeth Le Cheualier

Fédération française de l'assurance

Les accidents de la circulation routière représentent la part la plus importante de l'indemnisation des victimes de dommages corporels. Quelques éléments chiffrés permettent de s'en convaincre.

En France, le parc des véhicules est estimé à 42 millions de véhicules. Les primes en automobile s'élevaient à 21 milliards d'euros en 2017, ce qui représente 39 % de l'ensemble des cotisations des assurances de dommages aux biens et de responsabilité civile. La prime moyenne globale d'un véhicule de 1^{ère} catégorie assuré en mono-contrat s'établit en 2017 à 404 euros (hors taxes).

En 2017, pour les seuls véhicules de 1^{ère} catégorie hors flottes, plus de 7,6 millions de sinistres ont été indemnisés. Le nombre est en baisse de 0,2 % par rapport à 2016. À titre d'information, les indemnisations totales de la branche des assurances de dommages aux biens et de responsabilité civile s'élèvent à 39,1 milliards d'euros dont 13 milliards correspondent aux indemnisations totales en matière d'assurance automobile.

En assurance automobile, on observe une vraie opposition entre les sinistres avec dommages corporels et ceux avec seulement des dommages matériels. Sur 100 sinistres qui sont déclarés aux assureurs en automobile, 97 sont des sinistres matériels (« de la tôle froissée ») et seulement 3 sont des sinistres avec dommages corporels. Mais ces 3 % en nombre représentent 35 % de la charge totale.

Sur 100 sinistres corporels déclarés aux assureurs, moins de 2 sont des blessés corporels lourds, c'est-à-dire présentant une atteinte à l'intégrité physique et psychique (IPP) supérieure à 50 %. Cela représente entre 8 à 9 000 cas par an. Ces 2 % en nombre de blessés corporels lourds représentent plus de 60 % de la charge corporelle totale.

Voilà la photographie de l'existant, mais ce qui est intéressant c'est la dynamique :

- en automobile, le constat est celui d'une baisse constante du nombre de victimes ;
- pourtant, la charge globale de l'indemnisation demeure constante du fait de l'augmentation du coût de ces sinistres ;

- or, cette inflation moyenne de 5 % concerne ces 3 % de sinistres corporels qui représentent 35 % de la charge et qui subissent donc une « sur-inflation » ;

- puis, il y a les 2 % des sinistres corporels lourds qui représentent 60 % du montant des indemnisations dont l'inflation des coûts, depuis 10 ans, s'élève de 8 à 10 % par an soit 5 à 6 fois plus que l'inflation.

Le principe c'est la réparation intégrale de droit commun, sans limite de garantie, donc au-delà ce qui est versé par les organismes sociaux et les régimes complémentaires qui, en somme, interviennent en avance sur les indemnités.

Les postes de préjudices indemnisés sont ceux de la nomenclature dite Dintilhac qui repose sur une division tripartite des postes de préjudices (victimes directes/indirectes ; préjudices patrimoniaux/extra-patrimoniaux ; préjudices temporaires/permanents).

Cette indemnisation intégrale doit s'articuler avec le recours des tiers payeurs.

La réforme du recours des tiers payeurs par la loi du 21 décembre 2006 a apporté des bouleversements importants :

- L'imputation des prestations des tiers payeurs se fait poste par poste. Il n'y a plus d'assiette globale. Cette imputation poste par poste est indissociable d'une nomenclature claire et précise des postes de préjudices. C'est ainsi que les assureurs ont adopté dans le même temps la nomenclature des postes de préjudice résultant des travaux du groupe présidé par Jean-Pierre Dintilhac. Cette nomenclature, comme son adoption, sont intimement liées aux modalités de recours des tiers payeurs.

- Les tiers payeurs n'ont un recours que sur les postes de préjudices pour lesquels ils ont versé des prestations. Ils ne peuvent plus se payer sur un poste de préjudice de droit commun que leurs prestations ne réparent pas.

- La priorité passe des tiers payeurs aux victimes : il s'agit de privilégier la victime sur la dette du tiers payeur dans le cas où les tiers payeurs ne l'ont pas totalement désintéressée.

- Le recours des organismes sociaux est par exception autorisé dans le cas uniquement où ils auraient été amenés à verser des prestations au titre des préjudices personnels.

Ces bouleversements n'ont jamais touché à la dette des assureurs qui est restée identique.

Le principe de base demeure intangible : le responsable (et son assureur) paie sa dette, toute sa dette, rien que sa dette. L'assureur règle soit la victime, soit l'organisme social mais sa dette ne varie pas. Ce qui change c'est la répartition entre la victime qui bénéficie d'un droit prioritaire et le tiers payeur.

La réforme a aussi conduit à des flottements notamment sur sa date d'entrée en vigueur, sur son application aux accidents du travail, sur le recours poste par poste...

Les assureurs ont espéré une table de concordance entre la nomenclature des postes de préjudices et les prestations servies par les tiers payeurs. Elle n'est jamais venue. Aussi, c'est la jurisprudence qui a apporté les réponses. Aujourd'hui, les assureurs appliquent la jurisprudence suivant le principe de neutralité visé plus haut.

Mais le constat est le suivant : le recours des tiers payeurs génère des transferts de fonds entre tiers payeurs et assureurs. Faut-il maintenir ces transferts ?

Faudrait-il prévoir que l'assureur tenu à réparation prend « tout » sans intervention des organismes sociaux ? Dans le Livre blanc de 2008, les assureurs avaient développé cette idée¹. Ils proposaient une vision globale de l'indemnisation du dommage corporel et formulaient un certain nombre de solutions pour un traitement équitable des victimes. Des outils communs méthodologiques étaient proposés :

- l'élaboration d'une mission type d'expertise consensuelle ;
- l'adoption d'un barème d'évaluation médico-légale unique publié par les pouvoirs publics ;
- la publication par les pouvoirs publics de la nomenclature Dintilhac ;
- l'adoption d'un référentiel indemnitaire pour les postes de préjudices non économiques ;
- l'adoption d'une méthode unique de calcul des préjudices économiques.

Ils allaient plus loin en proposant de reconsidérer l'intervention des organismes sociaux dans un objectif de simplification : permettre aux assureurs de régler directement aux victimes le montant des postes de préjudices correspondant aux prestations sociales de nature pécuniaire (pensions d'invalidité et rentes d'accident du travail, principalement), les organismes sociaux intervenant, le cas échéant, en complément. Ainsi, sans remettre en question les droits aux prestations sociales des assurés sociaux ni le droit à recours des organismes sociaux, cette faculté qui serait offerte aux assureurs de régler directement les victimes permettrait d'accélérer leur indemnisation.

Cette idée n'a pas été reprise dans l'actualisation du Livre blanc en 2018². Pourquoi ? En raison du principe de neutralité visé plus haut : les assureurs paient à la victime ou à la caisse mais la dette ne change pas. En 2018, l'actualisation du livre blanc s'est focalisée sur l'accompagnement des victimes et a proposé une « Charte de bonnes pratiques de l'indemnisation »³.

1 FFSA/GEMA, *Livre Blanc sur l'indemnisation du dommage corporel*, 2008, p. 10 et s.

2 Fédération française de l'assurance, *Livre Blanc. Dommages corporels : pour un meilleur accompagnement de l'indemnisation des victimes*, 2018.

3 Fédération française de l'assurance, *Livre Blanc, op. cit.* (note 2), p. 19 et 30.



Table-ronde : La coexistence des modèles publics et privés dans le système français

Exposé de

Nathalie Faussat

Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI)

Méconnu du grand public jusqu'aux attentats de grande ampleur qui ont frappé la France les 13 novembre 2015 à Saint-Denis et Paris et le 14 juillet 2016 à Nice, le Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI) semble présenter une forme d'ambiguïté qui est source d'intérêt pour la doctrine¹.

À l'heure où se développe ce que certains appellent un « droit des fonds² », le FGTI est vu tantôt comme une forme de couverture assurantielle, tantôt comme un démembrement de l'Etat.

I. LA CONSTRUCTION DU FGTI

Préexistaient à la création du FGTI deux dispositifs d'indemnisation, l'indemnisation des victimes d'infractions résultant de la loi du 3 janvier 1977³, indemnisation par l'État, plafonnée, subsidiaire et sous condition de ressources et, pour les victimes des attentats commis au début des années 1980, un dispositif d'indemnisation gracieux par le budget du ministère de l'Intérieur, sur décision du Premier ministre⁴ le 24 juin 1986.

L'article 9 de la loi du 9 septembre 1986⁵, qui est une loi de répression, prévoit l'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme par l'intermédiaire d'un fonds de garantie doté de la personnalité civile.

C'est ainsi que naît le Fonds de Garantie des Victimes d'Actes de Terrorisme, ou FGVAT, alors imaginé sur le modèle du Fonds de Garantie Automobile⁶.

1 V. not. T. Leleu, « Clarifier le statut du FGTI, il y a urgence ! », *Gaz. Pal.* 13 sept. 2016, p. 9.

2 L. Neyret, « L'articulation entre le droit spécial des fonds d'indemnisation et le droit commun de la responsabilité civile », *Gaz. Pal.* 18 avr. 2008, p. 38.

3 Loi n° 77-5 créant une Commission d'indemnisation des victimes d'infractions (CIVI) dans chaque Cour d'appel.

4 Il s'agissait alors de Jacques Chirac.

5 Loi n° 86-1020 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État.

6 Devenu Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO) depuis la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003.

Le nouveau dispositif emprunte très clairement au modèle assurantiel et à la procédure issue de la grande loi d'indemnisation récemment adoptée dite Badinter⁷ de 1985 dont elle reprend les principes : réparation intégrale des atteintes à la personne, provisions, offre définitive et paiement après transaction enserrés dans des délais stricts.

Il était ancré alors dans les esprits qu'une indemnisation étatique ne serait ni rapide, ni satisfaisante et que le modèle assurantiel⁸ « automobile » paraissait le plus approprié pour indemniser les victimes d'attentats.

La gestion du FGVAT est immédiatement confiée, par convention, au FGA et à la lecture du code des assurances la proximité juridique de ces deux fonds se confirme ; leur existence légale est attestée par l'article L. 421-1 pour l'un, L. 422-2 pour l'autre.

En revanche force est de constater que l'assiette du financement est sans lien avec le risque couvert, le FGVAT étant financé par un prélèvement sur les contrats d'assurance de biens.

Nonobstant cette incohérence, un nouveau transfert de compétence s'opère par la loi du 6 juillet 1990⁹, la charge de régler les indemnités allouées par les CIVI au lieu et place de l'Agent Judiciaire du Trésor étant confiée au FGVAT qui devient alors le FGTI.

Ce transfert de mission s'accompagne d'une amélioration de la prise en charge des atteintes à la personne des victimes les plus gravement touchés qui sont désormais éligibles à une réparation intégrale, non subsidiaire et quel que soit le niveau de leurs revenus¹⁰.

II. LA PERCEPTION DU FGTI

Aucun des textes régissant l'intervention du FGTI n'évoque la notion de solidarité nationale, à la différence de la Sécurité sociale pour qui le législateur a été explicite¹¹.

Cependant, cette notion est bien présente, la Cour de Cassation ayant à plusieurs reprises affirmé que la victime d'infraction tirait son droit à indemnisation par le FGTI du principe de solidarité nationale.

Saisie d'une demande d'indemnisation à raison d'un accident de la circulation à l'étranger, donc sur le fondement d'une infraction, La Cour de cassation a affirmé que la législation française concernant l'indemnisation des victimes d'infractions devant la CIVI est destinée à assurer une indemnisation fondée sur la solidarité nationale, au moyen d'un système de garantie du risque social de la délinquance, confié à une juridiction civile spécialisée, avec une dérogation à la règle d'application de la loi du lieu du délit¹². Elle a, ainsi, le caractère d'une loi d'application nécessaire excluant toute référence à un droit étranger.

7 Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 pour l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et l'accélération des procédures d'indemnisation.

8 Le décret n° 2017-143 du 27 avril 2017, codifié à l'article R. 422-4 du Code des assurances, confirme que le FGTI comptabilise ses opérations conformément aux règles applicables aux sociétés d'assurances.

9 Loi n° 90-589 du 6 juillet 1990 modifiant le code de procédure pénale et le code des assurances et relative aux victimes d'infractions

10 Art. 706-3 C. proc. pén.

11 Art. L. 111-1 al. 1^{er} C. séc. soc. : « L'organisation de la sécurité sociale est fondée sur le principe de solidarité nationale. »

12 Cass. 2^e civ., 3 juin 2004, n° 02-12.989.

Cette analyse est de nouveau reprise par la Cour de Cassation¹³, saisie de la question de l'indemnisation par le FGTI d'une victime d'un accident de jet-ski survenu aux États-Unis.

Au-delà de la solidarité nationale, la jurisprudence se fonde également sur la notion d'un devoir de protection de l'État français à l'égard de ses nationaux.

C'est dans ces termes que la Cour de cassation, saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité, a justifié que la loi réserve l'indemnisation des faits commis à l'étranger aux seules victimes ayant la nationalité française par le fait que l'État a un devoir de protection à l'égard de ses nationaux, y compris en dehors de ses frontières¹⁴.

Concernant les victimes, leur perception du FGTI n'est pas la même selon la procédure d'indemnisation légalement prévue. Les victimes d'actes de terrorisme le perçoivent majoritairement comme un service public et dans une moindre part comme un assureur. Pour certaines victimes, la mise en place d'un dispositif d'indemnisation n'est pas suffisante et celles-ci tentent d'engager la responsabilité de l'État pour faute, considérant que l'acte de terrorisme aurait dû être évité¹⁵.

En revanche, les victimes d'infractions de droit commun, si elles perçoivent le FGTI majoritairement comme un service public, le considèrent dans une moindre part comme une institution judiciaire, confirmant à quel point la saisine obligatoire de la CIVI brouille les perceptions.

En conclusion, il peut être constaté que le choix du modèle assurantiel s'est avéré pertinent en termes de souplesse et de réactivité. À titre d'exemple, il sera indiqué qu'au 31 décembre 2015 les provisions réglées aux victimes des attentats du 13 novembre 2015 atteignaient 12 millions d'euros.

La Cour des comptes a récemment salué la qualité de la prise en charge des victimes du terrorisme tout en soulignant que le financement, s'il ne pose pas de difficulté dans l'immédiat, s'inscrit dans un contexte de dépenses très dynamiques en faveur des victimes d'infractions de droit commun qui devrait conduire à réexaminer l'assiette de la contribution¹⁶.

Enfin et depuis l'adoption de la loi du 23 mars 2019¹⁷, les victimes d'actes de terrorisme devront, en cas de contentieux avec le FGTI s'adresser au TGI de Paris exclusivement. Un juge dédié à l'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme est créé qui sera seul compétent, à l'exclusion de la cour d'assises qui ne pourra plus statuer sur intérêts civils. L'indemnisation par le FGTI, qui a plus de trente ans d'existence, demeure ainsi un droit en mouvement.

Montants réglés par le FGTI en 2018 :

- Victimes d'actes de terrorisme : 45 millions d'euros
- Victimes d'infractions de droit commun (CIVI) : 324 millions d'euros

13 Cass. 2^e civ., 25 janv. 2007, n° 06-10.514.

14 Cass. 2^e civ., 5 sept. 2013, n°s 13-40.037 et 13-40.038.

15 CE, 18 juillet 2018, n° 411156.

16 Cour des comptes, *La prise en charge financière des victimes du terrorisme. Communication à la commission des finances du Sénat*, 2019 (<https://www.ccomptes.fr/system/files/2019-01/20190130-Indemnisation-victimes-terrorisme.pdf>).

17 Art. 64 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.



De quelques particularités de la prise en charge des frais de soins en Suisse*

Francis Kessler

Maître de conférences en droit privé, École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)

Avocat senior counsel Gide Loyrette Nouel

Le droit suisse de la prise en charge des frais repose sur un ensemble de principe précis, clairement affirmé dans la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) du 18 mars 1994 qui structure ce qui est appelé l'assurance maladie sociale. Il intéressera le lecteur français dans la mesure où les réformes qui se sont étalées sur une vingtaine d'années en France, présentées au final, bien que réalisées et exécutées dans un contexte social et politique très différents, ont de nombreuses similitudes avec les choix suisses.

Le droit suisse de la prise en charge des frais repose sur un ensemble de principe précis, clairement affirmé dans la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) du 18 mars 1994 qui structure ce qui est appelé l'assurance maladie sociale. Il intéressera le lecteur français dans la mesure où les réformes qui se sont étalées sur une vingtaine d'années en France, présentées au final, bien que réalisées et exécutées dans un contexte social et politique très différents, ont de nombreuses similitudes avec les choix suisses.

L'omniprésence des assurances privées est la caractéristique majeure du système suisse de prise en charge des frais de soins. En effet, s'il existe une obligation d'assurance pour la couverture des frais de santé celle-ci n'est pas organisée sous forme d'assurance sociale ou d'assurance de résidents, parmi les assureurs agréés de son lieu de résidence. Les outils juridiques en sont un contrat type sans sélection médicale comportant de garanties minimales légalement fixées à la charge des assurés, il n'y a pas de participation légale obligatoire d'un éventuel employeur par exemple mais des mécanismes de co-paiement (de participation des assurés) divers et très importants. Cette omniprésence n'empêche pas une stricte régulation étatique et un contrôle administratif des opérateurs et des opérations des assureurs privés.

S'ajoute à ce niveau de protection, un niveau complémentaire d'assurance privée. Cette couverture est quant à elle facultative et les organismes assureurs qui peuvent être à but lucratif ou non peuvent opérer une sélection médicale.

* La forme orale a été largement maintenue.

Ce dispositif est complété par une prise en charge sous condition de ressources par l'aide sociale organisée et à la charge selon la loi fédérale du 24 juin 1977 sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin par les cantons et variable selon les règles cantonales.

I. UNE ASSURANCE PRIVÉE FORTEMENT RÉGLEMENTÉE

En Suisse, depuis la réforme de 1996, le panier de prestations de base est défini par l'État. Chaque assurance doit par ailleurs offrir à tous ses assurés des contrats d'assurance uniformes précisant le reste à charge.

Les assurés obligatoires disposent d'une liberté qui est celle de choisir leur assureur. Cela ressort de l'article 4 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie. Cependant, l'assuré ne peut que parmi un panel d'organisme assureur ayant été autorisé à pratiquer l'assurance-maladie sociale. En vertu des articles 4 et 28 de la loi sur la surveillance de l'assurance-maladie, l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) publie, en tant qu'autorité de surveillance, la liste des assureurs et celle des réassureurs autorisés à pratiquer dans le domaine de l'assurance-maladie sociale. En Suisse, les assureurs privés gèrent non seulement l'activité d'assurance de base obligatoire mais également une activité d'assurance facultative. Les entités à but non lucratif y sont très largement majoritaires. Il s'agit en effet principalement des anciennes caisses publiques d'assurance maladie qui ont basculé sous droit privé lors des réformes de la mise en place de la LAMal. Elles ont donc gardé leur caractère non lucratif malgré la mise en concurrence induite par ces réformes. De plus, les organismes ne peuvent pas réaliser de profits sur l'assurance de base, les excédents devant être réinvestis au service de cette activité. Ils peuvent en revanche en réaliser sur leur activité d'assurance facultative. Les organismes à but lucratif qui souhaiteraient pratiquer l'assurance de base doivent donc créer une filiale à but non lucratif, aux comptes clairement séparés.

Autre signe d'intervention étatique : la loi a imposé aux assureurs de créer une institution commune qui prend la forme d'une fondation. Cette fondation commune à un double rôle de fonds de garantie – elle prend en charge notamment les coûts afférents aux prestations légales en lieu et place des assureurs insolubles – et de fonds de péréquation – l'article 16 de la LAMal prévoit que les assureurs ayant un nombre de personnes à risque levé de maladie inférieur à la moyenne des effectifs de l'ensemble des assureurs versent une redevance à l'institution commune. À l'inverse, les assureurs dont le nombre de personnes à risque est supérieur à la moyenne de l'ensemble des assureurs, reçoivent une compensation de la part de l'institution commune. Il convient de noter que la compensation des assureurs se fait entre les assureurs de chaque canton.

Les assureurs maladie ont une obligation de communication à l'OFSP de leurs rapports annuels, de leurs budgets et de leurs comptes annuels. Le niveau des primes est approuvé au niveau confédéral. Le grand public est tenu au fait des comptes annuels, du niveau des réserves et des provisions. Dans son rapport annuel, le médiateur (*ombudsman*) de l'assurance-maladie sociale rend compte en toute transparence des contraventions commises par les assureurs.

Il revient aux cantons de veiller au respect de l'obligation d'assurance s'assurer. Il ressort de l'article 6 de la LAMal que l'autorité désignée par le canton affilié d'office toutes les personnes tenues par l'obligation de s'affilier, mais qui n'ont pas donné suite à cette obligation en temps utile.

II. DES PRESTATIONS DE L'ASSURANCE MALADIE SOCIALE LIMITÉES AUX SOINS DE BASE

Il en résulte que l'assurance de base obligatoire (LaMal) pour les résidents couvre :

- les traitements effectués par le médecin et les médicaments prescrits ;
- les frais de traitement de l'hôpital en division commune ;
- les frais de maternité ;
- d'autres prestations, sous certaines conditions (vaccins, soins à domicile, etc.).

Les traitements dentaires ne sont pas pris en compte, sauf pour certains cas particuliers (problèmes lourds de la mastication...), et les soins d'optique sont très peu remboursés.

Pareillement seuls les médicaments prescrits médicalement de la liste des génériques de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP), de la liste des médicaments ou de la liste des spécialités.

Les soins et prothèses dentaires sont exclus du panier de soins de base.

En cas de maladie, une partie des frais de traitement est à la charge de l'assuré. Cette participation aux coûts se compose de la franchise, de la quote-part ainsi que d'une participation aux coûts lors d'un séjour à l'hôpital. La franchise est un montant (300 CHF pour les adultes ; jusqu'à 18 ans, les enfants ne paient pas de franchise) que l'assuré doit prendre en charge chaque année à titre de participation aux frais de traitement. Ce n'est qu'une fois que ce montant atteint que l'assurance maladie sociale intervient. Lorsque la franchise est atteinte, il s'applique un ticket modérateur de 10 pour cent des frais de traitement restants. Toutefois, cette quote-part est d'un maximum 700 francs par année pour les adultes et de 350 francs pour les enfants.

La contribution aux frais de séjour hospitalier se monte à 15 CHF par jour d'hôpital. Les enfants, les jeunes adultes en formation et les femmes qui ne paient pas de participation aux coûts pour des prestations en cas de maternité ne paient pas de contribution aux frais hospitaliers.

III. DES POSSIBILITÉS DE CHOIX DE L'ASSURÉ

Les primes d'assurance versé à la LAMal est indépendante des revenus ou de l'état de santé. Toutefois, les primes ne sont pas uniformes. Le montant de l'assurance maladie dépend de trois facteurs majeurs : le lieu de résidence (vivre à la campagne implique souvent une prime d'assurance plus faible que dans les grandes villes), l'âge (on distingue trois différents paliers, entre 0 et 18 ans, entre 18 et 25 ans et les plus de 26 ans).

Les assurances ne se différencient donc que par le niveau des primes qui varient en fonction du groupe d'assurés de chaque assureur de chaque canton et par la qualité du service administratif offert (temps de remboursement, assistance téléphonique, etc.).

Les assurés peuvent choisir entre des contrats dits « en espèces » ou « en nature ». S'il choisit un contrat en espèces, l'assuré garde le libre choix de son professionnel de santé, mais il doit en contrepartie avancer les frais et il n'est remboursé par son assureur que sur la base d'un tarif de référence. L'assuré peut également choisir de payer moins de primes, il choisira alors une franchise plus élevée.

Enfin, si pour un traitement ambulatoire, il est en principe possible de choisir son médecin ou son chiropracteur sauf pour les assurés ayant opté pour un modèle Telmed, médecin de famille ou HMO. Aujourd'hui, plus de 60 % des assurés disposent d'un modèle limitant le choix du prestataire, les obligeant préalablement à la consultation à appeler (modèle Telemed), à se rendre chez leur médecin de famille (modèle du médecin de famille) ou dans un cabinet groupé (modèle HMO). Cela leur permet de bénéficier d'une réduction de prime. Il existe également des modèles dans lesquels la pharmacie représente le premier interlocuteur en cas de maladie ou qui limitent l'achat de médicaments à certaines pharmacies.

Plusieurs comparateurs publics sont disponibles, tant au niveau confédéral qu'au niveau cantonal. Le site internet www.primes.admin.ch de l'Office fédéral de la santé publique permet de comparer les primes de l'assurance maladie sociale avec les différents paliers de franchises des caisses-maladie, les primes des modèles HMO et médecin de famille. Le site www.bonus.ch propose un outil comparatif pour l'assurance maladie sociale et un outil pour l'assurance complémentaire hospitalière : par défaut, le résultat du comparatif des primes complémentaires présente les produits de la prime la plus basse à la plus élevée.

Les contrats d'assurance sociale frais de soins sont annuels ; l'assuré a alors jusqu'au 30 novembre au plus tard pour résilier votre assurance maladie obligatoire l'assuré qui a opté pour la franchise la plus basse (300 francs suisses), peut résilier son assurance avant le 30 novembre mais également avant la fin juin.

IV. UNE ASSURANCE SUPPLÉMENTAIRE NÉCESSAIRE

Les restes à charges pour l'assuré sont important en Suisse. Ainsi, en Suisse, les soins dentaires sont essentiellement financés par des paiements directs des ménages (seules les affections graves de la mastication sont prises en charge au titre de la LAMal). Comme les assurances privées facultatives ont interdiction de prendre en charge les franchises et autres copaiements imposés par la couverture de base, qui ont été instaurés par les pouvoirs publics pour responsabiliser les assurés quant à leur consommation de soins, plus de 80 % de la population suisse possède au moins une assurance complémentaire ambulatoire et/ou d'hospitalisation. Ces contrats relèvent de la Loi fédérale sur le contrat d'assurance (Loi sur le contrat d'assurance, LCA) du 2 avril 1908.

Les assureurs décident de la composition du panier de soins, peuvent sélectionner les risques, fixer librement leurs tarifs. La conclusion d'un contrat d'assurance santé complémentaire est soumise à un examen de risque : il y a recueil d'autres informations d'ordre médical. Seule contrainte, il n'est pas possible de souscrire un contrat unique couvrant le panier de base obligatoire et le panier facultatif. Les deux contrats doivent rester distincts et la concurrence doit, selon le législateur, pouvoir s'exercer sur chacun d'entre eux.

Si les contrats collectifs sont interdits pour l'assurance de base, ils sont possibles pour l'assurance facultative privée, ces derniers constituent un élément non négligeable de la rémunération en particulier dans les grandes entreprises.

La résiliation de l'assurance complémentaire relève du contrat d'assurance. L'Office fédéral des assurances privées (OFAP) complète le contrôle exercé par l'OFSP, en surveillant les caisses maladie reconnues dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire.

Une assurance maladie de base des résidents prenant en charge un panier limité de soins, géré par organismes privés d'assurance, opérant dans un cadre légal détaillé et sous forte surveillance étatique complété par des assurances individuelles ou collectives d'entreprises « supplémentaires » souscrites pour couvrir les prestations laissées en dehors du panier de soins de base est-elle totalement impensable en France ? Les réformes de la prise en charge des frais de soins des 20 dernières années montrent pour le moins des convergences fortes avec le droit suisse.



Le dualisme du système d'assurance-maladie allemand

Martin Zwickel

Akademischer Oberrat et Docteur en droit

Universität d'Erlangen-Nuremberg

Le système allemand d'assurance-maladie se divise en deux grands secteurs et diffère ainsi des structures établies dans de nombreux autres pays européens¹. Il se caractérise par l'existence d'assurances-maladies privées d'un côté et d'une multitude d'assurances maladies publiques de l'autre côté. Au regard du droit de la responsabilité civile, ces deux systèmes d'assurance s'insèrent dans un contexte plus large de prise en charge de dommages.

Avant d'expliquer le dualisme de l'assurance-maladie allemande, il convient, en guise d'introduction, d'exposer les liens entre le droit allemand de la responsabilité et l'assurance maladie en cas de dommage corporel (I). Dans la deuxième partie, nous allons examiner quelques détails du système dualiste de l'assurance-maladie en Allemagne, en nous intéressant notamment au rôle du privé et du public dans l'assurance-maladie (II). Cet exposé se terminera par un regard sur les discussions politiques au sujet d'un modèle d'assurance dite citoyenne (Bürgerversicherung) (III).

I – L'ASSURANCE MALADIE ET LE SYSTÈME ALLEMAND DE PRISE EN CHARGE DES DOMMAGES CORPORELS

Le système allemand de la responsabilité pour dommages corporels part du principe de « séparation matérielle » (*materielles Trennungsprinzip*)². Ce principe impose une distinction nette entre la question du fondement de la responsabilité et la question de l'étendue de la réparation. On distingue donc généralement la responsabilité et la prise en charge du dommage par l'assureur. Mais ce principe de séparation est rompu sur plusieurs points. D'une part, la question de la responsabilité est supplantée par un système d'indemnisation collective des dommages corporels (I-1).

1 T. Kingreen, « Welche gesetzlichen Regelungen empfehlen sich zur Verbesserung eines Wettbewerbs zwischen gesetzlicher und privater Krankenversicherung », in *Verhandlungen des 69. DJT 2012*, t. II/1 : *Sitzungsberichte. Referate und Beschlüsse*, C. H. Beck, 2013, p. K 9 et U. Steiner, *Verfassungsfragen der dualen Krankenversicherung*, Duncker & Humblot, 2015, p. 16.

2 C. Armbrüster, « Auswirkungen von Versicherungsschutz auf die Haftung », *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2009, p. 187.

D'autre part, le droit de l'assurance-maladie exerce une influence directe sur le droit de la responsabilité civile dans le domaine de la prise en charge des dommages corporels (I-2).

I-1/ Superposition du droit de la responsabilité par un système collectif

En cas de dommage corporel, plusieurs voies permettent à la personne lésée d'obtenir indemnisation. La victime peut demander directement à l'auteur du dommage dédommagement pour ses frais médicaux, mais il peut également demander la prise en charge des frais médicaux par son assurance maladie qui, elle, peut intenter ensuite un recours subrogatoire contre l'auteur du dommage.

I-1.1/ Indemnisation directe par le responsable

Le cas « par défaut » de l'indemnisation des dommages corporels est le recours direct de la victime contre l'auteur du dommage. Dans ce cas, la victime demande des dommages-intérêts directement auprès du responsable³. Cette démarche présente cependant trois inconvénients pour la victime : elle doit avancer les frais médicaux, elle doit mener lui-même le procès en indemnisation qui peut prendre un temps considérable et, enfin, elle supporte le risque de l'insolvabilité de son adversaire.

I-1.2/ Indemnisation par l'assurance maladie et recours de celle-ci contre le responsable

Pour ces raisons, la personne lésée va généralement demander la prise en charge des frais par son assurance-maladie. L'assurance exercera ensuite, au moins en théorie, un recours subrogatoire contre l'auteur du dommage. La règle applicable au recours de l'assurance est déterminée selon la situation de la victime et de son affiliation à l'assurance-maladie publique⁴, à une assurance maladie privée⁵ ou de l'ouverture à une prise en charge (totale ou partielle) par l'État, comme c'est le cas pour les fonctionnaires (*Beihilfe*)⁶. Dans la pratique, le recours n'est que rarement traité au cas par cas. Le plus souvent, les assureurs concluent des accords sur le partage des dommages-intérêts entre les assurances-maladie et les assurances de responsabilité civile (*Teilungsabkommen*)⁷. Ceux-ci conduisent à un transfert du risque d'insolvabilité, depuis les assurances-maladie vers les assurances de responsabilité civile, tout comme un transfert du risque de responsabilité des assurances de responsabilité civile à l'assurance-maladie.

3 Le *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) part de ce principe. V. not. H. Oetker, in F.-J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetker et B. Limpberg (dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C. H. Beck, 8^e éd. 2019, t. 2, sous § 249, n° 10.

4 La procédure sera régie par le § 116 du livre X du Code de la sécurité sociale (§ 116 SGB X).

5 § 86 de la loi sur les contrats d'assurance (§ 86 VVG).

6 § 87a de la loi sur les fonctionnaires fédéraux (§ 87a BBG).

7 R. Greger, in R. Greger et M. Zwickel, *Haftungsrecht des Straßenverkehrs*, de Gruyter, 5^e éd. 2014, sous § 1, n° 33.

Le système allemand de la responsabilité pour dommages corporels se transforme ainsi d'un examen individuel de la responsabilité de l'auteur du dommage vers un système de répartition du dommage entre diverses collectivités⁸. Le risque des dommages corporels est donc aujourd'hui en grande partie socialisé⁹.

I-2/ L'influence directe du système d'assurance maladie sur le droit de la responsabilité civile

En vertu du § 249 du Code civil allemand (BGB), le créancier peut demander le montant nécessaire pour couvrir les soins médicaux. Étonnamment, ce montant varie non seulement en fonction de la nature des lésions subies, mais aussi en fonction du type d'assurance-maladie de la victime. Il résulte en effet d'une jurisprudence constante de la Cour fédérale de justice (Bundesgerichtshof) que seuls les frais médicaux « habituels » au regard de la condition de la victime sont « nécessaires » au sens du § 249 BGB¹⁰. Ainsi, lorsque la victime est affiliée à l'assurance-maladie publique, sont couverts uniquement les coûts qui sont pris en charge par la caisse publique. Si, au contraire, la victime est affiliée à une assurance privée, il peut demander à l'auteur du dommage le remboursement des frais de soins facturés par un médecin ou une clinique privés¹¹.

Une exception est cependant prévue pour le cas où l'assurance-maladie publique ne serait pas en mesure de proposer un traitement adéquat à la victime. Dans ce cas, celle-ci sera en droit de réclamer au responsable les coûts plus élevés d'un traitement par un médecin privé¹².

On constate ainsi une interdépendance importante des modèles publics et privés de prise en charge du dommage corporel.

II – LA PART ET LE RÔLE DU PRIVÉ ET DU PUBLIC DANS LE SYSTÈME ALLEMAND D'ASSURANCE MALADIE

La distinction entre droit public et droit privé se trouve également au sein du système allemand d'assurance-maladie. Quelle est la part respective des différents modèles sur le marché des assurances maladie et quel est le rôle des assurances publiques et privées dans la couverture des dommages corporels ?

8 Pour cette transformation v. C. Armbrüster, « Auswirkungen von Versicherungsschutz auf die Haftung », art. préc. (note 2) ; C. Katzenmeier, « Überlagerungen des Schadensrechts durch das Versicherungsrecht », *Zeitschrift für Versicherungsrecht (VersR)* 2002, p. 1449 ; H. Kötz, *Sozialer Wandel im Unfallrecht*, C. F. Müller, 1976 ; K. Sieg, « Überlagerung der bürgerlich-rechtlichen Haftung durch kollektive Ausgleichssysteme », *VersR* 1980, p. 1085 ; H. Oetker, in F.-J. Säcker, R. Rixecker, H. Oetker et B. Limpberg (dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C. H. Beck, 8^e éd. 2019, t. 2, sous § 249, n^o 10.

9 C. Katzenmeier, « Überlagerungen des Schadensrechts durch das Versicherungsrecht », art. préc. (note 8).

10 BGH, 18 oct. 1988, réf. VI ZR 223/87, *NJW-RR* 1989, p. 670 et 6 juillet 2004, réf. VI ZR 266/03, *NJW* 2004, p. 3324.

11 BGH, 23 sept. 1969, réf. VI ZR 69/68, *VersR* 1969, p. 1040 et 12 juillet 2005, réf. VI ZR 83/04, *NJW* 2006, p. 1271.

12 BGH, 6 juillet 2004, arrêt préc. (note 10). V. également R. Schulze, in R. Schulze et al., *BGB. Handkommentar*, Nomos, 10^e éd. 2019, sous § 249, n^o 7.

II-1/ Aperçu général

Le système allemand d'assurance-maladie part aujourd'hui du principe d'une couverture obligatoire pour tous les citoyens¹³. Cependant, le système est divisé en (au moins) deux parties. Il repose sur une combinaison de l'assurance-maladie publique et de l'assurance-maladie privée.

L'assurance-maladie publique (*gesetzliche Krankenversicherung*) trouve son origine dans la loi bismarckienne sur l'assurance-maladie des travailleurs du 15 juin 1883¹⁴. Aujourd'hui, l'assurance-maladie est régie par le livre V du Code de la Sécurité sociale (*SGB V*). L'assurance-maladie publique n'est pas mise en œuvre par l'État, mais par un ensemble de 110 caisses d'assurance-maladie¹⁵. Le principe qui régit l'assurance-maladie publique est celui de la « compensation sociale » (*sozialer Ausgleich*)¹⁶.

L'histoire de l'assurance-maladie privée (*private Krankenversicherung*) est plus ancienne encore. Dès 1843, la première assurance-maladie privée fut fondée à Nuremberg¹⁷. L'assurance-maladie privée est portée par des entreprises privés qui bénéficient, comme les assurés, de la liberté contractuelle¹⁸.

S'y ajoute le système des allocations versées aux fonctionnaires par leur employeur en cas de maladie (*Beihilfe*). En raison de cette aide financière directe venu du « principe d'alimentation » (*Alimentationsprinzip*)¹⁹ qui pèse sur l'employeur, les fonctionnaires allemands sont, de fait, contraints de souscrire une assurance-maladie privée car seule une couverture de ce type est en mesure de proposer des prestations complémentaires à la prise en charge partielle par l'employeur²⁰.

Le droit allemand d'assurance maladie se présente donc sous la forme d'une structure tripartite et non pas seulement dualiste.

Tous ces systèmes déchargent la personne lésée du risque de devoir supporter les frais médicaux en cas de dommage corporel, qu'elle dispose ou non d'une action directe contre l'auteur du dommage.

II-2/ Part du public et du privé dans l'assurance maladie

Les parts respectives des différents modèles sur le marché des assurances diffèrent fortement.

¹³ Loi sur le renforcement de la concurrence entre les assurances maladie publiques (*GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz*) du 26 mars 2007 (*Bundesgesetzblatt [BGBl.] I* 2007, p. 378). V. aussi K. Peters, in *Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht*, C. H. Beck, 101^e éd. 2018, Vorbemerkungen zum SGB V, n° 10 et U. Steiner, *Verfassungsfragen der dualen Krankenversicherung*, *op. cit.* (note 1), p. 10.

¹⁴ Loi sur l'assurance-maladie des ouvriers (*Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter*) du 15 juin 1883 (*Reichsgesetzblatt [RGBl.]* 1883, p. 73). Plusieurs autres lois de sécurité sociale s'en suivirent : loi sur l'assurance contre le risque d'accidents (*Unfallversicherungsgesetz*) du 6 juillet 1884 (*RGBl.* 1884, p. 69) et loi relative à l'assurance-invalidité et à l'assurance-vieillesse du 22 juin 1889 (*RGBl.* 1889, p. 97). La *Reichsversicherungsordnung* (RVO) du 19 juillet 1911 a réuni ces lois dans une seule codification.

¹⁵ §§ 2 et 4 SGB V.

¹⁶ § 1er SGB V. Sur ce texte, v. H. Sodan, in H. Sodan (dir.), *Handbuch des Krankenversicherungsrechts*, C. H. Beck, 3^e éd. 2018, ch. 1, n° 25.

¹⁷ La *Unterstützungskasse für Tabakfabrikarbeiter* (caisse de soutien pour les ouvriers de la manufacture des tabacs) fut fondée le 5 mars 1843. Pour une introduction historique à l'assurance-maladie privée v. J. Rudolph, in P. Bach et H. Moser (dir.), *Private Krankenversicherung*, C. H. Beck, 5^e éd. 2005, Einleitung, n° 166.

¹⁸ Sur les principes de l'assurance maladie privée, v. B. Kalis, in H. Sodan (dir.), *Handbuch des Krankenversicherungsrechts*, *op. cit.* (note 16), ch. 42 et J. Rudolph, in P. Bach et H. Moser (dir.), *Private Krankenversicherung*, *op. cit.* (note 17), Einleitung.

¹⁹ P. Badura, in T. Maunz et G. Dürig (dir.), *Grundgesetz. Kommentar*, C. H. Beck, 84^e éd. 2018, sous art. 33, n° 71.

²⁰ K. von Koppenfels-Spies, *Sozialrecht*, Mohr Siebeck, 2018, p. 64.

Si au début, l'assurance-maladie publique (*gesetzliche Krankenversicherung*) ne comptait que très peu d'assurés, une grande partie de la population y est aujourd'hui affiliée. En septembre 2018, les caisses d'assurance publique comptaient 72,81 millions d'assurés²¹.

À côté de cela, la part du marché des assurances privées est minime avec 8,77 millions de membres. Ce chiffre comprend déjà les fonctionnaires qui bénéficient du système des allocations (*Beihilfeberechtigte*)²².

II-3/ Le rôle des assurances publiques et privées au regard des dommages corporels

Qu'en est-il du rôle des assurances publiques et privées ? Au regard des dommages corporels, les assurances publiques et privées ne coopèrent pas. Elles travaillent plutôt chacune dans leur propre secteur.

II-3.1/ Choix du type d'assurance

En principe, un particulier ne peut pas choisir son type d'assurance. L'assurance-maladie publique est conçue comme l'assurance obligatoire pour les employés et les ouvriers. Doivent donc être affiliés à l'assurance-maladie publique les employés et ouvriers, les personnes touchant l'allocation-chômage et/ou suivant des programmes d'insertion professionnelle, les agriculteurs, les artistes, les étudiants et apprentis, les personnes handicapées vivant dans un foyer spécialisé et les retraités²³. C'est seulement en dépassant un certain seuil de revenu annuel (en 2018, celui-ci est de 59 400 euros, en 2019 de 60 750 euros)²⁴ que l'assuré peut opter pour l'affiliation à une assurance privée. Dans ce cas, il sera donc dispensé de l'assurance obligatoire. À côté de cela, certains groupes d'assurés sociaux, notamment les fonctionnaires (*Beamte*) et les travailleurs indépendants (*Selbstständige*), sont exclus d'office d'une affiliation obligatoire à l'assurance publique²⁵.

La clientèle des assurances privées allemandes est donc composée de deux grands groupes : d'un côté, il y a les salariés qui ont un revenu important ainsi que les entrepreneurs ; de l'autre, la grande majorité des fonctionnaires (fédéraux et ceux des Länder).

Dans l'ensemble, il n'existe donc pas de compétition entre l'assurance publique et privée²⁶. Les différents modèles sont assignés au particulier par des obligations légales ou des obligations de fait.

21 V. les statistiques publiées par la Fédération des caisses du régime général d'assurance-maladie (*GKV Spitzenverband*) : https://www.gkv-spitzenverband.de/gkv_spitzenverband/presse/zahlen_und_grafiken/zahlen_und_grafiken.jsp.

22 *Ibid.*

23 V. en détail § 5 al. 1^{er} n° 1 SGB V.

24 Ce seuil est déterminé par ordonnance. Pour 2019, v. § 4 de la *Verordnung über maßgebende Rechengrößen der Sozialversicherung für 2019* (SVBezGrV 2019).

25 § 6 al 1 du SGB V.

26 T. Kingreen, « Perspektiven für eine „Jamaika-Krankenversicherungsordnung“ », *Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS)* 2017, p. 841, spéc. p. 843.

II-3.2/ Système et étendue des prestations

L'assurance-maladie publique, gérée par des caisses publiques, fonctionne selon le principe des prestations en nature (*Naturalleistungsprinzip*)²⁷. À l'inverse, pour les assurances privées, c'est l'assuré qui avance les frais médicaux dans le cadre du contrat thérapeutique et qui sera ensuite être remboursé par son assurance.

Tandis que l'étendue des prestations des assurances privées peut être déterminée librement, il n'en est pas de même pour les prestations de l'assurance publique qui sont déterminées précisément par un catalogue de prestations prises en charge par l'assurance maladie (*Leistungskatalog*)²⁸. À l'inverse, le catalogue des prestations d'une assurance privée est normalement beaucoup plus vaste que celui de l'assurance publique, les parties pouvant négocier librement son contenu et le tarif. Souvent, pour le traitement médical d'un assuré privé, un médecin peut percevoir le double, voire le triple du taux prévu pour ce même traitement par l'assurance-maladie publique²⁹. Le système médical allemand est donc en grande partie co-financé par les assurés privés. Néanmoins, le traitement des patients dépend de la nécessité médicale, sans tenir compte de l'affiliation à une caisse maladie publique ou privée³⁰. Ce qui est différent, c'est la rémunération plus élevée dans le cadre de l'assurance-maladie privée pour le même traitement médical.

II-3.3/ Le financement

Le financement des assurances-maladies privées est très différent de celui de l'assurance-maladie publique. La caisse publique prélève des cotisations forfaitaires et paritaires de l'employeur et des assurés en fonction de leurs revenus³¹. Pour des raisons sociales, certaines personnes seront affiliées gratuitement, notamment les membres de la famille d'un assuré pour lesquels la loi interdit même la perception de cotisations³². De même, les personnes à faible ou sans revenu peuvent être exonérés de cotisation. Le financement fonctionne donc sur une base « solidaire », les assurés à revenu plus élevé supportant ainsi la couverture médicale des plus défavorisés³³. Pour les assurances privées, tel n'est pas le cas : les primes sont calculées en fonction du risque assumé par l'assureur³⁴.

27 § 2 al. 2 SGB V. Sur ce point, v. P. Axer, in J. Isensee et P. Kirchhof (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller, t. 4 : *Aufgaben des Staates*, 3^e éd. 2006, ch. 95, n° 19.

28 §§ 11 et s. SGB V.

29 T. Kingreen, « Perspektiven für eine „Jamaika-Krankenversicherungsordnung“ », art. préc. (note 26), p. 842.

30 M. Gaßner et J. Strömer, « Kann durch die Einführung der „Bürgerversicherung“ einer „Zwei-Klassen-Medizin“ entgegengewirkt werden? », *NZS* 2013, p. 561.

31 K. von Koppenfels-Spies, *Sozialrecht*, op. cit. (note 20), p. 65.

32 S. Rixen, in U. Becker et T. Kingreen (dir.), *SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung*, C. H. Beck, 6^e éd. 2018, sous § 3, n° 5.

33 Le principe de solidarité est consacré au § 3 SGB V. Sur cet aspect, v. K. Peters, in *Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht*, op. cit. (note 13), sous § 3 SGB V, n° 4 à 7. Les détails du financement sont régis par §§ 220 et s. SGB V.

34 B. Kalis, in H. Sodan (dir.), *Handbuch des Krankenversicherungsrechts*, op. cit. (note 16), ch. 42, n° 7.

II-3.4/ Assurances complémentaires et privatisation de l'assurance maladie

En ce qui concerne l'assurance-maladie publique, il peut être observé que le risque de dommage corporel est aussi de plus en plus pris en charge par des assurances privées complémentaires (private Zusatzversicherungen)³⁵. Existente notamment des assurances complémentaires d'hospitalisation (couvrant notamment les frais d'une chambre individuelle), des polices d'assistance médicale à l'étranger, des polices dentaires, des polices couvrant les frais de la soi-disant « médecine alternative », etc. Ces assurances privées complémentaires affichent un taux de croissance considérable³⁶.

III – LE DÉBAT POLITICO-JURIDIQUE SUR L'ASSURANCE SANTÉ CITOYENNE (BÜRGERVERSICHERUNG)

Comme nous l'avons vu, le système allemand de l'assurance-maladie est relativement complexe en raison son dualisme. Il n'est donc pas étonnant de voir régulièrement surgir des idées de réforme. L'idée la plus radicale est celle de la suppression du système dualiste et d'un transfert des assurés privés vers une assurance santé dite « citoyenne » (*Bürgerversicherung*). Avant de regarder de plus près cette proposition, il faut examiner avec soin les avantages et les inconvénients du système dualiste existant.

III-1/ Avantages et inconvénients du système dualiste

Le système actuel présente des défauts, notamment en matière de couverture médicale et aussi au regard de la liberté de choix des assurés. Selon des études, un assuré privé pourra obtenir un rendez-vous chez un médecin spécialiste beaucoup plus rapidement qu'un assuré de l'assurance publique, en raison notamment de la rémunération bien plus importante des soins prodigués aux assurés³⁷. Cette circonstance incite en outre les professionnels de santé à s'installer de préférence dans des zones à forte densité d'assurés privés³⁸. Il s'agit donc déjà d'un système de santé à deux vitesses.

En outre, dans la plupart des cas, le système allemand dualiste d'assurance-maladie impose aux assurés une affiliation soit à une caisse publique, soit à un assureur privé. Un véritable choix n'existe que pour ceux qui, au début de leur carrière professionnelle, ont déjà un revenu élevé et ne présentent pas d'antécédents médicaux, soit moins de 5 % de la population³⁹. Cette attribution des catégories d'assurés à l'un ou

35 P. Axer, in J. Isensee et P. Kirchhof (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit. (note 27), ch. 95, n° 9.
36 V. les données publiées par la Fédération de l'assurance-maladie privée (*Verband der Privaten Krankenversicherung e.V.*) sur le site <https://www.pkv.de/themen/krankenversicherung/gute-gruende-fuer-die-pkv/angebotsvielfalt/infografik-entwicklung-der-voll-und-zusatzversicherungen/>

37 M. Gaßner et J. Strömer, « Kann durch die Einführung der „Bürgerversicherung“ einer „Zwei-Klassen-Medizin“ entgegengewirkt werden? », art. préc. (note 30).

38 T. Kingreen, « Perspektiven für eine „Jamaika-Krankenversicherungsordnung“ », art. préc. (note 26), p. 843.

39 *Ibid.*

l'autre des systèmes s'explique essentiellement par des raisons historiques⁴⁰. Une véritable concurrence n'existe qu'au sein de chacun des systèmes, entre les différentes caisses d'assurance publique et entre les différents assureurs privés.

Pour les assurés privés, le passage vers l'assurance publique est très difficile. Dans la pratique, les clients peuvent uniquement changer de contrat d'assurance privé, dès lors que le contrat a été conclu après le 1^{er} janvier 2009⁴¹. En tout état de cause, un changement provoque toujours une perte financière importante en raison de la constitution par l'assureur de « provisions de vieillissement » (*Altersrückstellungen*)⁴². Pour cette raison, les assurés n'optent que rarement pour un tel changement. Pour les assurés des caisses publiques, la situation est différente, car le législateur a créé un réel concours entre les prestataires par voie de cotisations supplémentaires, droits d'option et possibilités de résiliation⁴³. Ainsi, si dans le domaine privé il n'y a pas de concours réel entre les prestataires, les caisses publiques organisées sous forme d'autorités administratives se trouvent dans une situation de concurrence au regard de leurs clients actuels.

III-2/ Réforme du système actuel ou assurance unique étatisée ?

En particulier au moment des campagnes électorales, la perspective d'une assurance-santé citoyenne est régulièrement présentée comme un remède à cette situation⁴⁴. Derrière ce mot-clé se cachent en réalité plusieurs idées différentes⁴⁵. Leur point commun est la vision selon laquelle tous les citoyens devraient cotiser à une caisse sociale publique et pouvoir en recevoir des prestations. Selon l'idée d'une assurance citoyenne au sens strict, tous les citoyens devraient cotiser un certain pourcentage de leurs revenus. Pour les défenseurs du concept de la « prime santé » (*Gesundheitsprämie*), tous les assurés devraient cotiser le même montant, indépendamment de leurs revenus personnels.

Récemment, c'est plutôt le concept de l'assurance citoyenne « solidaire » au sens strict qui fait l'objet du débat politique et juridique.

Les défenseurs d'une assurance unique étatisée invoquent l'argument selon lequel la solidarité ne pourra être « effective » que lorsque les citoyens à haut revenu sont, eux aussi, obligés d'y contribuer⁴⁶.

Les adversaires à ce concept avancent les arguments juridiques suivants :

- L'insertion de l'assurance privée dans l'assurance maladie publique serait difficilement justifiable au regard de la Constitution. La Loi fondamentale (Grundgesetz) protège l'activité économique des compagnies d'assurance privées. Une assurance-santé citoyenne devrait donc laisser une certaine marge de manœuvre à ces

40 U. Steiner, *Verfassungsfragen der dualen Krankenversicherung*, *op. cit.* (note 1), p. 16.

41 M. Schüffer et Ph. Franck, in H. Sodan (dir.), *Handbuch des Krankenversicherungsrechts*, *op. cit.* (note 16), ch. 43, nos 116 et 117.

42 B. Kalis, « Mitgabe der Altersrückstellung in der privaten Krankenversicherung », *VersR* 2001, p. 11.

43 V. not. les modifications des rapports entre assurances privée et publique issues de la Loi sur le renforcement de la concurrence entre les assurances maladie publiques (*GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz*) du 26 mars 2007 (*BGBI. I* 2007, p. 378). Sur ce point, v. S. Nolte, in *Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht*, *op. cit.* (note 13), sous § 53 SGB V, n° 2.

44 Pour l'histoire du débat sur l'assurance citoyenne v. U. Steiner, *Verfassungsfragen der dualen Krankenversicherung*, *op. cit.* (note 1), p. 13 et s.

45 Pour ces concepts v. M. Gaßner et J. Strömer, « Kann durch die Einführung der „Bürgerversicherung“ einer „Zwei-Klassen-Medizin“ entgegengewirkt werden? », art. préc. (note 30).

46 V. l'article « Gesundheitsausschuss: Bürgerversicherung unter Sachverständigen umstritten », *Fachdienst Sozialversicherungsrecht* 2013, n° 346905.

compagnies d'assurances, par exemple sous la forme de polices d'assurance complémentaires⁴⁷.

- De plus, l'assurance-santé citoyenne ne serait pas le moyen adéquat pour mettre fin à une « médecine à deux vitesses »⁴⁸. Pour cela, une interdiction complète d'activité médicale privée serait nécessaire⁴⁹, ce qui nuirait cependant à la qualité des services de soins.

La question d'une réforme générale du système dualiste allemand attend donc pour l'instant une solution. Il est à noter que l'expression d'assurance citoyenne (*Bürgerversicherung*) ne figure pas dans le contrat de coalition (*Koalitionsvertrag*) du gouvernement actuel. Des propositions plus modestes en vue de la création d'une assurance unique ont également été évoquées. Le débat est donc loin d'être clos⁵⁰.

Sur les questions de l'harmonisation entre Sécurité sociale, assurance privée et responsabilité civile en présence d'un dommage corporel, les conclusions suivantes peuvent être tirés du droit allemand.

- En droit allemand, l'indemnisation individuelle de la victime d'un dommage par le responsable est devenue un cas d'exception. Celle-ci est fréquemment remplacé par des systèmes complexes collectifs d'indemnisation. Le droit de la responsabilité civile perd ainsi sa fonction préventive⁵¹.

- S'agissant de la couverture du risque maladie, les assureurs publics et privés se font face en droit allemand. Les deux systèmes fonctionnent de manière indépendante et selon des principes différents. Il n'y a pas de vraie concurrence entre les deux systèmes⁵².

- Il y a une tendance à la privatisation et à une différenciation plus large dans le domaine des assurances-maladies au moyen d'assurances complémentaires privées.

- Une suppression du système dualiste d'assurance maladie et son remplacement par une « assurance santé citoyenne » (*Bürgerversicherung*) soulève de sérieux problèmes de constitutionnalité⁵³. De plus, l'assurance citoyenne ne pourra réduire les inégalités qui existent entre le traitement médical des patients couverts par une assurance privée et celui dont bénéficient les assurés relevant du régime général.

47U. Steiner, in A. Spickhoff (dir.), *Medizinrecht*, C. H. Beck, 2^e éd. 2014, sous art. 12 GG, n° 11.

48U. Depenheuer, « „Bürgerversicherung“ und Grundgesetz », *NZS* 2014, p. 201.

49M. Gaßner et J. Strömer, « Kann durch die Einführung der „Bürgerversicherung“ einer „Zwei-Klassen-Medizin“ entgegengewirkt werden? », art. préc. (note 30).

50Pour une synthèse des différents arguments ainsi qu'une proposition de compromis, v. T. Kingreen, « Perspektiven für eine „Jamaika-Krankenversicherungsordnung“ », art. préc. (note 26), p. 841.

51Pour une appréciation critique de cette fonction préventive, v. R. Greger, in R. Greger et M. Zwickel, *Haftungsrecht des Straßenverkehrs*, op. cit. (note 7), ch. 1, n° 33 et H. Rüßmann, in M. Herberger, M. Martinek, H. Rüßmann, S. Weth et S. Würdinger (dir.), *juris Praxiskommentar BGB*, t. 2 : *Schuldrecht*, éd. juris, 8^e éd. 2017, sous § 249, n° 19.

52T. Kingreen, « Perspektiven für eine „Jamaika-Krankenversicherungsordnung“ », art. préc. (note 26), p. 841.

53U. Steiner, in A. Spickhoff (dir.), *Medizinrecht*, op. cit. (note 47), sous art. 12 GG, n° 11.



Le modèle néo-zélandais de la prise en charge du dommage corporel d'origine accidentelle*

Vincent Rivollier

Maître de conférences de droit privé

Université Savoie Mont Blanc

(Centre de recherche en droit Antoine Favre)

Le modèle néo-zélandais propose une approche radicalement originale de la prise en charge des dommages corporels (*personal injuries*) d'origine accidentelle. L'indemnisation des dommages corporels échappe totalement à la responsabilité civile : la victime ne dispose d'aucune action indemnitaire contre l'auteur du dommage et l'auteur du dommage n'est pas tenu d'indemniser les conséquences de celui-ci. La réparation est entièrement socialisée et repose sur une entité publique (*crown entity*), l'*Accident Compensation Corporation (ACC)*¹. L'ACC ne dispose pas d'action subrogatoire contre l'auteur du dommage². Un tel degré de socialisation publique des risques accidentels et la suppression de toute action en responsabilité apparaissent uniques au monde³.

Cette socialisation extrême des risques accidentels a été mise en place en 1974. Elle s'inscrit dans la continuité du rapport de la *Royal Commission of Inquiry* présidée par Owen Woodhouse⁴. Avant la mise en place de ce système, l'indemnisation du dommage corporel d'origine accidentelle reposait essentiellement sur le modèle d'une responsabilité civile fondée sur la faute (*negligence*), couplé à un modèle d'assurances obligatoires en matière d'accidents du travail et d'accidents de la circulation. Le contentieux généré était important. Et l'indemnisation apparaissait souvent aléatoire : elle dépendait de l'existence d'une faute de l'auteur, de la capacité de la victime à accéder au système juridictionnel et à prouver l'existence de cette faute.

* Cette contribution fait suite à un séjour d'études en Nouvelle-Zélande réalisé en juin 2018. Je remercie particulièrement Simon Connell, Warren Forster et l'Université d'Otago pour leur accueil. Ce séjour et cette contribution s'inscrivent dans le cadre du projet « De la responsabilité civile à la socialisation des risques » (dir. C. Quézel-Ambrunaz, Université Savoie Mont Blanc), soutenu par l'Agence nationale de la recherche.

1 *Accident Compensation Commission* avant 1982.

2 S'agissant de la littérature française sur l'ACC, v. en particulier A. Tunc, « L'indemnisation des dommages corporels subis par accident : le rapport de la Commission royale néo-zélandaise », *RIDC* 1968, pp. 697-701 et « L'indemnisation des accidents corporels accidentels : le projet néo-zélandais », *RIDC* 1971, pp. 449-451 ; M. A. Venel, « L'indemnisation des dommages corporels par l'État : les résultats d'une expérience d'indemnisation automatique en Nouvelle-Zélande », *RIDC* 1976, pp. 73-82 et A. Tunc, « Quatorze ans après : le système d'indemnisation néo-zélandais », *RIDC* 1989, pp. 139-144. V. également J. Bourdoiseau, *L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2010, n^{os} 365 et s. ; J. Knetsch, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2013, n^{os} 627 et s.

3 Sur une comparaison avec l'Australie où un tel système a été promu, mais n'est jamais entré en vigueur, v. G. Palmer, *Compensation for Incapacity. A Study of Law and Social Change in New Zealand and Australia*, Oxford University Press, 1979.

4 *Compensation for Personal Injury in New Zealand*, Report of the Royal Commission of Inquiry, 1967 (ci-après *Woodhouse Report*).

Le montant de l'indemnisation pouvait être réduit en raison d'une faute de la victime (*contributory negligence*). Même en cas de succès, l'indemnisation était toujours longue à obtenir, ce qui ralentissait d'autant la réinsertion de la victime. L'image de la loterie a souvent été utilisée pour décrire un tel système : une indemnisation élevée pour un nombre restreint de victimes, aucune indemnisation pour la plupart⁵.

Mis en place à travers une loi de 1972⁶, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1974, le système public a été réformé à de nombreuses reprises depuis. Si aucune force politique néo-zélandaise ne promeut son abolition, il ne s'agit pas moins d'un objet très politique dont les frontières, le fonctionnement et le système de financement ont été régulièrement réformés au gré des changements de majorité politique. L'ACC n'est certes pas remise en cause dans son principe, mais elle repose sur une ambiguïté, sur une tension entre deux modèles possibles⁷. D'un côté, le paradigme d'une assurance communautaire (*community insurance*) fonde le *Woodhouse Report* : la communauté doit assurer ou prendre en charge les dommages corporels, sans égard à la présence d'un tiers responsable (et solvable). Tous les dommages corporels doivent être couverts, quelle que soit leur origine ; cette prise en charge doit donc être étendue à toutes les victimes et repose sur la promotion de la réinsertion, notamment professionnelle, des victimes. Mais l'ACC a survécu aux changements politiques, et au recul de l'État providence, en ce qu'elle répond également à un autre paradigme : celui d'une assurance obligatoire (*compulsory insurance*). Dans ce sens, l'ACC apparaît comme le système économique le plus efficient en matière de réparation des dommages d'origine accidentelle ; pour les individus, elle constitue une assurance de personnes, et pour les potentiels responsables une assurance de responsabilité. Cette forme de socialisation évite la loterie de la responsabilité civile tant du point de vue des victimes que des potentiels responsables. En suivant un tel modèle, l'exclusion de la maladie du système est plus compréhensible qu'en suivant le premier modèle. De même, cela peut conduire à un modèle de financement qui s'adapte davantage aux risques encourus de subir ou de causer un accident.

Le système de l'indemnisation des dommages corporels mis en place en 1974 a connu de nombreuses réformes depuis cette date. Si l'ACC permet, dans son principe, de répondre aux deux modèles, *community insurance* et *compulsory insurance*, la force et le poids respectifs de ceux-ci ont varié au fil du temps, modifiant les contours précis du système mis en place. Les principales réformes sont intervenues en 1982⁸, 1992⁹, 1998¹⁰ et 2001¹¹ ; elles ont concerné le financement du système¹², les modalités de l'indemnisation et de la prise en charge¹³, les dommages couverts par l'ACC¹⁴, et

5 *Woodhouse Report*, n^{os} 1, 94, 97. Le rapport se réfère notamment à T. G. Ison, *The Forensic Lottery, A Critique on Tort Liability as a System of Personal Injury Compensation*, Staples, 1968. Plus récemment, v. P. S. Atiyah, *The Damages Lottery*, Hart, 1997. Sur ces deux ouvrages, v. C. Quézel-Ambrunaz, « Propositions de suppression de la responsabilité au profit d'une socialisation des risques par d'autres moyens », *Gaz. Pal.* 11 avril 2015, p. 25.

6 *Accident Compensation Act*, 1972.

7 Pour une présentation détaillée de ces deux modèles, v. S. Connell, « Community Insurance Versus Compulsory Insurance: Competing Paradigms of No-Fault Accident Compensation in New Zealand », *Legal Studies* 2019 (vol. 39), pp. 499-516 ou bien S. Connell, « Justice for Victims of Injury: the Influence of New Zealand's Accident Compensation Scheme on the Civil and Criminal law », *New Zealand Universities Law Review* 2012 (vol. 25), p. 182, spéc. p. 202 et s.

8 *Accident Compensation Act*, 1982.

9 *Accident Rehabilitation and Compensation Insurance Act*, 1992

10 *Accident Insurance Act*, 1998

11 *Injury Prevention, Rehabilitation and Compensation Act*, 2001 (amendé et renommé *Accident Compensation Act* en 2010, ci-après ACA 2001).

12 Le financement a été réformé intégralement en 1982 et en 1992. V. *infra* I-2 et II-2.

13 Par exemple sur les préjudices extrapatrimoniaux v. *infra* I-2.

14 V. *infra* conclusion.

même le caractère public de ce système¹⁵. Le choix qui a été effectué en 1972, et qui n'est désormais plus contesté, est celui d'un système public en matière de risques accidentels (I). Le caractère public du système d'indemnisation connaît cependant des limites ; il a été remis en cause, et les logiques propres à l'assurance privée sont bien présentes dans le système (II).

I. LE CHOIX D'UN SYSTÈME PUBLIC EN MATIÈRE DE RISQUES ACCIDENTELS

Bien qu'il s'en distingue sur certains points et bien qu'il ait évolué à de nombreuses reprises, le système mis en œuvre depuis 1974 met en application les principes proposés par le *Woodhouse Report* en 1967 (I-1). Ainsi, ces principes connaissent encore une traduction dans le système actuel (I-2).

I-1/ Les principes du *Woodhouse Report*

Le point de départ du *Woodhouse Report* est l'échec de la responsabilité civile. Cet échec doit être compris dans le contexte néo-zélandais – c'est-à-dire d'un système de *common law* largement inspiré du droit anglais – des années 1960 ; mais plusieurs des constats pourraient être transposés dans d'autres systèmes juridiques et à d'autres époques. La responsabilité civile reposait alors largement sur la preuve par la victime d'une faute du potentiel responsable, le *tort* le plus mobilisé étant la *negligence*. Du point de vue de la victime, ce système est considéré comme un échec : dans de nombreux cas, elle assume seule les conséquences de son dommage, ne pouvant, juridiquement ou matériellement, pas mettre en œuvre la responsabilité d'un tiers. Mais, surtout, ce système de responsabilité civile fondée sur la faute est considéré comme un échec du point de vue de l'auteur du dommage.

En effet, le fondement moral de cette faute ne correspond pas à la manière dont la faute est appréciée et dont la responsabilité mise en œuvre ; l'appréciation de la *negligence* est objective : « elle s'apprécie non en fonction de l'état d'esprit ou de l'attitude du véritable défendeur, mais de manière impersonnelle par rapport au comportement d'un individu théorique décrit comme "un homme raisonnable d'une prudence ordinaire" »¹⁶. De plus, l'étendue de la créance de réparation est totalement déconnectée de la gravité de la faute du défendeur ; ainsi, « une conduite répréhensible peut être suivie d'un mouvement de plume alors qu'un moment d'inadvertance peut déchaîner les cieus »¹⁷. Woodhouse ne croit pas non plus à la fonction préventive de la responsabilité civile, notamment en raison du développement de l'assurance qui mutualise les risques et permet à l'auteur d'échapper aux conséquences de son comportement : « les automobilistes qui ne sont pas dissuadés d'une conduite dangereuse par le souci de leur propre sécurité ou par la peur d'un retrait de permis de conduire ne le seront

15 V. *infra* II-1.

16 *Woodhouse Report*, n° 87 : « Negligence is tested not in terms of the state of mind or attitude of the actual defendant, but impersonally against the (occasionally remarkable) performance of a theoretical individual described as "the reasonable man of ordinary prudence" ». La *negligence* permet de rechercher la responsabilité du défendeur « for failing to measure up to the standard of care of a reasonable person » (S. Todd [dir.], *The Law of Torts in New Zealand*, Thomson Reuters, 25^e éd. 2016, p. 23).

17 *Woodhouse Report*, n° 85 : « Reprehensible conduct can be followed by feather blows while a moment's inadvertence could call down the heavens ».

pas davantage par la perspective qu'une indemnisation puisse devoir être due, non par eux-mêmes mais par leurs assureurs »¹⁸.

Woodhouse identifie cinq principes généraux sur lesquels il propose de faire reposer le système d'indemnisation des dommages corporels. Même si le détail des propositions du *Woodhouse Report* n'a pas été nécessairement suivi à l'occasion de la mise en place de l'ACC en 1974 et lors de ses évolutions postérieures, ces principes structurent encore l'indemnisation des dommages corporels en Nouvelle-Zélande. Ainsi, le rapport de 1967 repose sur cinq principes¹⁹ :

- **Community responsibility** : c'est à la communauté d'assumer la prise en charge des risques accidentels pour ceux qui sont empêchés de travailler. D'une manière générale, l'idée de la protection de la force de travail est très présente dans le *Woodhouse Report*.

- **Comprehensive Entitlement** : le système doit embrasser tous les membres de la société (y compris les travailleurs indépendants ou les personnes sans emploi), et chaque victime doit être traitée de la même manière.

- **Complete rehabilitation** : le but du système est la réhabilitation des victimes à travers une réhabilitation physique grâce aux soins, mais aussi à travers une réhabilitation sociale et professionnelle par le retour à un travail adapté au handicap éventuel.

- **Real Compensation** : la réparation doit refléter les revenus antérieurs au dommage. La réparation est réelle mais n'est pas complète ou intégrale : elle dépend des pertes subies, mais ne les couvre pas intégralement. En cela, le système proposé se distingue de l'assurance sociale qui dépend avant tout des besoins de la personne couverte, non de ses pertes.

- **Administrative efficiency** : la perception des cotisations et la distribution des fonds doivent être les plus efficaces possible. Les frais de transaction ou de justice sont évités. Le *Woodhouse Report* estimait notamment que les frais de fonctionnement du système antérieur (frais administratifs, judiciaires, etc.) représentaient plus de 40 % du coût de ce système²⁰.

Ainsi, un choix a été opéré : confier à une institution publique unique l'indemnisation des dommages corporels nés d'un accident. La définition néo-zélandaise de l'accident est large : il s'agit de l'application d'une force ou d'une résistance extérieure sur le corps humain²¹. Ainsi, l'événement peut être volontaire ou involontaire, les victimes d'infractions pénales intentionnelles sont donc couvertes. L'implication d'un tiers importe peu : les chutes non provoquées par un élément extérieur ou les accidents domestiques répondent à la définition de l'accident. De même, l'éventuelle

18 *Woodhouse Report*, n° 91 : « Motorists who are not deterred from dangerous driving by the instinct for self-preservation or the chance of a cancelled driving licence will not be greatly moved by the passing thought that damages might have to be paid, not by themselves but by their insurers ».

19 *Woodhouse Report*, n° 55 et s. V. également G. Palmer, « New Zealand's Accident Compensation Scheme: Twenty Years On », *University of Toronto Law Journal* 1994 (vol. 44), p. 223, spéc. pp. 226-227.

20 *Woodhouse Report*, n° 111 : « It is not possible on the evidence at present available to us to determine with precision the overall expense associated with the process, but we think it likely that more than 40 percent of the amounts which are paid into the system are for various administrative and legal charges ».

21 LACA 2001, section 25, définit l'accident comme « a specific event or a series of events, other than a gradual process, that (i) involves the application of a force (including gravity), or resistance, external to the human body; or (ii) involves the sudden movement of the body to avoid a force (including gravity), or resistance, external to the body; or (iii) involves a twisting movement of the body ».

faute de la victime n'emporte, en principe, pas de conséquence quant à la couverture²². En revanche, la maladie n'est pas couverte, à l'exception de certaines pathologies d'origine professionnelle²³. Lorsque la victime est couverte par l'ACC, elle ne dispose d'aucun choix : elle doit demander réparation à cette institution. Elle ne dispose d'aucune action indemnitaire contre l'auteur du dommage, et l'ACC ne dispose d'aucun recours subrogatoire. Le responsable potentiel bénéficie d'une forme d'immunité civile, mais sa responsabilité pénale demeure entière.

La figure du contrat social est régulièrement convoquée pour décrire cet équilibre²⁴. D'un côté, les victimes renoncent à leur action en responsabilité civile. De l'autre, elles ont la certitude d'être indemnisées de leurs dommages accidentels ; leur indemnisation dépend de la nature de leur atteinte corporelle et des pertes qu'elles subissent. Cette métaphore est filée dans le texte même de la loi²⁵ ; elle joue un rôle y compris dans l'interprétation des textes, la Cour suprême néo-zélandaise n'hésitant pas à s'y référer pour interpréter le texte législatif²⁶.

I-2/ La mise en œuvre actuelle des principes

Le financement de l'ACC est l'un des aspects du système faisant l'objet d'une très grande attention politique. Il a ainsi été profondément remodelé par les différentes réformes. Actuellement, le système de financement de l'ACC est divisé en 5 *accounts* (« comptes »), en fonction de l'identité de la victime et de la cause de l'accident. Mais du point de vue de la victime, le compte en cause est totalement transparent : elle est traitée exactement de la même façon. Chaque compte est alimenté par des ressources différentes. Le *work account* couvre les accidents du travail ; il est alimenté par des cotisations patronales. Le *earners' account* couvre les accidents subis par les travailleurs en dehors du travail ; il est alimenté par des cotisations salariales (et des travailleurs indépendants). Le *non earner's account* couvre les accidents subis par les personnes sans activité professionnelle ; il est alimenté par l'État et la fiscalité générale. Le *motor vehicle account* couvre les accidents de circulation ; il est alimenté par des cotisations sur les véhicules et le carburant. Le *treatment injury account* couvre les accidents médicaux et est alimenté par deux autres comptes (*earners' et non-earners' accounts*). Jusqu'en 2011, le montant des cotisations ne dépendait pas de l'expérience personnelle du débiteur, de sa contribution individuelle à la réalisation des risques : le mauvais conducteur ne se voyait imposer aucun malus, l'employeur peu soucieux de la sécurité de ses salariés ne voyait pas ses cotisations augmenter²⁷.

La prise en charge des victimes ne prend pas uniquement la forme d'une indemnisation, l'ACC prenant en charge directement de nombreux frais, la victime n'a pas à faire l'avance. Cette prise en charge, cette indemnisation n'est pas intégrale : elle est

22 Sauf lorsque le demandeur s'est infligé lui-même les blessures (y compris le suicide ou la tentative de suicide) ou bien lorsque le demandeur a été blessé à l'occasion d'une activité criminelle (ACA 2001, sections 119-122). Sur ces exclusions et leurs évolutions, v. S. Todd (dir.), *The Law of Torts in New Zealand*, *op. cit.* (note 16), p. 89 et s.

23 ACA 2001, section 30.

24 V. S. Connell, « Overturning the social contract? », *New Zealand Law Journal* 2014 (vol. 8), p. 314 et « Justice for Victims of Injury », art. préc. (note 7), spéc. p. 188 et s.

25 ACA 2001, section 3 « The purpose of this Act is to enhance the public good and reinforce the social contract represented by the first accident compensation scheme [...] »

26 New Zealand Supreme Court, *Davies (Peter) v Police* [2009] NZSC 47, §§ 18, 27, 37. Cette décision a été renversée par un amendement législatif de 2014 (v. *infra* conclusion).

27 Sur la prise en compte de l'expérience dans certains domaines, v. *infra* II-2.

entièrement forfaitaire. L'indemnisation des préjudices futurs ne peut être capitalisée : elle est versée au fur et à mesure par l'ACC.

La victime directe a ainsi droit à diverses prestations (*entitlements*). Celles-ci sont d'abord destinées à sa réhabilitation à travers un traitement médical (couvert à 100 %) ; mais la réhabilitation est aussi sociale (garde d'enfants, aide-ménagère, adaptation du logement ou du véhicule, etc.) et professionnelle (formation en vue d'un retour au travail). Toutes ces prestations destinées à la réhabilitation sont prises en charge directement par l'ACC. En cas d'incapacité professionnelle, la victime reçoit une indemnisation correspondant à 80 % de son salaire antérieur (*weekly compensation*)²⁸. En cas d'incapacité temporaire, la victime ne reçoit aucune indemnité pour ses préjudices extrapatrimoniaux. Elle peut cependant recevoir une *lump sum* destinée à couvrir de tels préjudices en cas d'incapacité permanente supérieure ou égale à un taux de 10 % ; cette indemnisation est entièrement forfaitaire, elle varie uniquement en fonction du taux d'incapacité permanente entre 3 400 \$ NZ (incapacité de 10 %) et 136 000 \$ NZ (à partir de 80 %)²⁹.

Les victimes indirectes ne sont indemnisées qu'en cas de décès de la victime directe. Le périmètre de ces victimes indirectes et l'indemnisation des préjudices extrapatrimoniaux apparaissent particulièrement limités. Une somme de 6 129 \$ NZ est versée aux proches pour couvrir les frais funéraires³⁰. Le conjoint ou le concubin reçoit une somme de 6 668 \$ NZ en tant que *survivors' grant* (préjudices extrapatrimoniaux)³¹ ; à ce titre, chacun des enfants mineurs et des personnes à charge de la victime directe reçoivent la moitié de cette somme. Les préjudices patrimoniaux découlant de la perte de revenu des proches sont couverts de manière très encadrée. Le conjoint ou concubin survivant reçoit une indemnisation correspondant à 60 % des revenus antérieurs de la personne décédée ; les enfants mineurs et les personnes à charge reçoivent chacun 20 %³². Mais cette indemnisation est limitée dans le temps : le conjoint est indemnisé pendant une période de cinq ans, prolongée le cas échéant jusqu'à la majorité du dernier enfant du défunt ; les enfants sont indemnisés jusqu'à la fin de l'année de leur dix-huitième anniversaire, ou jusqu'à leur vingt et unième anniversaire en cas poursuite d'études.

L'indemnisation des préjudices extrapatrimoniaux des victimes directes et des préjudices des victimes indirectes peut apparaître particulièrement restrictive aux yeux des juristes habitués à la réparation intégrale et aux raffinements de la nomenclature Dintilhac. Mais elle doit être vue dans le cadre du contrat social évoqué *supra* : tout n'est pas indemnisé, mais toute victime d'accident l'est. Elle doit également être mise en perspective d'un point de vue chronologique : elle se rapproche certainement davantage de la réparation intégrale telle que comprise en 1974 que telle que comprise en 2019. En 1974, dans le cadre néo-zélandais, la principale atteinte à la réparation intégrale perçue résidait dans la limitation de l'indemnisation de la perte de revenus à 80 % des revenus antérieurs. La forme de l'indemnisation des préjudices extrapatrimoniaux de la victime directe a varié dans le temps : d'abord *lump sum* c'est-à-dire un

28 La victime n'est cependant pas indemnisée par l'ACC durant sa première semaine d'incapacité ; elle l'est directement par son employeur en cas d'accident du travail.

29 Le montant est revalorisé de manière annuelle (valeurs pour l'année 2018-2019). Approximativement, cela correspond à un montant entre 2 000 et 80 000 euros.

30 Environ 3 700 euros.

31 Environ 4 000 euros.

32 En cas de décès de l'autre parent, le montant de l'indemnisation des enfants est doublé. Le total perçu par le conjoint/concubin et les enfants et personnes à charge ne peut pas excéder 80 % des revenus antérieurs de la victime.

capital forfaitaire versé en une seule fois, ensuite indemnisation sous forme de rente viagère (entre 1992 et 2001), puis à nouveau un capital. Depuis 2001, cette indemnisation bénéficie d'une indexation, et d'une revalorisation annuelle, lui permettant de conserver un niveau comparable malgré les fluctuations monétaires éventuelles.

D'une manière générale, les débats autour de l'ACC ne portent pas véritablement sur le montant de l'indemnisation, mais plutôt sur le modèle de financement et l'extension de sa couverture.

II. LES LIMITES DU SYSTÈME PUBLIC

Le système souffre de son efficacité et de son attraction : le nombre d'accidents donnant lieu à couverture a très fortement augmenté au fil du temps. Aujourd'hui, l'ACC reçoit 1,9 million de demandes annuelles de couvertures (*claims*) pour 5 millions d'habitants³³ en Nouvelle-Zélande. Avant tout conçu comme une réponse aux accidents graves³⁴, il s'est peu à peu transformé en substitut partiel à un système d'assurance maladie public de moins en moins performant. L'immense majorité des demandes ne concerne que la prise en charge d'un traitement médical, sans aucune incapacité même temporaire. Ainsi la première limite au système public vient de la distinction inévitable entre l'accident (même très largement entendu) et la maladie : le système d'assurance maladie fait une part très large à l'assurance privée.

Même au sein même de l'ACC, le caractère public du système a connu des remises en cause et connaît certaines limites. L'accroissement permanent du nombre de demandes formées et du coût du système a conduit à repenser le système et la privatisation a pu apparaître comme une réponse envisageable. Si la tentative de privatisation partielle a échoué (II-1), les logiques de l'assurance privée ont bien pénétré le fonctionnement de l'ACC (II-2).

II-1/ La tentative échouée de privatisation

La tentative la plus aboutie de privatisation a été conduite par un gouvernement conservateur à la fin des années 1990³⁵. Elle a été adoptée en 1998. Mais, à la faveur d'un changement de majorité parlementaire et gouvernementale, le gouvernement travailliste décida de mettre fin à cette privatisation en 2001 alors qu'elle venait tout juste d'entrer en vigueur. Le retour de la majorité conservatrice entre 2008 et 2017 ne s'est pas traduit par une remise en cause aussi frontale du caractère public du système.

En 1998, le montant des cotisations patronales à l'ACC, au titre du *work account* c'est-à-dire de l'indemnisation des accidents du travail, était fortement critiqué en raison de son niveau considéré trop élevé. De plus, le système apparaissait peu vertueux, avec un nombre d'accidents du travail élevé. Ainsi, la privatisation proposée ne couvrirait que la partie du système relative aux accidents du travail : les autres

³³ Données 2017 fournies par l'*Accident Compensation Corporation*. 97,5 % des demandes sont admises.

³⁴ *Woodhouse Report*, n° 279 : « If economic reasons require preference to be given then the more serious incapacities must always have priority over short-term or minor cases. »

³⁵ Pour une analyse et une mise en contexte de cette réforme, v. S. Todd, « Privatization of Accident Compensation: Policy and Politics in New Zealand », *Washburn Law Journal* 2000 (vol. 39), p. 405.

comptes demeuraient entièrement publics. En matière d'accidents du travail, chaque employeur devait obligatoirement contracter une assurance privée ou adhérer à un organisme public. L'ouverture d'un marché concurrentiel et la possibilité de faire dépendre les cotisations (ou les primes d'assurance) de la sécurité au sein de l'entreprise devaient permettre de répondre à la fois au mécontentement patronal dû au niveau des cotisations et aux préoccupations liées à la sécurité au travail.

La réforme tendant à une privatisation partielle a été rapidement abolie, et le caractère public du système réaffirmé. De cette tentative ne demeure qu'un seul élément : la possibilité pour les très grands employeurs d'être leur propre assureur. Dans ce cas, ils indemnisent eux-mêmes leurs salariés en cas d'accident du travail ; leur intérêt à la prévention des accidents du travail est donc très grand. Par ailleurs, les réformes qui sont intervenues depuis cet échec ont conduit à introduire des logiques plus proches d'un système privé que du système public néo-zélandais tel qu'initialement conçu.

II-2/ Les logiques de l'assurance privée au sein de l'ACC

Les ressources de l'ACC alimentent différents comptes venant indemniser les victimes en fonction de leur statut (travailleur ou non) et de la cause de leur accident³⁶. Mais la temporalité de ce financement a varié : l'ACC doit-elle prélever les sommes nécessaires pour couvrir ses dépenses annuelles ? Ou bien doit-elle prélever les sommes nécessaires pour couvrir toutes les dépenses nées des accidents survenus dans l'année ? Le premier modèle (*pay-as-you-go*) a été appliqué entre 1982 et 1999 ; chaque année, les prélèvements doivent correspondre aux dépenses de l'année en cours, peu importe l'année de la survenance de l'accident. Dans ce cas, l'ACC ne possède pas de réserves financières et les cotisations actuelles paient pour les conséquences des accidents passés. Le second modèle (*fully funded*) a été appliqué entre 1974 et 1982 et l'est de nouveau depuis 1999 ; chaque année, les prélèvements doivent correspondre aux dépenses engendrées par les accidents survenus au cours de l'année, y compris les dépenses futures. Ainsi, l'ACC opère une capitalisation collective de l'indemnisation des préjudices futurs et consécutifs à un accident survenu dans l'année. Elle doit donc effectuer des réserves et des placements financiers. Et aujourd'hui, ses revenus financiers constituent en réalité sa première source de revenus ! La logique demeure solidaire sur une base annuelle, les coûts de la réparation sont partagés entre tous les membres de la société, mais elle n'est pas solidaire d'une manière générationnelle : les cotisants ne doivent pas payer pour les accidents survenus il y a cinq ans. L'un des arguments pour appuyer cette réforme résidait dans le fait qu'une meilleure prévention des accidents aurait des conséquences immédiates sur le montant des cotisations.

Le système néo-zélandais n'a longtemps pas pris en compte de l'expérience ou le comportement plus ou moins risqué du cotisant. Le montant des cotisations ne dépendait pas de la conduite personnelle du conducteur automobile ou de la fréquence des accidents du travail au sein d'une entreprise donnée. Peu importe que le conducteur ait causé quinze accidents de la circulation durant la dernière année, ou n'en ait causé aucun au cours des trois dernières décennies : il cotise de la même façon. En réaction à certaines catastrophes industrielles et minières, et de manière à prévenir davantage

³⁶ V. *supra* 1-2.

les accidents du travail, une prise en compte de l'expérience du cotisant a été introduite pour déterminer le montant de ses cotisations (*experience rating*). Cette modulation a été introduite en 2011 pour les employeurs. Les cotisations patronales au *work account* varient désormais selon un système de bonus-malus en fonction de la fréquence des accidents du travail dans l'entreprise par comparaison avec les autres entreprises du même secteur³⁷. Dans les autres domaines, les cotisations demeurent calculées sur des bases objectives : type de véhicule, kilométrage parcouru (à travers les cotisations sur le carburant), etc.

Les arguments présents dans le débat actuel n'envisagent plus la privatisation, même partielle, de l'ACC. Le montant des indemnités versées par l'ACC n'apparaît pas véritablement en débat : une augmentation impliquerait nécessairement une hausse de cotisations. La question d'une indemnisation complémentaire par l'auteur du dommage est régulièrement soulevée, en particulier en présence d'une infraction pénale. Depuis 1987, le délinquant peut être tenu à verser à la victime une indemnisation supplémentaire, au titre de l'*emotional harm* soufferte par cette dernière³⁸. Depuis 2014, et renversant la jurisprudence de la Cour suprême, le législateur a prévu que le délinquant pouvait devoir compléter l'indemnisation de la victime, en particulier pour la part de la perte de revenus non prise en charge par l'ACC (*top-up payments*)³⁹. L'absence ou la limitation de l'indemnisation versée par les auteurs de dommage a conduit à une extension de la responsabilité pénale, notamment s'agissant des accidents du travail⁴⁰.

Les premières critiques que l'on peut identifier portent sur la définition des *personal injuries*. Celles-ci ont principalement été pensées comme des blessures physiques : les atteintes psychiques (*mental injuries*) n'étaient traditionnellement couvertes que lorsqu'elles découlaient d'atteintes physiques. Cependant, certaines atteintes psychiques sans atteinte physique ont peu à peu été intégrées, notamment lorsqu'elles sont la conséquence de certaines infractions pénales, en particulier d'infractions sexuelles⁴¹, ou, dans des conditions particulièrement restrictives, d'un événement unique survenu dans le cadre du travail de la victime⁴². Mais la protection des salariés contre les risques psycho-sociaux apparaît faible⁴³.

Les secondes critiques portent sur l'accès au droit et à la justice face à la puissante institution que constitue l'ACC. Une appréciation très sévère est quelquefois portée sur la causalité entre l'accident et la situation de la victime, en particulier à l'égard des situations les plus coûteuses. Le processus de résolution des conflits entre l'ACC et

37 Le calcul est effectué sur les trois années précédentes. Les variations, à la hausse comme à la baisse, peuvent aller jusqu'à 50 % pour les grandes entreprises, et jusqu'à 10 % pour les petites entreprises.

38 Actuellement Sentencing Act, 2002, section 32 (1), reprenant des dispositions législatives antérieures. Sur tous ces éléments, v. S. Connell, *Justice for Victims of Injury: The Influence of ACC on the Civil and Criminal Law in New Zealand*, LLM Thesis, University of Otago, 2011, spéc. p. 56-57.

39 Sentencing Act, 2002, section 32 (5), tel que résultant du Sentencing Amendment Act, 2014. Les frontières de cette extension demeurent encore assez floues, et la manière de calculer la perte de revenus pourrait être discutée : pour déterminer cette perte l'ACC se fonde presque exclusivement sur les revenus antérieurs de la victime, il pourrait en aller autrement s'agissant du complément d'indemnisation versé par le délinquant.

40 V. par exemple, Health and Safety at Work Act, 2015.

41 Accident Insurance Act, 1998.

42 ACA 2001, section 21B, insérée par un amendement de 2008.

43 D. Duncan, « ACC and worker health: Expanding to get a better scheme, not just a bigger one », Conférence *The "private" law's response to accident, illness and disability*, University of Otago et City University of Hong Kong, février 2019, à paraître à la *Otago Law Review*.

les victimes a été fortement critiqué, notamment pour son manque d'indépendance⁴⁴. La problématique a notamment été soulevée comme une question de l'accès au droit et à la justice⁴⁵.

Ces critiques confirment en réalité le succès de l'ACC. Son principe n'est pas remis en cause : l'impossibilité d'agir contre l'auteur du dommage⁴⁶ ou le niveau de l'indemnisation ne sont généralement pas critiqués. Les critiques portent sur l'ampleur des situations couvertes par l'ACC, et l'exclusion de nombreux cas à travers la définition et l'appréciation de l'accident, des *personal injuries* ou de la causalité. Fondamentalement, c'est l'extension de l'ACC à la maladie qui est en question.

⁴⁴ W. Forster et al., *Understanding the Problem: An analysis of ACC appeals processes to identify barriers to access to justice for injured New Zealanders*, Acclaim Otago, The Law Foundation, Legal Issues Centre, 2015 ; W. Forster et al., *Solving the Problem : Causation, transparency and access to justice in New Zealand's personal injury system*, Acclaim Otago, The Law Foundation, Legal Issues Centre, 2017. Disponible en ligne : <https://www.otago.ac.nz/legal-issues/research/otago643051.html> [consulté le 14 avril 2019].

⁴⁵ T. Mijatov, T. Barraclough et W. Forster, « The idea of access to justice: reflections on New Zealand's accident compensation (or personal injury) system », *Windsor Yearbook of Access to Justice* 2016 (vol. 33), p. 197 et s.

⁴⁶ L'un des meilleurs connaisseurs de l'ACC affirmait en 2008 : « there is no support in New Zealand for a return of the tort law system, and that is unlikely to happen in the futur » (G. Palmer, « Accident compensation in New Zealand: Looking back and looking forward », *New Zealand Law Review* 2008, p. 81 et s.).

Table-ronde : La confrontation des modèles de prise en charge du dommage corporel à travers le mécanisme des recours subrogatoires

Exposé de

Olivier Gout

Professeur de droit privé

Université Jean Moulin Lyon 3

Les règles qui président au recours des tiers payeurs sont complexes. Malgré leur réécriture il y a aujourd'hui plus de 12 ans¹, leur intelligibilité et leur accessibilité continuent parfois de faire défaut². Comment ces règles, ultra-techniques, s'articulent-elles avec celles du droit de la responsabilité civile dont la finalité est l'indemnisation des dommages ? Ou, autrement dit, le logiciel des recours des tiers payeurs et celui du droit de la responsabilité sont-ils compatibles ? Telle est la question qui se pose dans le cadre de la présente contribution.

Avant d'y répondre, il importe de noter que, parallèlement, le droit du dommage corporel s'est lui aussi complexifié ces dernières années au point de devenir, selon certain, une discipline à part entière au sein du droit de la responsabilité civile³. Le particularisme de l'indemnisation de ce type de dommage a en effet conduit à l'élaboration de règles spécifiques et en particulier à la volonté de mettre en place une véritable méthodologie de l'indemnisation. La matière s'est ainsi rationalisée à la fois pour tendre à une meilleure égalité de traitement entre les victimes mais aussi pour permettre une plus grande transparence dans les modalités de fixation des indemnisations. L'harmonisation des pratiques liée à la diversité des acteurs de l'indemnisation, qu'il s'agisse des juges, judiciaire ou administratif, des caisses de sécurité sociale, des fonds d'indemnisation, des assureurs, sans compter les médecins experts ou les avocats, impose l'usage d'outils communs.

Cette logique de rationalisation de la discipline n'est toutefois pas encore arrivée à son aboutissement, ne serait-ce que parce qu'il ne paraît pas sérieusement envisageable aujourd'hui de défendre l'idée que le recours des tiers payeurs s'intègre harmonieusement avec les principes guidant la réparation du dommage corporel dans le cadre d'une action en responsabilité.

1 Loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007.

2 V. également sur la question, J. Bourdoiseau, « La situation de la victime après le recours des tiers payeurs », *Dr. social* 2017, p. 949.

3 Sur la question, v. S. Porchy-Simon, « Réflexions sur l'autonomie du droit du dommage corporel », in C. Quézel-Ambrunaz, Ph. Brun et L. Clerc-Renaud (dir.), *Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel*, Bruylant, coll. du GRERCA, 2017, p. 9 et s.

Mais après tout, pourquoi chercher l'harmonie entre les deux ? Tout simplement, et personne ne l'ignore, parce qu'une fois qu'un tiers payeur a versé des prestations à la victime, il a vocation à se retourner contre le responsable du dommage, lorsqu'il en existe un, pour se faire rembourser ses prestations car c'est à lui qu'incombe de prendre en charge le poids définitif de la dette.

Le fondement de ce recours est subrogatoire, l'idée étant que celui qui a indemnisé la victime prend sa place par le jeu de la subrogation, pour exercer les droits qui sont les siens. Mais il ne le peut que parce que la prestation versée à la victime par le tiers payeur avait un caractère indemnitaire, c'est-à-dire avait pour objet d'indemniser cette victime des dommages causés par le tiers responsable.

À vrai dire, une question se pose en amont pour mesurer si les modèles de prestations des tiers payeurs et ceux de l'indemnisation du dommage corporel sont harmonieux. Il s'agit de savoir si la victime est en droit de demander à un tiers responsable le paiement de dommages et intérêts en complément des prestations qui lui sont accordées par une caisse, un employeur ou un organisme d'assurance à chaque fois que ses préjudices, tels qu'évalués par le juge, dépasseront les prestations versées par les tiers payeurs. Ou alors, et inversement, il faut rechercher si le cumul des prestations indemnitaires et des dommages et intérêts peuvent dépasser l'indemnisation à laquelle elle pourra prétendre.

Ceci étant précisé, le présent exposé montrera que si l'évolution récente témoigne d'une réelle amélioration de l'articulation des modèles ou de la compatibilité entre le droit de la responsabilité civile et celui émanant du recours des tiers payeurs (I), il reste encore du chemin à parcourir pour tendre à des solutions plus satisfaisantes (II).

I. UNE RÉELLE AMÉLIORATION DE LA COMPTABILITÉ DES MODÈLES

Cette amélioration se mesure essentiellement grâce à l'article 25 de loi du 21 décembre 2006. Faut-il rappeler que, avant cette date, l'imputation du recours des tiers payeurs se réalisait de façon globale ? C'est ainsi que tout tiers payeur qui était admis à faire valoir sa créance, pouvait l'imputer sur l'intégralité du recours. Cela pouvait conduire un tiers payeur à réclamer un remboursement sur une somme correspondant à un chef de préjudice pour lequel il n'avait versé aucune indemnité. Ainsi la sécurité sociale pouvait imputer sur le préjudice esthétique de la victime des frais d'hospitalisation qu'elle avait pris en charge⁴.

Cette solution traduisait une incompatibilité flagrante entre les règles des prestations indemnitaires fournies par les tiers payeurs et des indemnisations dues à la victime par le responsable.

Fort heureusement elle a été remise en cause par la loi du 21 décembre 2006 qui a profondément modifié la donne en réorganisant le mécanisme de l'imputation des

⁴ V. pour des exemples CE, 17 janv. 1990, *Dame Grandin*, D. 1990, 254, concl. B. Stirn, *Resp. civ. Assur.* 1990, comm. 66 (imputation des frais d'hospitalisation en établissement spécialisé d'un enfant infirme moteur-cérébral sur la rente d'invalidité versée par la caisse de sécurité sociale) et Cass. crim., 19 déc. 1991, *Resp. civ. assur.* 1992, comm. 50 (imputation du capital représentatif de la rente accident du travail).

recours des tiers payeurs imposant désormais, on le sait, un recours poste par poste. Ainsi, aux termes des nouveaux articles L. 376-1 du Code de la sécurité sociale et 31 de la loi Badinter, les tiers payeurs ne peuvent imputer leur créance que sur les seuls postes de préjudices pour lesquels ils ont versé une prestation. Cette disposition consacre de la sorte une règle rigoureuse d'imputation.

Les règles de 2006 impliquent donc une fragmentation du dommage corporel dans tous ses chefs de préjudices réparables. Le tiers payeur ne peut en effet imputer sa créance que sur le seul chef de préjudice pour lequel il a effectivement versé une prestation. Il en résulte que le recours ne peut correctement s'exercer que si le dommage a été détaillé dans toutes ses composantes.

Pour autant, et dans un autre ordre d'idée, la loi de 2006 n'a pas totalement exclu l'imputation du recours des tiers payeurs sur les postes de préjudices personnels. En effet, l'article 31 al. 3 de la loi Badinter a prévu que « ... si le tiers payeur établit qu'il a effectivement et préalablement versé à la victime une prestation indemnisant de manière incontestable un poste de préjudice personnel, son recours peut s'exercer sur ce poste de préjudice ».

Une double condition doit donc être réunie pour exercer ce recours : le tiers payeur doit d'abord établir qu'il a effectivement versé une prestation de ce chef, ce qui est une hypothèse rarissime puisque dans la grande majorité des cas les tiers payeurs n'indemnisent pas de tels types de préjudice ; le versement des tiers payeurs doit, de plus, avoir été préalable au recours, ce qui devrait en principe interdire l'imputation des prestations futures, notamment versées sous forme de rente.

Cette porte entrouverte par cet article 31 al 3 de la loi Badinter a conduit la Cour de cassation à faire montre de beaucoup de générosité, non pas envers les victimes, mais vis-à-vis des tiers payeurs ce qui témoigne aujourd'hui encore de l'insuffisance de l'articulation des modèles qui nous intéressent.

II – LA PERSISTANCE D'UNE INSUFFISANTE ARTICULATION DES MODÈLES

Il est possible de l'illustrer de plusieurs manières. Ce défaut d'une insuffisante articulation peut en effet tantôt conduire à conférer à la victime un meilleur traitement (B) tantôt conduire à lui conférer une situation peu enviable (A).

II-1/ Au détriment de la victime

La première illustration caractérisant l'insuffisance du dialogue entre « le logiciel tiers payeur » et le « logiciel responsabilité civile » se mesure sur le terrain de l'assiette du recours.

Il s'avère en effet qu'il n'existe pas de table de concordance entre les prestations versées par les tiers payeurs et les chefs de préjudice indemnisables. Il faut dire qu'à la date de la réforme du jeu des recours des tiers payeurs en 2006,

la nomenclature Dintilhac dont le rapport date de juillet 2005⁵, n'avait pas l'autorité qu'on lui connaît aujourd'hui.

Or, si les règles d'imputations ne posent pas de difficulté dans la plupart des cas puisqu'il est aisément possible d'identifier le préjudice indemnisé par la prestation du tiers payeur, telle n'est pas toujours l'hypothèse qui se présente. Nombreuses sont en effet les hésitations qui existent, en particulier s'agissant de la pension militaire d'invalidité (PMI), de la rente accident du travail (AT) et de l'allocation temporaire d'invalidité des fonctionnaires (ATI). Un débat doctrinal fait ainsi rage entre ceux qui défendent l'idée que ces prestations ne prennent en charge que la seule incidence professionnelle du handicap, et ceux qui soutiennent que ces prestations répareront à la fois un préjudice professionnel et un préjudice personnel. La Cour de cassation a tranché et a consacré le caractère hybride de la PMI⁶, de la rente AT⁷ et de l'ATI⁸, en admettant un recours des tiers payeurs sur le poste de préjudice fonctionnel permanent⁹.

Deux arguments principaux justifient cette approche. D'abord le mode de calcul de ces prestations qui, selon la deuxième chambre civile « indemnise d'une part les pertes de gains professionnels et l'incidence professionnelle de l'incapacité et, d'autre part le déficit fonctionnel permanent ». Les articles L. 434-1 et suivants du Code de la sécurité sociale autorisent, il est vrai, pareille analyse. Ensuite le fait que ces prestations puissent excéder les pertes de revenu et l'incidence professionnelle. Dans ce cas, affirme la chambre criminelle, ces prestations réparent « nécessairement, en tout ou partie, l'atteinte objective à l'intégrité physique de la victime que représente le poste de préjudice personnel du déficit fonctionnel permanent ». Et il en est ainsi *a fortiori* lorsque la victime ne justifie d'aucune perte effective de revenus ou incidences professionnelles. La rente litigieuse indemnise alors « nécessairement le poste de préjudice personnel du déficit fonctionnel », souligne la deuxième chambre civile.

Le respect du principe de la réparation intégrale, interdisant notamment aux victimes de percevoir une indemnisation plus conséquente que les préjudices subis, vient le plus souvent appuyer le raisonnement de la haute juridiction dans les affaires précitées.

Mais ce que décide la Cour de cassation l'oblige incontestablement à prendre de grandes libertés par rapport aux textes. En effet, aux termes de l'article 31 de la loi du 5 juillet 1985 modifiée, le recours du tiers payeur ne saurait s'effectuer sur des préjudices à caractère personnel (al. 1^{er}), sauf s'il est établi qu'il a effectivement et préalablement versé une prestation indemnisant de manière incontestable un poste de préjudice personnel (al. 3). S'agissant de la preuve du caractère effectif et incontestable de l'indemnisation personnelle, il est possible de considérer que la Cour de cassation est extrêmement souple. Quant à l'exigence du caractère préalable du versement de la prestation indemnisant un préjudice personnel, la Cour de cassation l'entend purement et simplement dans les espèces susvisées où il est question de rente à échoir.

5 J.-P. Dintilhac (dir.), *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, La Doc. française, 2006 (<https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>).

6 Cass. crim., 19 mai 2009, n° 08-86.485.

7 Cass. crim., 19 mai 2009, n° 08-82.666 ; 2^e civ., 11 juin 2009, nos 08-17.581, 08-86.050, 07-21.768 et 08-16.089, *D.* 2009, p. 1789, note P. Jourdain et *D.* 2010, p. 53, obs. O. Gout.

8 Cass. 2^e civ., 11 juin 2009, nos 08-11.853 et 07-21.816, *Resp. civ. ass.* 2009, comm. 7 et étude 10, chr. H. Groulet ; S. Porchy, note préc. ; C. Bloch, obs. préc. Pour les précédents jurisprudentiels, v. Cass., avis, 29 oct. 2007, *JCP G* 2007, II, 10194, note P. Jourdain et *RDSS* 2007, p. 1123, obs. P.-Y. Verkindt ; 2^e civ., 23 oct. 2008, *D.* 2009, p. 203, note P. Sargos et *D.* 2010, p. 53, obs. O. Gout.

9 V. d'une manière plus générale sur cette jurisprudence S. Porchy-Simon, « Le recours des tiers payeurs à l'épreuve de la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation », *D.* 2010, p. 593.

Il convient de préciser toutefois que la jurisprudence du Conseil d'Etat sur la question est plus mesurée. À l'exception de la pension militaire d'invalidité¹⁰, il a adopté une position contraire à la Cour de cassation en affirmant que la rente accident du travail devait s'imputer exclusivement sur la part d'indemnité réparant l'incidence professionnelle du handicap et ne pouvait l'être en revanche sur le déficit fonctionnel permanent¹¹.

Quoi qu'il en soit, ces exemples montrent que le particularisme de ces prestations ne permet que très difficilement de les mettre en correspondance avec la nomenclature des chefs de préjudices réparables utilisés en droit commun, correspondance pourtant indispensable pour imputer les recours.

Pour s'en sortir, la solution idéale serait que le législateur édicte une table de concordance, dans la loi ou plus certainement dans un décret d'application. Un groupe de travail du conseil national de l'aide aux victimes (CNAV) avait d'ailleurs élaboré des tableaux de concordance entre l'objet des chefs de préjudice et celui des prestations qui auraient pu servir de modèle¹², mais qui malheureusement n'a pas été exploité¹³. Le projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017 prévoit certes quant à lui, dans un article 1276 al. 1^{er}, que l'assiette du recours des tiers payeurs se limite aux seuls préjudices patrimoniaux¹⁴, mais il n'est pas certain que cela suffise à faire disparaître la jurisprudence précitée de la Cour de cassation pour les raisons déjà indiquées. En attendant, il reste à souligner que, parfois, l'absence de concordances peut conduire à avantager la victime.

II-2/ Au profit de la victime

Il faut ici rappeler que les prestations versées par la sécurité sociale ont un caractère indemnitaire lorsqu'elles ont pour objet et pour but de compenser, ne serait-ce que partiellement, certains préjudices nés d'un dommage corporel. Et le principe indemnitaire suppose que la victime soit indemnisée de l'intégrité de préjudices subis, mais pas davantage. Ce principe peut être mis à mal dans l'hypothèse d'une responsabilité partielle de l'auteur du dommage et dans celle de cumuls pouvant exister entre diverses prestations et indemnités.

II-2.1/ Responsabilité partielle de l'auteur du dommage ou de la perte de chance

Il existe des situations où l'absence d'harmonisation des systèmes d'indemnisation tourne au profit de la victime. Telle est l'hypothèse bien connue où la victime a commis une faute conduisant le responsable à n'être responsable que dans une proportion fixée par le juge au cas par cas. En pareille situation, la victime ne peut prétendre

10 CE, 7 oct. 2013, n° 337851, *D.* 2014, p. 2369, obs. M. Bacache ; *AJDA* 2014, p. 295, note T. Leleu et *RTD civ.* 2014, p. 131, obs. P. Jourdain.

11 CE, 5 mars 2008, n° 272447, *D.* 2008, p. 921 et *AJDA* 2008, p. 941, concl. J.-P. Thiellay ; CE, 8 mars 2013, n° 361273, *D.* 2013, p. 1258, note S. Porchy-Simon.

12 Y. Lambert-Faivre, *L'indemnisation du dommage corporel. Rapport du CNAV au ministère de la Justice*, 2003 (v. spéc. l'annexe 2 : <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000490.pdf>).

13 Ce rapport avait toutefois limité son modèle aux seules prestations du risque maladie-invalidité du régime général de la Sécurité sociale.

14 http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf.

qu'à une indemnisation partielle¹⁵. Mais lorsque la victime reçoit des prestations de tiers payeurs, on fera comme si la victime n'était pour rien dans la production de son dommage, celle-ci étant autorisée à poursuivre le responsable sans aucun égard pour les éventuelles causes de minoration de l'indemnisation. Il s'agit ici d'une résultante de la loi du 21 décembre 2006 qui a, dans son article 25, repris la règle dite du droit de préférence, c'est-à-dire de la priorité, en cas matière de dommage corporel : conformément à l'article 1346-3 du Code civil, la subrogation ne peut plus nuire à la victime subrogeante, créancière de l'indemnisation, lorsqu'elle n'a été prise en charge que partiellement par les prestations sociales. La victime peut donc exercer ses droits, pour ce qui lui reste du, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel. Ce dispositif permet donc à la victime d'obtenir du responsable la différence entre le montant de ses préjudices - non diminuée par le partage de responsabilité - et le montant des prestations reçues du tiers payeurs, le tout dans la limite du montant de la dette d'indemnisation du responsable.

Le résultat paraît encore plus singulier dans le cadre de la perte de chance¹⁶. Il suffit de prendre un exemple pour en témoigner. Imaginons qu'un militaire subisse un accident opératoire au cours d'une intervention chirurgicale, accident qui lui fait perdre 160 000 euros de revenus. S'il engage la responsabilité de l'hôpital pour défaut d'information sur les risques de l'intervention, et que la perte de chance est fixée à 50 %, sa créance de réparation est dans ce cas de 80 000 euros. Mais si l'État a servi au militaire 60 000 euros de prestation : la créance de réparation étant inférieure à la somme restée à la charge de la victime (160 000 - 60 000, soit 100 000 euros), le droit de préférence de la victime l'absorbe intégralement, ne laissant rien à l'Etat. La victime recevra donc 80 000 euros du responsable, en plus des 60 000 euros qui lui ont été servis par l'Etat soit au total 140 000 euros, là où son préjudice de perte de chance n'était que de 80 000 euros. Il en résulte que la victime a, en l'espèce, perçu plus que le préjudice qu'elle a subi au sens de la responsabilité civile.

Si l'on analyse la question à la lumière de la responsabilité civile et des mécanismes qui l'assortissent, il est possible de dénoncer le système permettant à la victime de cumuler les prestations sociales indemnitaires avec son droit à réparation¹⁷. Ceux qui portent l'éclairage sur les droits de la victime à l'égard des tiers payeurs, pourront faire valoir que, à l'instar de la victime ayant souscrit une assurance dommage, l'assuré social a, dans ses rapports avec le tiers payeur, un titre à conserver. Autrement dit, l'indemnisation de la victime a ici une double source : les règles de la responsabilité civile puis celle de la législation sociale. Or au regard de cette dernière, la faute de la victime, ou le mécanisme de la perte de chance, n'a pas de rôle à jouer puisque son droit à prestation est le même¹⁸. On le voit, entretenue par deux logiques différentes, cette controverse paraît inextricable.

On rappellera simplement qu'avant la loi du 21 décembre 2006, la victime se trouvait lésée en pareille circonstance car le tiers payeur était autorisé à recourir pour l'intégralité de sa créance, ce qui du coup pénalisait de manière très discutable la victime¹⁹.

15 Bien sûr, elle peut aussi être privée de toute indemnisation en cas de faute présentant les caractéristiques de la force majeure ou si sa faute est considérée comme la cause exclusive de son dommage.

16 V. par ex. J. Bourdoiseau, « Perte de chance et recours des tiers payeurs », *Petites Affiches* 31 oct. 2013, p. 43.

17 V. par ex. P. Jourdain, « Le droit de préférence de la victime », *Resp. civ. et assur.* 2009, étude 3.

18 V. par ex. C. Bernfeld, « Le droit de préférence des victimes en péril ? », *Gaz. Pal.* 9 janv. 2017, p. 28, spec. p. 31.

19 V. sur ce point Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 8^e éd. 2016, n° 326.

II-2.2/ Vers un cumul d'indemnisation ?

On terminera ce tableau en ajoutant qu'il est parfois possible pour la victime de bénéficier de cumul de prestations prenant en charge des situations identiques. Le législateur s'est en effet appliqué à énumérer les seuls tiers payeurs fondés à exercer une action subrogatoire en remboursement contre le tiers responsable. Il en résulte que ceux qui ne sont pas listés, soit qu'ils ne sont pas nommément visés soit que les prestations qu'ils servent ne sont pas spécialement considérées, accordent des prestations en première et dernière intention.

La victime d'un dommage pourra ainsi cumuler ces prestations avec la créance de réparation. Tel est le cas, par exemple, des allocations chômages²⁰, de l'allocation d'aide au retour à l'emploi²¹, de l'allocation personnalisée à l'autonomie²² ou de l'allocation aux adultes handicapés²³. Ces allocations peuvent en effet se cumuler avec les dommages et intérêts²⁴.

Là encore il est possible d'avoir deux lectures de cette situation, comme dans l'hypothèse précédente.

Loin de nous l'idée de défendre que la victime est trop privilégiée dans notre système juridique. Personne n'envie le statut de victime. Simplement, et comme nous le disions en introduisant notre propos, un travail de clarification et de rationalisation mérite sans doute d'être entrepris par la loi pour fixer les règles qui paraissent les plus satisfaisantes en droit et en équité.

20 Cass crim., 29 oct. 2013, n° 12-83.754, *Bull. crim.* n° 207 ; *D.* 2013, p. 2580 et 2014, p. 2362, obs. M. Bacache, A. Guégan-Lécuyer et S. Porchy-Simon.

21 Cass. 2^e civ., 12 juin 2014, n° 13-18.459, *Bull. civ. II* n° 132 ; *D.* 2014, p. 1327 et 2015, p. 124, obs. Ph. Brun et O. Gout.

22 Cass. 2^e civ., 20 oct. 2016, n° 15-17.507, *D.* 2016, p. 2167.

23 Cass. 2^e civ., 8 sept. 2016, n° 14-24.524.

24 V. sur l'ensemble de la question, J. Bourdoiseau, « La situation de la victime après le recours des tiers payeurs », art. préc. (note 2).



Table-ronde : La confrontation des modèles de prise en charge du dommage corporel à travers le mécanisme des recours subrogatoires

Exposé de

Vincent Ruol

Inspecteur des affaires sociales

ARS Auvergne-Rhône-Alpes

A titre liminaire, je tiens à préciser que si je suis bien inspecteur des affaires sociales, je n'engage en aucun cas l'Inspection générale des affaires sociales par ce que je vais dire. C'est d'autant plus acrobatique que je viens au titre d'un rapport consacré aux *Recours contre tiers des caisses de sécurité sociale*, qui était une revue de dépenses et qui est public¹.

J'ai une première remarque relative à un point sur lequel j'ai achoppé systématiquement avec la doctrine lors des entretiens que nous avons pu mener dans le cadre de ce rapport. Elle a trait au caractère indemnitaire des prestations sociales. Or, il existe des prestations qui sont parfaitement forfaitaires, notamment celles servies par les caisses d'assurance vieillesse et en particulier celles de la garantie-décès. Il arrive que celles-ci fassent l'objet d'un recours subrogatoire tout en ayant un caractère forfaitaire, sans qu'il n'y ait aucune difficulté. J'insiste sur cette divergence qui, sans grande importance dans la pratique, n'en soulève pas moins de réelles interrogations théoriques. En matière de droit social, il est possible de faire des recours sur des prestations forfaitaires alors que c'est strictement interdit pour les assureurs.

Dans le cadre de la préparation de notre rapport, la question était celle de savoir s'il y a des sommes qui pourraient être récupérées par le recours contre des tiers des organismes gérant un régime obligatoire de sécurité sociale et qui viendraient en déduction des divers déficits et autres dettes. Il s'agissait alors d'une approche strictement budgétaire, peu juridique. Toute la première partie du rapport porte sur les centaines de millions d'euros qui pourraient être récupérées et entend répondre à la question du gisement des recours contre tiers. Nous y avons répondu en soulignant la marge de manœuvre assez faible des caisses.

L'autre sujet portait sur les difficultés dans l'exercice des recours contre tiers et les pistes d'amélioration.

¹ H. Pélosse/V. Ruol, *Revue de dépenses. Le recours contre tiers des caisses de sécurité sociale*, La Doc. française, 2017 (consultable en ligne sur le site <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/174000833.pdf>).

Le premier problème des organismes de sécurité sociale est qu'ils sont extrêmement variés. On tombe sur un panorama de la protection sociale qui est balkanisé, fragmenté, explosé. Il existe plusieurs dizaines de régimes pour la retraite, mais ce n'est pas forcément là où l'on rencontre le plus de difficultés en matière de recours contre tiers. Or, s'agissant de l'assurance maladie, il existe un nombre important de régimes. Aux côtés du régime général qui couvre une grande partie des assurés sociaux, on trouve le régime agricole, l'ancien régime des indépendants, le régime des fonctionnaires et les quelques régimes spéciaux, par exemple celui des clercs et employés de notaires. Pour ces derniers, je ne sais pas s'il existe un texte spécifique prévoyant un recours pour ce régime. À mon sens, la caisse de ce régime dispose bien d'un recours parce qu'elle est bien mentionnée dans la loi Badinter. Par contre, dans toute la litanie de textes spécifiques, ce n'est pas certain. Chacun de ces régimes obéit à une réglementation différente. Par exemple, le régime agricole est un régime intégré qui couvre la totalité des branches. C'est important parce qu'il existe certaines prestations qui sont servies par la branche famille. La Cour de cassation a décidé que les caisses d'allocations familiales ne sont pas des caisses d'assurance maladie au sens de la loi Badinter de sorte qu'il ne leur est pas possible d'exercer un recours contre tiers. La question se pose cependant de savoir si la même prestation servie par une caisse MSA dont personne ne nie le caractère de régime gérant un régime obligatoire de sécurité sociale, peut ouvrir droit à un recours.

Le deuxième problème concerne la fonction publique. Il serait excessif de dire qu'il n'existe pas de recours contre tiers, mais ce n'est pas très loin de la réalité. Concrètement, pour le Ministère des affaires sociales qui emploie plusieurs dizaines de milliers d'agents, on parle d'une centaine de recours contre tiers par année. C'est extrêmement peu par rapport aux enjeux. De manière générale, certains établissements publics sont trop petits pour avoir une structure leur permettant d'exercer des recours. Je pense aux ARS, aux CROUS et aux universités. Ces organismes externalisent de plus en plus leurs recours contre tiers parce qu'ils sont des assureurs sociaux de leurs agents, notamment pour les prestations en espèce. Les prestations en nature sont déléguées au régime général. Ces éléments expliquent pourquoi il leur est extrêmement difficile de mettre en œuvre les règles techniques régissant les recours contre tiers. Inversement, il est fréquent que l'assureur ou la victime ne notifie pas à ce tiers payeur le fait qu'il y a eu dommage dont il était responsable. Cela pose un problème à l'assureur et à la victime, car ils ne savent pas que cet agent a causé le dommage.

Le troisième problème est celui du fonctionnement interne des caisses. Cela concerne avant tout le chiffrage des créances qui soulève trois difficultés.

Les deux principales concernent les très vieilles créances et les créances futures. S'agissant des créances anciennes, on ne peut pas les retrouver, car on impose aux caisses d'assurance maladie d'effacer de leurs bases de données des éléments datant de plus de dix ans. C'est particulièrement problématique pour les aggravations de dommage, par exemple celles touchant les transfusés de l'hépatite C des années 1990. Ce n'est pas de la mauvaise gestion, mais de l'application pure et simple de règles légales.

Pour ce qui est des créances plus récentes, il est parfois difficile de distinguer les créances en lien avec le sinistre de celles qui ne présentent aucun rapport avec celui-ci. Par exemple, les caisses présentent toutes les dépenses effectuées sur une période donnée et partent du principe que l'assureur « triera », ce que celui-ci

fera effectivement. Ce procédé alourdit le règlement du sinistre en raison des allers-retours entre caisses d'assurance maladie et assureurs, ces derniers contestant parfois le remboursement de certains médicaments dont le lien avec le sinistre n'a pas été établi.

En ce qui concerne les créances futures, le règlement est particulièrement difficile pour les caisses d'assurance maladie. Par exemple, on va installer une prothèse dont on pourra se demander s'il faut la remplacer tous les cinq ans ou tous les deux ans. Si on la change tous les deux ans, il faudra intégrer une opération tous les deux ans avec un coût déterminé, alors que si on la change tous les cinq ans, les opérations seront moins fréquentes, mais la prothèse sera plus coûteuse. Pour évaluer ce préjudice futur, il est indispensable de disposer d'une véritable expertise médicale.

Enfin, la troisième difficulté concerne la mutualisation qui est indispensable en raison des difficultés médicales et juridiques. Elle est pratiquée de manière plus ou moins généralisée dans le cadre du régime général. En matière d'assurance maladie se pose alors la question des données personnelles et de la personne à laquelle elles appartiennent. Dans le domaine du régime général, c'est la caisse nationale qui détient les données que les caisses primaires ne font qu'exploiter, tout comme les médecins conseils sont salariés de la caisse nationale et non pas des caisses primaires. Ce n'est pas le cas dans le régime agricole, d'où la question du secret médical. Si j'accède au secret médical d'une personne non-ressortissant de ma caisse, il faut que je justifie de cet accès. Or, j'en suis incapable parce que l'exercice d'un recours contre tiers ne fait pas partie des motifs légitimes d'un tel accès. Il est beaucoup plus simple pour un médecin conseil d'accéder à ses propres données qui sont sous sa propre responsabilité. Or, pour une caisse MSA de confier la gestion de ses données de santé à un autre médecin alors qu'il n'est pas en mesure de justifier un accès, c'est beaucoup plus difficile.

Il existe également des problèmes d'articulation entre les notions de consolidation du droit social, d'une part, et du droit civil et du droit des assurances, de l'autre. Souvent, les dates ne sont pas les mêmes de sorte que les créances des caisses sont forcloses. Il faudrait aligner le droit social et le droit commun pour rendre les recours contre tiers plus efficaces.

Les solutions ne sont pas évidentes. Nous avons proposé de créer un guichet unique permettant d'identifier les différentes caisses. La victime n'aurait alors qu'à indiquer son numéro NIR et elle obtiendra la liste de l'ensemble des tiers payeurs. Par ailleurs, j'ai proposé qu'une caisse MSA exerce des recours sur des prestations famille de sorte qu'il existe une jurisprudence sur ce point, dans un sens ou dans un autre. Pour ma part, il s'agit là d'une question pouvant faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité en raison de l'inégalité manifeste devant les charges publiques. Je me posais également la question à propos des prestations de l'assurance-chômage qui seront désormais forfaitaires, ce qui suscite une vraie interrogation par rapport au principe de réparation intégrale.



Table-ronde : La confrontation des modèles de prise en charge du dommage corporel à travers le mécanisme des recours subrogatoires

Exposé de

Dominique ARCADIO

Avocat au Barreau de Lyon

Dans le cadre de mon exposé¹, je vous propose de changer de perspective. Pour l'instant, nous nous sommes intéressés au cadre normatif ainsi qu'aux organismes sociaux. Pour ma part, je vais me pencher sur les rapports entre les organismes sociaux et les victimes. En la matière, nous nous apercevrons que l'on peut sans doute mieux faire...

I. LA THÉORIE

Les champs d'action de l'avocat de victimes sont multiples. Nous intervenons dans le domaine des accidents de la vie, dans celui des accidents de la route où s'applique un régime spécial applicable aux rapports avec la Sécurité sociale, dans celui des accidents du travail où le régime particulier de la réparation forfaitaire peut être dépassé par la notion de faute inexcusable pour atteindre le « Grâal » de la réparation quasi-intégrale des préjudices, et dans celui des accidents médicaux qui sont aujourd'hui la terre d'élection de la « perte de chance », laquelle soulève l'épineuse question du « droit de préférence ».

De manière générale, nous expliquons à nos clients que nous pourrions obtenir la réparation de leurs « souffrances endurées », de leurs « pertes de gains professionnels actuels », de leurs « dépenses de santé », de leur « incidence professionnelle », de leurs « frais divers », d'un « déficit fonctionnel permanent », d'un « déficit esthétique permanent », pour reprendre les termes de la Nomenclature Dintilhac. Mais nous leur expliquons aussi que si l'ensemble de ces postes peut constituer le préjudice de la victime, cela ne dit pas qui va le compenser.

À cet égard, nous devons rappeler à nos clients que le régime d'indemnisation en vigueur dans notre pays leur est globalement très favorable, mais aussi qu'il dépend d'une multitude de payeurs : l'assureur du tiers responsable, parfois le Fonds de Garantie, les organismes sociaux, l'État, l'employeur...

¹ Le style oral de la présentation a été conservé.

Pour ma part, j'ai tendance à illustrer ces spécificités en me servant de l'image de cercles concentriques.

J'explique à la victime que son préjudice peut présenter l'aspect d'un ensemble rond dans lequel on retrouvera ses chefs de préjudices sous forme de « cercles plus petits ».

Cependant, ces « cercles » ne sauraient indiquer qui va indemniser la victime de tel ou tel chef de préjudice. Dans cette démonstration imagée, l'assureur ne paiera pas tout, il ne prendra en charge qu'une partie du préjudice visualisée par la partie extérieure de mon cercle... Le « moyeu central » si j'ose dire, sera en matière d'accidents du travail par exemple, pris en charge par l'organisme social.

Nous aurons dès lors deux payeurs : l'organisme social et le tiers responsable.

Il est important d'expliquer cela d'emblée aux victimes (pour qu'elles ne comparent pas notamment leur situation à celle d'autres victimes...).

En effet, le blessé d'un « accident de travail-trajet » par exemple bénéficiera d'une indemnisation principalement sous forme de rente de la part de l'organisme social, alors que son voisin de chambre, victime d'un « accident de droit commun », obtiendra une somme en capital de la part de l'assureur.

Cela ne signifie pas pour autant que les deux indemnisations seront notamment si différentes...

II. LA PRATIQUE

Dans la pratique, les choses pourraient être améliorées.

II-1/ Sur l'absence de la CPAM dans plusieurs « moments-clés » de l'indemnisation

La victime doit appeler la CPAM² dans la cause à tous les « moments-clés » de l'indemnisation, sous peine de nullité du jugement ou de la transaction intervenus.

Avec une telle règle, aucun jugement ne pourrait être rendu en l'absence d'appel en cause de l'organisme social.

Cela peut nous paralyser si l'organisme social ne produit pas son état de créance.

En ce cas, le juge repoussera alors, aussi longtemps que nécessaire, sa décision.

Aujourd'hui, la question de la présence de l'organisme social à la cause se pose avec acuité, non au stade tardif du jugement, mais beaucoup plus tôt dans le cours de l'instance.

Il est vrai que pendant longtemps, l'avocat de victimes lui-même intervenait après l'expertise pour chiffrer les demandes d'indemnisation.

² Pour être exact, je devrais dire « organisme social ». Nous sommes dans un maquis en France, mais la CPAM est celui des organismes sociaux qui apparaît en première ligne et qui a un assez bon mode de fonctionnement s'agissant de la production des créances et en termes de capacité de travail. Il m'arrive parfois d'être contacté par un agent de la CPAM un samedi pour évoquer la production d'une créance.

Or aujourd'hui, il est présent au stade même de l'expertise.

Celle-ci se révèle souvent décisive dans l'évaluation des préjudices d'une victime.

Mais cette exigence, qui vaut pour l'avocat de victimes, devrait valoir également pour l'organisme social !

C'est d'autant plus possible que les organismes sociaux sont désormais souvent appelés en cause au stade des référés expertises.

Si bien qu'en présence d'une victime gravement blessée, le médecin-conseil de l'organisme social pourrait être utilement présent à l'expertise pour débattre des questions qui se posent toujours dans ces dossiers de dommages corporels sévères (consolidation médico-légale, frais futurs, prothèses, durée de « l'incidence professionnelle »).

On évincera souvent de cette réflexion le domaine des accidents de la circulation, en raison de l'existence du protocole Bergeras³. On sait qu'en vertu de celui-ci, la CPAM s'est exclue elle-même des débats d'évaluation dans ce type de dossiers. Elle a signé ce protocole avec les assureurs pour être certaine d'obtenir un paiement plus rapide, quoique forfaitaire.

Sommes-nous certains aujourd'hui que cet accord lui soit si bénéfique ?

Un rééquilibrage des relations entre assureurs et organismes sociaux ne devrait-il pas faire partie des axes de réflexion ?

Aujourd'hui, lorsque nous appelons en cause les organismes sociaux dans les procédures en lien avec les accidents de la circulation, ceux-ci nous répondent le plus souvent qu'ils ne se présenteront pas et ne se feront pas représenter. De fait, ils se contenteront de transmettre au juge leur « état de créances ». Dans un certain nombre de dossiers, on ne peut que déplorer cette « politique de la chaise vide » !

Cette attitude m'a été très préjudiciable par exemple dans les procès intentés au Laboratoire Servier.

Cette société commercialisait la spécialité connue sous le nom de « Mediator », initialement présentée comme anti-diabétique.

Il s'est agi d'actions très difficiles.

Au stade de l'expertise médicale, il n'était pas rare que l'avocat de victimes se retrouve seul avec son client, sans médecin-conseil, face à plusieurs médecins et représentants du Laboratoire Servier.

Personne n'était alors présent pour défendre les intérêts de la Sécurité sociale.

Pourtant, celle-ci aurait eu un intérêt majeur à faire consacrer dans ces dossiers la responsabilité du Laboratoire, ne serait-ce que dans la perspective d'obtenir le remboursement des dépenses de santé exposées par les assurés sociaux devenus cardiopathes dès la prise de ce médicament !

L'absence de la CPAM (notamment) était d'autant plus surprenante qu'elle avait été à l'origine d'études établissant le lien de causalité entre ce médicament et certaines atteintes cardio-vasculaires. Lorsque nous le lui demandions, la Sécurité sociale était incapable de produire la traçabilité des ordonnances, ce qui nous contraignait à nous

³ Protocole Assureurs-Organismes Sociaux (PAOS) du 24 mai 1983.

rendre dans les pharmacies pour retrouver les commandes de Mediator.

Dans une affaire dramatique où mon client avait perdu son épouse à la suite d'une prise de ce médicament, l'expertise s'est déroulée sans la présence du médecin-conseil de la CPAM, lequel me confirmera pourtant, après coup, sa certitude du lien de causalité entre le décès de ma cliente et l'administration du Mediator... Hélas bien tard !

Dans des dossiers sériels tels que celui qui vient d'être évoqué, une synergie entre les organismes sociaux et les avocats de victimes serait souhaitable. Il faudrait unir nos efforts, les demandeurs faisant trop souvent « cavalier seul »...

B. LE DROIT DE PRÉFÉRENCE DE LA VICTIME

Avec la loi du 21 décembre 2006, l'instauration du « droit de préférence » a modifié un « logiciel » jusque-là défavorable aux victimes.

Cette réforme devait s'inscrire en étroite liaison avec la nomenclature Dintilhac avec laquelle elle formait un tout indissociable.

Dans cette optique, la Nomenclature Dintilhac donnait une importance inédite au « déficit fonctionnel permanent », qui devenait un poste « sanctuarisé » à l'abri du recours des organismes sociaux.

On sait ce qu'il advint de ce vœu pieux : la Cour de Cassation, dans une série d'arrêts que d'aucuns qualifièrent de *contra legem*, décida, le 11 juin 2009, de modifier cette règle protectrice pour les victimes, en admettant le recours de la CPAM au titre des rentes AT et pensions d'invalidité, non seulement sur les postes « pertes de gains futurs » et « incidence professionnelle », mais aussi, en cas d'insuffisance, sur le poste extrapatrimonial « déficit fonctionnel permanent ».

Fort heureusement, la règle du « droit de préférence » au profit de la victime contrebalance un peu les effets de cette jurisprudence.

Ses résultats peuvent paraître étonnants à un œil non averti. Ainsi, lorsque nous sommes en présence d'une victime qui a conservé à sa charge 6 000 euros de frais de soins, la CPAM en ayant versé 4 000, le total étant de 10 000 euros, en présence d'une perte de chance dont le taux s'élève à 60 %, l'assureur ne pourrait être tenu à plus de 6 000 euros. Or, en appliquant le droit de préférence issu de la loi du 21 décembre 2006, c'est la victime qui seule percevra en ce cas l'intégralité de sa créance, l'organisme social étant écarté de cette distribution.

Telle est la situation voulue par le législateur.

Or aujourd'hui, son application laisse encore à désirer...

Je citerais à cet égard ce jugement rendu par le Tribunal administratif de Lyon le 10 octobre 2017⁴ : on était en présence d'une victime très lourdement handicapée qui devait faire face à des frais de fauteuil roulant correctement remboursés par la CPAM, mais aussi à des dépenses régulières d'hygiène et de soins dictées par son état de santé : gants, pommades, désinfectants, etc.

⁴ TA Lyon, 10 octobre 2017, n° 1505618.

On sait que ces dépenses ne sont pas remboursées par les organismes sociaux.
Pour autant, ne constituent-elles pas des « dépenses de santé » au sens où l'entend la nomenclature Dintilhac ?

Par une analyse – à notre sens très critiquable – le tribunal administratif ne les a pas admis au bénéfice du droit de préférence en ne les incluant pas dans la rubrique spécifique « dépenses de santé ».

Comme si le tribunal déshabillait le poste « dépenses de santé actuelles » en éliminant tout ce qui ne serait pas en partie pris en charge par la Sécurité sociale, pour les intégrer dans des postes de « frais divers », avec pour effet de les priver du bénéfice du droit de préférence !

Dans un monde idéal, sans doute faudrait-il une coordination plus étroite des acteurs du dommage corporel. On rêve d'un univers juridique où la CPAM et l'avocat de victimes avanceraient au même rythme, comme un tango, vous savez... cette « pensée triste que l'on danse à deux ».

DÉBATS

SALLE

Je voulais juste tempérer les propos qui ont été tenus par rapport à la place de l'assurance-maladie premièrement par Monsieur Ruol quand il disait que les caisses donnaient le tout d'une créance et que c'était aux organismes, aux assurances, de dépatouiller ce qui était imputable ou pas à l'accident. Au préalable, dans 80-90 % des cas, on sollicite tout de même le médecin-conseil pour les questions d'imputabilité. C'était le premier élément.

Ensuite, pour revenir sur les propos de Maître Arcadio sur la présence souhaitable et souhaitée des caisses d'assurance-maladie aux expertises. Si je pense que les caisses d'assurance maladie seraient les premières à vouloir que leur médecin-conseil assiste à ces expertises, on a malheureusement un énorme problème car on n'a pas matériellement les moyens aujourd'hui de pouvoir le faire.

M. Dominique ARCADIO

Il faut privilégier les plus gros dossiers.

SALLE

C'est déjà ce que l'on fait et il faut savoir qu'on a un volume de dossiers assez important. À titre d'exemple, dans notre région Centre-Val de Loire, on a à peu près quinze mille nouveaux dossiers par an sur du recours contre tiers, donc vous vous doutez bien que, sur cette volumétrie de dossiers, il n'est pas possible d'assister à des

audiences qui, en plus, peuvent se situer à divers endroits en France. On a aussi des problèmes géographiques qui se posent.

Et la dernière chose, qui concerne un peu plus la Caisse nationale, c'est que l'on souffre aussi d'un gros déficit de connaissance du recours contre tiers. La population, aujourd'hui, n'a pas connaissance du rôle joué par les caisses primaires d'assurance maladie, pour ne parler que des plus gros acteurs. Si l'on interroge dix personnes dans la rue, aucune ne dira qu'elle sait qu'en cas d'accident, elle doit informer la caisse d'assurance maladie du dommage dont elle a été victime pour que la caisse puisse se faire rembourser. On souffre vraiment d'un gros déficit.

Et ensuite, sur les mannes financières de cette activité, même si elles ne sont pas exceptionnelles, elles sont quand même relativement conséquentes : près d'un milliard d'euros par an rapporté par les caisses pour l'activité de recours contre tiers. On a un poids assez important et je pense que la méconnaissance du système en tant que tel ne joue pas en faveur d'une rentabilité subséquente de ces caisses.

M. Olivier GOUT

Mais alors, auparavant, quand on était victime d'un accident et que l'on remplissait ces formulaires de soins, on nous posait la question de savoir s'il s'agissait d'un accident. Cela existe encore ?

SALLE

Oui. Pour autant, si votre enfant est victime d'un accident scolaire, est-ce que vous pensez à le signaler à votre caisse d'assurance maladie ?

M. Olivier GOUT

Si l'on me pose la question, oui. Si l'on ne me la pose pas, non. Il faut trouver un moyen d'information.

SALLE

Il y a donc une éducation à faire sur ces principes-là. On n'y pense pas forcément, puisqu'on est remboursé de toute manière, d'une part par le régime général et d'autre part par sa complémentaire. Cela ne coûte rien et on n'a pas forcément le réflexe d'aller informer sa caisse d'assurance maladie sur l'accident que l'on a eu.

M. Olivier GOUT

Je suis d'accord, mais il faudrait alors trouver un moyen d'aller interroger les victimes comme c'était le cas auparavant.

SALLE

Pour autant que l'on connaît l'existence du dommage. Le problème que l'on a, et j'en discutais tout à l'heure avec Madame Papeix, c'est qu'autant sur les accidents de la circulation, il y a un gros travail effectué par les assureurs et on arrive à avoir une détection vraiment presque exhaustive des dommages, pour autant, en ce qui concerne les accidents médicaux, on n'arrive pas à avoir les déclarations de dommage. Les accidents médicaux se traitent souvent entre l'établissement professionnel de santé, la compagnie d'assurance et la victime. Des transactions sont signées mais la CPAM n'est pas informée.

M. Vincent RUOL

Simplement pour faire la remarque : oui, en effet, la question est celui de l'intérêt à agir. Quel est l'intérêt à agir de l'assuré social ? Dans la situation actuelle, cela lui coûte de l'argent. Si j'ai un petit accident, cela me coûte de l'argent. Vous ne verrez donc jamais les petits accidents, les accidents scolaires. Pour les gros accidents, on est sur le cas où il y a un alignement des intérêts de la caisse et de la victime. On va donc les voir. D'ailleurs, généralement, il y a un assureur. Mais il faut aussi voir les choses assez clairement. Aujourd'hui, il faut mettre un timbre, donc en fait la personne perd le timbre, elle n'y gagne rien. Étant entendu que la caisse de Paris a fait une expérimentation et a mis en place un site Internet. De mémoire, pour Paris, vous pouviez faire la déclaration par ce biais en 2016.

Je fais la remarque aussi par rapport à l'assurance scolaire. C'est un vrai sujet parce qu'il n'y a rien de déclaré. Mais c'est parce que c'est socialement inacceptable de déclarer. On ne va pas aller dénoncer l'enfant. On est dans cette situation-là, parce que l'enfant a des relations avec celui qui l'a poussé dans l'escalier. Ce serait une forme de délation. Alors que si l'on est renversé dans la rue par une voiture, on est dans un cas où les personnes sont totalement étrangères et c'est beaucoup plus facile en tant que victime de le signaler.

Et un autre sujet dont on n'a pas parlé qui est celui des violences volontaires. On a une grosse différence de politique entre les CPAM et la Mutualité sociale agricole (MSA) qui va systématiquement faire les recours (ou plutôt certaines caisses MSA). Par exemple, la caisse Normandie faisait systématiquement les recours contre l'auteur. Elle était présente lorsqu'il y avait des violences volontaires devant le tribunal correctionnel et quand on lui pose la question de savoir si elle gagne de l'argent, elle répond : non, cela nous coûte très cher. Les CPAM, régime général, disent quant à elles que cela coûte de l'argent et donc qu'elles n'iront jamais. Donc, il est très intéressant de voir du côté de l'assurance-maladie un double discours qui est qu'il faut être citoyen pour nous signaler, mais nous, on ne veut pas être trop citoyen quand il s'agit d'aller devant le tribunal correctionnel. Ce sont des problèmes de politique globaux qui vont au-delà des masses financières et qui vont souvent au-delà du droit. On est sur des fonctionnements de politique générale.

M. Jonas KNETSCH

Je me permets d'ajouter une question parce que vous parlez des violences volontaires. Donc il n'y a pas de couverture d'assurance.

M. Vincent RUOL

Mais il existe un fonds de garantie.

M. Jonas KNETSCH

Oui, un fonds de garantie, mais comment cela se passe-t-il en cas de défaut d'assurance, par exemple, quand un auteur de dommage n'a pas souscrit d'assurance de responsabilité civile ? Est-ce qu'il y a des recours ?

M. Vincent RUOL

Il n'y a pas d'assurance pour la responsabilité pénale.

M. Jonas KNETSCH

Non, on est d'accord. Mais pour les cas dans lesquels un dommage a été causé par un tiers, de manière non intentionnelle, mais par négligence et que l'auteur du dommage n'est pas assuré. Comment cela se passe-t-il dans ce cas ?

M. Vincent RUOL

On a un fonds de garantie.

M. Jonas KNETSCH

Oui, mais est-ce qu'il y a un recours contre le responsable ?

SALLE

Oui, la caisse va se retourner contre le responsable.

M. Vincent RUOL

On est dans les grands équilibres de la loi de finances et de la loi de financement de la sécurité sociale. L'État se protège, donc le fonds de garantie indemnise, mais il n'y a pas de recours des caisses contre le fonds de garantie alors que la logique voudrait que le fonds de garantie se substituant, étant en quelque sorte l'assureur, la caisse qui est le tiers payeur puisse se retourner contre lui.

Mme Nathalie FAUSSAT

Le fonds de garantie n'est pas un assureur. Il n'est pas l'assureur RC des auteurs d'infraction ou des terroristes et donc c'est un régime d'indemnisation particulier qui fait qu'il ne rembourse pas d'organisme social. En revanche, il y a précisément tout ce sujet d'appréciation de la rentabilité ou pas du recours contre les auteurs d'infraction avec quand même une politique de faire le plus possible de recours qui rapportent entre 60 et 70 millions d'euros tous les ans.

Il faut donc apprécier jusqu'où on va en termes de gestion pour exercer le recours, mais on sait aussi que pour les victimes d'infraction, il est important de savoir que le régime d'indemnisation prévu par la loi et par la solidarité nationale n'est pas synonyme d'une impunité financière pour l'auteur de l'infraction. Il y a donc une dimension économique qui n'est pas négligeable. En plus, il existe une possibilité d'automatisation des recours. Je pense notamment au prélèvement sur pécule des détenus, mais l'administration financière est rodée à cela, notamment concernant la part pécule-victime.

Il y a donc une façon de traiter de manière automatisée à moindre coût pour avoir quand même un produit financier non négligeable, tous les ans, outre la dimension symbolique qui paraît importante. C'est-à-dire que la solidarité nationale, un peu comme la Sécurité sociale, est tout de même un bien commun précieux qu'il ne faudrait pas mettre à mal ou dégrader avec des comportements. On profite d'un système sans pour autant faire le nécessaire derrière.

Je pense que c'est un peu la responsabilité de tout le monde. Mais le recours subrogatoire qui s'exerce différemment du recours subrogatoire des tiers payeurs est une activité importante. Cela fait partie de nos missions.

Mme Elisabeth LE CHEUALIER

J'aimerais apporter une précision puisque l'on parlait tout à l'heure du recours des tiers payeurs, et notamment hors le domaine des accidents de la circulation routière. On a évoqué les difficultés, mais il faut quand même rappeler que dans le Code de la sécurité sociale, il y a des obligations qui s'imposent à l'assureur en termes d'information, tout d'abord, et ensuite en termes d'information des caisses de Sécurité sociale de la survenance des lésions.

La problématique de ces dossiers, et on est ici hors accident de la circulation, est celle de l'établissement de la responsabilité du mis en cause assuré. Au moment de

la mise en cause, il y a des discussions sur la responsabilité, de sorte que l'information faite par l'assureur fait nécessairement état de réserves sur la responsabilité. Au moment où il fait l'information l'assureur ne sait pas s'il sera *in fine* débiteur d'une dette de réparation. Et je peux vous dire que dans la profession de l'assurance, au nom de laquelle je parle, il y a vraiment une attention très importante portée à l'information des caisses, car il y a quelques années, une réforme assez substantielle a été introduite par une loi de financement de la Sécurité sociale sur les pénalités qui sont à la charge des assureurs et qui peuvent aller jusqu'à 50 % de la créance de l'organisme social. Et je peux vous dire que lorsqu'on touche aux finances, on se met en ordre de marche, je pense notamment à la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2012.

SALLE

Mais dans une majorité de cas, nous n'avons pas l'information. Effectivement, lorsque l'on a des décisions CCI, on a parfois des organismes qui nous disent qu'ils ont des réserves, mais typiquement, on a aussi accès au rapport d'activité des établissements de santé, lesquels répertorient le nombre d'accidents ou d'incidents déclarés et le nombre de personnes indemnisées. On a l'indemnisation, mais on n'arrive pas à avoir communication des personnes concernées.

En cas d'absence de déclaration, la pénalité ne vaut que si l'on sait que la personne devait déclarer. Si on n'a jamais connaissance d'une part de la victime et d'autre part de la compagnie d'assurance, on ne peut jamais infliger de pénalité.

Donc, le problème que l'on a aujourd'hui, c'est que l'on a toute une maille d'accidents médicaux que l'on n'arrive pas à détecter. Alors, effectivement on travaille sur les bases de données pour avoir des concordances sur les actes médicaux et essayer d'avoir des atypies sur des ré-opérations proches les unes des autres, ou avec certains traitements. Mais il n'y a pas une automaticité des déclarations.

Mme Elisabeth LE CHEUALIER

Est-ce que dans ces affaires-là, il y a une mise en cause d'un assureur de responsabilité ?

SALLE

Généralement, quand un établissement ou un professionnel signe une transaction avec un assuré, j'ose espérer qu'à un moment donné il a reconnu une responsabilité.

M. Vincent RUOL

Ça, c'est le chiffre gris. Les assureurs déclarent-ils ou ne déclarent-ils pas ? Je vais donner mon expérience personnelle, car avant d'être à l'Inspection générale des

affaires sociales, j'étais commissaire-contrôleur des assurances. Je contrôlais les assureurs et on faisait des sondages sinistres. Concrètement, on arrivait dans une société d'assurance et on leur demandait de nous ouvrir leur dossier. On demandait une liste de dossiers, on en tirait au sort, on cherchait les corporels, etc., et à chaque fois, je regardais s'il y avait eu la mise en cause de la caisse, et je l'ai trouvée à chaque fois. C'est mon expérience personnelle. Mais elle ne concerne qu'une quinzaine de sinistres. Donc, la valeur statistique de mon expérience est assez douteuse.

C'est pourquoi, dans le rapport, on avait suggéré, pour lever cette hypothèque, de demander à l'ACPR de faire des contrôles, mais cette fois-ci sur dix mille sinistres, pris au hasard chez les assureurs pour savoir dans combien de cas la mise en cause avait été faite. La lettre étant dans le dossier, c'est donc facile à déterminer. On pourrait alors savoir.

Mais c'est une source éternelle d'incompréhension. Il y a une pénalité, mais pas de déclaration. Et comme on n'arrive pas vraiment à savoir, la théorie est indécidable. Je penche personnellement plutôt du côté des assureurs, mais je ne suis pas certain de moi. Je m'en remets à une mission qui pourrait être confiée à l'ACPR qui est l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution.

Mme Anne-Marie PAPEIX

En tout cas, comme le disait Madame Le Cheualier, on a un mot d'ordre clair qui est donné à l'ensemble des assureurs de RC médicale. Ensuite, j'ai pris note des difficultés que vous rencontrez sur des transactions. Certains dossiers illustrent cette problématique, mais les assureurs jouent le jeu, particulièrement en matière de RC médicale. Sur la RC générale, il peut y avoir des sinistres qui tombent dans les oubliettes, mais sur la RC médicale, c'est clair, il y a un mot d'ordre dans la profession de jouer le jeu de l'obligation d'information des caisses.



L'originalité du régime accidents du travail-maladies professionnelles

Laurent Bailly, Emmanuel Pino et Alexandre David

Caisse nationale d'assurance maladie (CNAM)

Dans le cadre de notre intervention, nous aimerions vous présenter ce régime particulier que vous connaissez déjà et qui se singularise par ses hésitations entre une logique de prise en charge forfaitaire en temps normal et une réparation intégrale en présence d'une faute inexcusable de l'employeur (FIE).

En guise d'introduction, il convient de rappeler que la branche « risques professionnels » est intégrée à la Sécurité sociale depuis 1946 et adossée à la Caisse nationale d'assurance maladie avec laquelle nous partageons les moyens d'indemnisation et de production. Nous couvrons environ 18 millions de salariés pour deux millions d'établissements. Depuis quelques années, nous formons une branche excédentaire de la Sécurité sociale. Sur 13,7 milliards d'euros de recettes pour l'année 2017 contre 12,6 milliards de charges, ce qui nous permet même d'être en excédent de solde. Nous réfléchissons actuellement au sort de cet excédent budgétaire, mais nous n'allons pas approfondir cette question.

La branche « risques professionnels » se caractérise par sa gouvernance par les partenaires sociaux, un héritage direct du compromis historique de la loi de 1898. Il existe un paritarisme similaire dans la branche « risque maladie », mais celui-ci est moins fort que dans le domaine des risques professionnels où la Commission des accidents du travail et des maladies professionnelles (CATMP) fixe les orientations politiques de la branche à l'occasion de ses réunions mensuelles dans le domaine de la prévention, de la réparation et de la tarification. Cette commission est composée de cinq représentants de salariés et de cinq représentants d'employeurs, lesquels font ensemble la politique de la branche « risques professionnels ».

L'une des principales missions de la branche est la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles. Plus de la moitié des collaborateurs (environ 8 000) œuvrent dans le domaine de la réparation. Il faut également insister sur les missions de prévention, notamment à travers l'action des ingénieurs-conseils et des contrôleurs de sécurité dans les CARSAT. Enfin, la branche est également chargée de la tarification, c'est-à-dire de la fixation des cotisations selon un système très complexe qui tient compte de la sinistralité des entreprises sur les trois dernières années avec

une mutualisation plus forte pour les petites entreprises, potentiellement confrontées à des charges trop lourdes. Il n'en demeure pas moins que la tarification obéit à une logique de proportionnalité qui prend en considération la lourdeur des accidents du travail et des maladies professionnelles, imputables à l'employeur. Il s'agit là d'un levier important dans la perspective d'une prévention. Ce sont ces trois activités qui sont réunies au sein de la branche, la tarification et la prévention dépendant étroitement des données de la réparation pour cibler les entreprises qui ont généré des sinistres, dans le cadre des actions de prévention.

Sur le plan de la statistique, les services de la branche « risques professionnels » traitent 1,4 million de déclarations d'accidents du travail par an. Sur ce chiffre, un million de dossiers complets nous parviennent, un certain nombre de déclarations n'étant pas assorties du certificat médical. S'y ajoutent 100 000 dossiers relatifs à des maladies professionnelles. Nous prononçons 600 reconnaissances de sinistres professionnels par heure de travail.

S'agissant du contexte financier, sur 8 milliards d'euros de dépenses pour les prestations, il faut compter environ un milliard d'euros pour les prestations en nature, 4 milliards d'euros pour les rentes et 3 milliards d'euros pour les indemnités journalières, c'est-à-dire pour les arrêts de travail. En outre, la branche reverse un milliard d'euros par an à la branche « assurance-maladie » au titre de la sous-déclaration des accidents du travail et des maladies professionnelles ; elle finance également un certain nombre de fonds d'indemnisation.

I. LE « DEAL EN BÉTON » ISSU DE LA LOI DE 1898

L'idée d'une réparation forfaitaire et non pas intégrale d'un accident du travail et d'une maladie professionnelle vient de la loi de 1898 et de ce que Jean-Jacques Dupeyrou appelait le « deal en béton »¹, expression qui reflète bien la philosophie de la branche et l'état d'esprit des membres de la CATMP où se côtoient représentants des employeurs et des salariés.

Ce « deal » prévoyait à la fois l'immunité de l'employeur et la présomption d'imputabilité de l'accident. Le principe d'immunité est aujourd'hui consacré à l'article L. 451-1 du Code de la sécurité sociale selon lequel « aucune action en réparation des accidents et maladies mentionnés par le présent livre ne peut être exercée conformément au droit commun, par la victime ou ses ayants droit ». Lorsqu'un accident du travail ou une maladie professionnelle est reconnue, il y aura un versement forfaitaire et l'employeur sera exonéré en principe de toute responsabilité vis-à-vis de l'assuré social.

En échange, les salariés bénéficient d'une présomption d'imputabilité selon laquelle tout accident intervenu pendant le temps ou sur le lieu du travail, est présumé avoir une origine professionnelle². C'est une notion extrêmement forte qui protège l'assuré et lui évite d'avoir à prouver le lien entre le dommage et son travail.

1 J.-J. Dupeyrou, « Centenaire de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail et les maladies professionnelles : un deal en béton ? », *Dr. social* 1998, p. 631.

2 Cette présomption a fait l'objet d'un rappel récent à l'ensemble des caisses primaires. V. Circulaire 14/2018 intitulé « Actualisation des modalités d'instruction de la reconnaissance des accidents du travail » (consultable sur internet : <http://www.mediam.ext.cnamts.fr/amelio/cons/CIRCC/2018/CIR-14-2018.PDF>).

Cette règle est d'autant plus avantageuse au salarié que les accidents intervenus dans un contexte de travail sont de plus en plus variés et ne font pas toujours intervenir un agent extérieur. Par ailleurs, la jurisprudence interprète de manière très large la notion d'accident du travail pour englober aujourd'hui des cas d'accident sans responsable qui ne ressemblent plus guère aux situations visées au XIX^e siècle. On prend ainsi en charge une lombalgie survenant au moment où un travailleur soulève un carton lourd, lombalgie qui sera présumée d'origine professionnelle alors qu'il s'agit d'un accident sans véritable responsable. Relève également de la législation sur les accidents du travail et de la présomption d'origine professionnelle le malaise intervenu en temps et lieu de travail. Doivent enfin être abordés les cas des risques psychosociaux qui entrent soit dans la catégorie des accidents du travail en présence d'un fait générateur soudain et imprévisible³, soit dans celle des maladies professionnelles dans les autres cas⁴.

Actuellement, on discute de la constitution d'un tableau de maladies professionnelles pour les risques psychosociaux. À ce titre, l'OMS considère que le *burn-out* est une maladie au sens de ses nomenclatures et la France devra décider s'il convient ou non de ratifier la onzième révision de la Classification internationale des maladies (dite CIM-11). Si tel est le cas, l'établissement d'un tableau de maladies professionnelles revient évidemment sur le devant de la scène.

Nous avons également une extension du périmètre de protection aux missions du salarié. Récemment, nous avons intégré l'existence de risques professionnels dans le cadre du télétravail, dans toutes les dépendances de l'habitation.

En définitive, si le nombre d'accidents du travail est aussi élevé, c'est en raison du caractère extrêmement protecteur du système AT/MP, lequel facilite grandement l'accès à une indemnisation.

Dans le domaine des maladies professionnelles, nous avons un système de tableau qui permet de présumer l'origine professionnelle d'une pathologie existante répondant à certaines conditions médicales et liée à une certaine durée d'exposition et à certaines conditions d'exercice du travail. Si cette maladie ne relève pas du régime des maladies professionnelles, ce sera un collège d'experts⁵ qui doit statuer sur l'existence d'un lien direct avec le travail.

Dans l'ensemble de ces cas, l'abandon d'une partie de l'indemnisation se fait en échange d'une facilité de reconnaissance des accidents du travail et des maladies professionnelles. Nous avons récemment achevé, en concertation avec les partenaires sociaux, l'élaboration d'une nouvelle procédure de reconnaissance AT/MP. Élaboré au cours de débats très riches et marqués par un équilibre très subtil, le projet de décret est actuellement devant le Conseil d'État⁶.

3 Nous comptons environ 10 000 accidents du travail en lien les risques psychosociaux.

4 S'agissant des maladies professionnelles en lien avec les risques psychosociaux, il y a eu 812 reconnaissances au cours de l'année précédente.

5 Il s'agit des comités régionaux de reconnaissance des maladies professionnelles (CRRMP).

6 Décret n° 2019-356 du 23 avril 2019 relatif à la procédure d'instruction des déclarations d'accidents du travail et de maladies professionnelles du régime général (JO 25 avril 2019, texte 8).

II. LE RÔLE D'AMORTISSEUR SOCIAL DES CAISSES PRIMAIRES

Il faut encore insister sur le rôle d'amortisseur social que jouent les CPAM. En cas de demande de prise en charge au titre du régime AT/MP, l'instruction des dossiers, en cas de recours à une investigation, se fera de manière contradictoire, ce qui permet aux deux parties de faire valoir leurs observations, de sorte que la caisse primaire va pouvoir statuer de manière totalement impartiale. Il s'agit là d'une spécificité qui garantit un certain arbitrage entre les intérêts de l'employeur et ceux du salarié.

Ce rôle d'amortisseur social se manifeste aussi à travers l'indépendance des parties qui fait obstacle à ce que la contestation initiée par l'assuré social ou par l'employeur produise des effets à l'égard de l'autre partie. Concrètement, une fois que la CPAM a notifié aux parties la décision d'accord ou de rejet, elle devient définitive à l'égard de la partie à laquelle elle ne fait pas grief. Si l'employeur entend contester une décision de prise en charge, sachant que celle-ci aura un impact sur sa tarification, la CPAM se substitue à l'assuré social et défendra le bienfondé de la décision prise de sorte que le contentieux n'aura aucun impact sur l'assuré, et cela même lorsque l'issue du contentieux sera favorable à l'employeur. Il y a donc une protection très forte par la CPAM des parties dans ce cadre-là.

Évidemment, il reste un élément à prouver par l'assuré. C'est le fait accidentel, c'est-à-dire la matérialité de l'accident du travail. Dans 200 000 dossiers, une investigation est lancée par la CPAM, soit sous la forme d'un questionnaire, soit par un agent enquêteur assermenté de la caisse qui interrogera les personnes de l'entreprise pour connaître le contexte précis de la survenance de l'accident. Ces investigations sont systématiques dans les dossiers de maladies professionnelles.

III. RÉPARATION FORFAITAIRE VS. RÉPARATION INTÉGRALE

Ce travail substantiel fourni par les caisses permet de faire vivre ce « deal en béton », tout en garantissant une certaine justice et un certain équilibre entre les employeurs et les salariés. En échange, les assurés bénéficient d'une réparation forfaitaire et des prestations en nature qui vont au-delà de ce qui a été présenté. Nous prenons en charge les frais médicaux à 100 %, voire à 150 % du tarif de remboursement pour ce qui concerne le matériel médical qui figure sur la liste des produits et prestations (LPP). La réadaptation fonctionnelle et la rééducation professionnelle sont également prises en charge. Parmi les prestations en espèces figurent les indemnités journalières en cas d'incapacité provisoire (60 % du salaire de référence pour le premier mois, 80 % à partir du 29^e jour) et la rente déterminée d'après un barème indicatif.

Malgré l'existence d'avantages pour les assurés sociaux et les employeurs, les victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle pourraient s'estimer lésées par rapport aux victimes d'accidents de droit commun. En effet, malgré la présomption d'imputabilité, elles ne bénéficient que d'une réparation forfaitaire. La question a été posée à la CEDH pour savoir si cette différence de traitement était conforme au principe d'égalité. La Cour a rendu un arrêt dans lequel elle précise que le régime AT/MP est bien conforme au motif qu'il assure globalement à la victime une

réparation avantageuse liée à l'automatisme et à la rapidité de la prise en charge et que l'existence d'un lien de subordination entre la victime et son employeur justifiait un traitement spécifique⁷. La Cour relève donc l'absence de caractère discriminatoire du régime.

IV. LES CAS PARTICULIERS DES FAUTES INTENTIONNELLE ET INEXCUSABLE DE L'EMPLOYEUR

Jean-Jacques Dupeyrou parlait d'un « deal en béton » prévoyant une responsabilité patronale limitée. Dans un certain nombre de cas, que ce soit en matière de faute intentionnelle ou de faute inexcusable de l'employeur, la notion de responsabilité va cependant ressurgir et la victime pourra bénéficier d'une indemnisation au-delà de la réparation forfaitaire qui tend à se rapprocher du droit commun, même si elle ne sera pas équivalente à une réparation intégrale.

S'agissant de la faute intentionnelle de l'employeur, les cas sont relativement rares. Il faut prouver que l'employeur avait l'intention de provoquer le dommage. C'est notamment le cas pour un coup asséné par l'employeur à l'un de ses salariés. Dans ce cas, la victime pourra agir sur le terrain du droit commun. En contrepartie, la caisse peut diriger un recours contre le tiers responsable.

Le cas le plus intéressant est cependant celui de la faute inexcusable de l'employeur (FIE). À l'origine, la FIE a été définie dans un arrêt *Dame Villa* de 1941 comme une faute d'une gravité exceptionnelle⁸. La définition actuelle émane des arrêts Amiante du 28 février 2002 qui ont été rendus en matière de maladies professionnelles et dont la solution a été étendue aux accidents du travail⁹. Selon ces arrêts, « le manquement [à l'obligation de sécurité de résultat] a le caractère d'une faute inexcusable lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver ».

Il est à noter que la charge de la preuve de la faute inexcusable incombe au salarié, hormis dans le cas où celui-ci peut bénéficier d'une présomption. Cette présomption est irréfragable lorsque le salarié ou le CHSCT avait au préalable signalé le danger et que celui-ci se traduit ultérieurement par un dommage¹⁰. Elle est simple lorsque l'accident du travail est subi par un salarié en CDD, en intérim ou en stage qui n'a pas reçu une formation renforcée à la sécurité¹¹.

À quels droits le salarié peut alors prétendre en présence d'une faute inexcusable de l'employeur ? Tout d'abord, il a droit à une majoration de rente selon des calculs complexes en partant du taux d'incapacité utile pour passer au taux réel. Par ailleurs, le salarié pourra prétendre à la réparation d'autres chefs de préjudice non pris en charge au titre du régime de droit commun. Dans ce contexte, il faut signaler une décision fondamentale rendue par le Conseil constitutionnel le 18 janvier 2010 qui s'est penchée sur la liste établie par l'article L. 452-3 du Code de la sécurité sociale selon laquelle le salarié peut bénéficier d'une « réparation du préjudice causé par les

7 CEDH, 12 janvier 2017, req. n° 74734/14, *Saumier c/ France*.

8 Cass. ch. réunies, 15 juillet 1941, *Dame Villa*, DC 1941, jur. p. 117, note A. Rouast.

9 Cass. soc., 28 février 2002, D. 2002, p. 2696, note X. Prétot.

10 Art. L. 4131-4 C. trav.

11 Art. L. 4154-3 C. trav.

souffrances physiques et morales par elle endurées, de ses préjudices esthétiques et d'agrément ainsi que celle du préjudice résultant de la perte ou de la diminution de ses possibilités de promotion professionnelle ». Le Conseil constitutionnel a décidé que l'on ne pouvait pas, sans porter atteinte aux droits des salariés, empêcher ceux-ci de demander à l'employeur réparation de l'ensemble des dommages non couverts par le livre IV du Code de la sécurité sociale¹².

La reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur permettra à la victime de s'affranchir en quelque sorte du « deal en béton » de 1898 pour se rapprocher d'un régime de réparation de droit commun. Cette réparation visera non seulement les chefs de préjudice énumérés par l'article L. 452-3 du Code de la sécurité sociale, mais encore - depuis la décision du Conseil constitutionnel du 18 janvier 2010, tous les autres chefs de préjudice à conditions que ces derniers ne soient pas déjà réparés au titre du livre IV du Code de la sécurité sociale.

Bien que le débiteur de la réparation soit l'employeur qui a commis une faute inexcusable, ce sera la caisse qui versera les sommes à la victime pour garantir son indemnisation. Ce ne sera que dans un second temps que la caisse intentera un recours subrogatoire contre l'employeur pour recouvrer les indemnités versées. La caisse jouera donc un rôle primordial dans l'indemnisation des victimes en les garantissant d'une éventuelle insolvabilité de leur employeur. La Caisse peut également organiser, à la demande de la victime ou de ses ayants droit, une tentative de conciliation, préalablement à la procédure judiciaire en reconnaissance d'une faute inexcusable. Elle sera également appelée à gérer les contentieux initiés le plus souvent par les employeurs pour minorer la dette de remboursement qui pèse sur eux.

À ce titre, nous aimerions évoquer un cas qui a fait l'objet d'une certaine couverture médiatique¹³. La victime d'un accident du travail grave avait perdu la fonction motrice de ses deux jambes. Cette victime a bénéficié d'une réparation forfaitaire sous la forme d'une rente mensuelle de 1500 euros, d'une prestation complémentaire pour couvrir les frais d'une assistance tierce-personne ainsi que d'une indemnité forfaitaire de 350 000 euros. L'article jugeait cette indemnisation insuffisante. Il s'agissait d'un dossier intéressant, car le conseil de la victime estimait qu'en vertu du droit commun, cette dernière aurait perçu entre 1,5 et 2 millions d'euros. Nous avons appelé la caisse primaire dont relevait l'assuré en question. Selon les renseignements que nous avons obtenus, l'ensemble des dépenses de la Sécurité sociale s'élevait à 2,2 millions d'euros.

Cela ne veut pas dire que, dans tous les cas, la réparation en cas de faute inexcusable de l'employeur est équivalente à ce qu'une victime pourrait obtenir en vertu du droit commun. Il y a beaucoup de situations dans lesquelles un assuré obtient une indemnisation moins élevée, mais la comparaison n'est pas aussi négative pour le régime AT/MP que l'on ne pense parfois.

Pour finir, il faut encore signaler l'existence de deux fonds très particuliers que nous gérons au sein de la CNAM. Le FCAATA et le FIVA ont été créés dans l'urgence pour répondre à une demande sociale. Le FCAATA intervient au profit des travailleurs de l'amiante pour leur allouer une prise en charge allant au-delà de la réparation intégrale. Des personnes qui sont présumées avoir été exposées à l'amiante sans avoir été atteintes d'une maladie bénéficient d'une allocation spécifique qui sera versée

¹²CC, 18 juin 2010, n° 2010-8 QPC.

¹³V. le site internet de France 3 Bourgogne-France-Comté : <https://france3-regions.francetvinfo.fr/bourgogne-franche-comte/doubs/accident-du-travail-patrice-mandet-victime-denonce-injustice-indemnisation-1514861.html>.

au moment du départ à la retraite. Bien que ce fonds soit abondé à plus de 95 % par la branche risques professionnels, ces allocations sont gérées, pour des raisons politiques, par un fonds spécifique. Le FIVA, quant à lui, assure une prise en charge des victimes de l'amiante. À l'instar du FCAATA, le budget du FIVA est abondé à plus de 95 % par la branche risques professionnels.

En résumé, il s'agit bien d'un régime hybride qui repose sur le principe d'une réparation forfaitaire. Depuis la décision du Conseil constitutionnel du 18 janvier 2010, on assiste à un glissement vers le droit commun en présence d'une faute inexcusable de l'employeur.



Les origines de la nomenclature Dintilhac

Stéphanie Porchy-Simon

Professeur de droit privé

Université Jean Moulin Lyon 3

(Équipe de recherche Louis Josserand)

Totalement inconnue il y a encore une quinzaine d'années, la technique de la nomenclature des postes de préjudices est aujourd'hui une des questions centrales de la réparation du dommage corporel et plus largement du droit de la responsabilité. Ce focus ne saurait surprendre car il est le résultat conjugué d'un regain d'intérêt pour le préjudice, cet « oméga »¹ du droit de la responsabilité toutefois longtemps délaissé par la doctrine, et du coup de projecteur mis, en son sein, sur le dommage corporel depuis à peine plus d'une décennie.

Le terme « nomenclature » peut être défini comme « la classification méthodique des éléments d'un ensemble »². Appliquée au dommage, elle conduit à l'ordonnance-ment « de chefs de préjudices indemnisables suivant des critères rationnels associés » Elle repose donc en tout premier lieu sur la distinction claire des notions de dommage - conçu comme le siège de l'atteinte - des préjudices qui en découlent. Dans ce contexte, elle vise tout à la fois à définir, qualifier et ordonner les différents préjudices découlant d'un dommage.

Non exclusive des atteintes corporelles puisque cette technique a pu être mobilisée notamment dans le cas de celles à l'environnement, elle a toutefois connu sa plus grande fortune dans ce cadre où l'utilisation de la nomenclature dite « Dintilhac », du nom du président du groupe de travail qui en a été en partie à l'origine³, est aujourd'hui quasi incontournable. Ainsi que le soulignait le rapport, cet instrument « cherche à répondre à l'attente légitime des victimes qui souhaitent toutes une meilleure lisibilité et prévisibilité de leurs préjudices susceptibles d'être indemnisés »⁴.

Pour autant la situation de la victime ne saurait être envisagée au regard des seules règles du droit commun car la prise en charge d'une personne atteinte dans son intégrité physique ou psychique résulte de la conjonction de plusieurs corps de

1 Expression utilisée par G. Durry, « Rapport de synthèse », *Resp. civ. assur.* 1998 (n° spécial « Le préjudice. Questions choisies »), p. 32.

2 Association Henri Capitant (dir.), *Vocabulaire juridique Capitant*, PUF, 12^e éd. 2018, v° Nomenclature.

3 J.-P. Dintilhac (dir.), *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, La Doc. française, 2006 (<https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>).

4 *Ibid.*

règles dont principalement celles issues du droit de la responsabilité entendu au sens large, du droit de la protection sociale, des assurances, et dans une certaine mesure, du droit pénal. Ces différentes règles contribuent à l'indemnisation des victimes, se complétant souvent, s'opposant parfois de manière plus frontale, posant donc la question de leur articulation et de leurs influences réciproques.

Dans une telle situation, la question de l'empreinte du droit de la sécurité sociale sur l'adoption d'une nomenclature des postes de préjudices doit donc être posée. Opération première de la liquidation des préjudices des victimes en droit commun de la responsabilité, la mise en œuvre d'une nomenclature s'inscrit dans ce contexte juridique complexe de complémentarité des modèles. Pour mesurer la portée exacte de cette influence, il conviendra donc de voir dans quelle mesure le droit de la sécurité sociale a pu inspirer la reconnaissance (I) comme le contenu de la nomenclature Dintilhac (II).

I. INFLUENCES DU DROIT DE LA SÉCURITÉ SOCIALE SUR LA CONSÉCRATION DE LA NOMENCLATURE

Le rôle que la Sécurité sociale et les autres tiers payeurs peut jouer dans le cadre de l'indemnisation des victimes d'accident corporel a très certainement eu une influence sur la consécration de la nomenclature Dintilhac, tant au regard de son existence même (I-1) que de son effectivité (I-2).

I-1/ Influence sur l'édition de la nomenclature

La saisine des différentes facettes du dommage subi par la victime par la technique d'une nomenclature est un phénomène tout à la fois récent en droit français et assez isolé d'un point de vue comparatiste⁵. Cette originalité tout à la fois historique et géographique doit nous pousser à identifier les raisons ayant conduit à l'adoption d'un tel outil et le rôle que peut avoir le droit de la sécurité sociale sur ce phénomène.

Pour ce faire, un retour aux sources s'impose, un retour vers les circonstances entourant les premières réflexions ayant conduit à la nomenclature telle que nous la connaissons aujourd'hui.

Au-delà de propositions doctrinales assez isolées ayant plaidé en faveur d'une rationalisation de l'indemnisation du dommage corporel⁶, la première étape institutionnelle précédant l'édition d'une nomenclature a été le rapport du CNAV, rédigé sous la direction de Madame le Professeur Lambert-Faivre, dont la mission était notamment de réfléchir « à une définition claire des postes de préjudices, en distinguant précisément les préjudices strictement personnels et les préjudices économiques sur lesquels sont exercés les recours des organismes sociaux », dans un cadre plus large visant à la recherche « de modalités d'indemnisation de la victime plus justes et plus

5 Ph. Pierre, « La nomenclature, une dynamique ? », *Gaz. Pal.* 24 déc. 2014, p. 11. V. également F. Leduc et Ph. Pierre, *La réparation intégrale en Europe*, Larcier, 2012.

6 V. par exemple, Y. Lambert-Faivre, « Méthodologie d'évaluation du dommage corporel », *Gaz. Pal.*, 3 juill. 1991, p. 16 et « Méthodologie de l'indemnisation du dommage corporel en droit commun : aspects juridiques », *Rev. fr. domm. corp.* 1992, p. 5.

transparentes »⁷.

La seconde a été celle du groupe de travail présidé par Jean-Pierre Dintilhac, dont la lettre de mission replace la réflexion dans le cadre des objectifs suivis alors par le secrétariat d'état aux droits des victimes, soit : « l'harmonisation des critères d'indemnisation, et la clarification des règles du recours subrogatoire des organismes sociaux », la lettre précisant qu'il convient de lier « ces réformes à l'établissement d'une nomenclature des chefs de préjudices cohérente reposant sur une distinction claire entre les préjudices économiques et non économiques »⁸.

Dès l'abord, le lien étroit entre l'élaboration d'une nomenclature et le recours des tiers payeurs a donc été nettement établi, celle-ci poursuivant notamment un but de clarification, et sans doute d'amélioration des règles de celui-là.

Pourquoi un tel besoin ? Pour l'identifier, rappelons en quelques mots la situation antérieure à la mise en place de tels instruments. Dominée par le principe des pouvoirs souverains des juges du fond, l'évaluation du dommage corporel, dans la phase d'identification des postes réparables, n'était pas encadrée par un outil commun, laissant donc la place à la reconnaissance hétéroclite de postes de préjudices, contraire au principe d'égalité entre victimes⁹. Par ailleurs, la très controversée notion d'IPP qui mêlait dans un même concept l'indemnisation de préjudices patrimoniaux et extra-patrimoniaux de la victime était source de nombreuses difficultés¹⁰, notamment au regard de la mise en œuvre du recours des tiers payeurs. Alors en effet qu'une telle solution était admise par la jurisprudence¹¹, une partie de doctrine dénonçait l'imputation des créances des tiers payeurs sur ce poste qui visait pour partie à indemniser des préjudices personnels, en opposition avec les règles de la subrogation.

C'est donc notamment par souci d'une clarification, ou plus précisément d'une meilleure adéquation des postes de préjudices réparables au regard des catégories mises en jeu dans le cadre du recours des organismes sociaux, que la nécessité d'une nomenclature a été conçue. Celle-ci a donc dès l'origine été envisagée comme un outil utile dans la perspective du jeu de ce recours.

Cet outil n'a toutefois pas été conçu de manière neutre, et on peut sans doute affirmer, au moins en ce qui concerne les travaux du CNAV, qu'il a été également appréhendé comme un moyen de cantonnement de ces recours. La création du déficit fonctionnel, issu de la scission des deux composantes de l'incapacité professionnelle, a en effet été pensée, non seulement dans une volonté de clarification de la qualification des postes, mais aussi et surtout pour faire échapper la part physiologique de l'IPP au recours des tiers payeurs, pour la « sanctuariser » dans un souci de protection des droits des victimes. Même si cette volonté a par la suite en partie été neutralisée par la jurisprudence de la Cour de cassation¹², cette intention initiale de saurait être oubliée.

7 Y. Lambert-Faivre (dir.), *L'indemnisation du dommage corporel. Rapport du CNAV au ministère de la Justice*, 2003.

8 V. la lettre de mission du groupe de travail, in J.-P. Dintilhac (dir.), *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, rapp. préc. (note 3).

9 Pour un rappel de la situation antérieure aux nomenclatures, v. Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 8^e éd. 2016, n^{os} 38 et s.

10 Pour une synthèse de ces difficultés, v. Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel, op. cit.* (note 9), n^o 39.

11 V. not. Cass. ass. plén., 19 déc. 2003, *D.* 2004, p. 161, note Y. Lambert-Faivre et *JCP G* 2004, II, 10008, note P. Jourdain.

12 Jurisprudence constante depuis Cass. crim., 19 mai 2009, *D.* 2009, p. 1716 et 2010, p. 53, note O. Gout ; *RTD civ.* 2009, p. 545, obs. P. Jourdain ; Cass. 2^e civ., 11 juin 2009, *JCP G* 2009, 195, note S. Porchy-Simon et *D.* 2009, p. 1789, note P. Jourdain.

La prise en compte des effets du recours des tiers payeurs n'est bien entendu pas le seul motif ayant conduit à l'existence des nomenclatures et cet élément ne doit pas occulter d'autres raisons encore plus fondamentales à leur instauration. On peut citer à cet égard le souci d'harmonisation des pratiques de tous les acteurs de la réparation ainsi que la volonté de rationalisation de l'indemnisation par la tentative d'appréhender les différentes composantes juridiques d'un dommage corporel, qui demeure une démarche tout à fait singulière. « Que la blessure puisse se dire, s'énoncer en des formes telles que le droit puisse les investir, ne peut en effet que susciter l'étonnement, sinon la fascination »¹³ remarquait ainsi récemment un philosophe.

Motif non exclusif de la mise en place des nomenclatures mais malgré tout déterminant, l'existence du recours des organismes sociaux a en outre été la cause, absolument décisive, de leur effectivité.

I-2/ Influence sur l'effectivité de la nomenclature

La nomenclature des postes de préjudices réparables issue des rapports du CNAV et du groupe de travail Dintilhac, même si elle est aujourd'hui très largement utilisée par les tribunaux judiciaires et, dans une moindre mesure, administratifs n'a pour l'heure été rendue obligatoire par aucun texte de nature légale ou réglementaire, même si on sait que depuis 2014, l'idée d'en imposer et généraliser l'application par décret est apparue à plusieurs reprises¹⁴. Cette solution devrait au plus tard voir le jour à l'occasion de la réforme de notre droit de la responsabilité puisque tous les projets prévoient l'officialisation d'une nomenclature des postes de préjudices réparables, qui deviendrait un outil obligatoire devant les deux ordres de juridictions comme dans le cadre transactionnel¹⁵.

Technique incontournable de la liquidation des préjudices corporels dont on n'imaginerait pas pouvoir aujourd'hui se passer, la nomenclature n'a toutefois pas fait l'objet d'une application immédiate à la suite de la publication des rapports du CNAV et Dintilhac, respectivement en octobre 2003 et juillet 2005. Malgré l'accueil favorable consacré à ces travaux, l'utilisation concrète de la nomenclature qui y était proposée demeura très marginale. Le succès est dans les premiers temps resté, il faut bien le dire, seulement d'estime !

Le facteur de son expansion a été, de l'avis général, la réforme des règles gouvernant le recours des tiers payeurs issue de l'article 26 de la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 qui, imposant un recours poste par poste, nécessita, pour sa mise en œuvre pratique, l'utilisation d'une nomenclature. Le fonctionnement correct des nouvelles règles d'imputation, « poste par poste » sur les seules indemnités que la prestation indemnise, supposait en effet que les acteurs de la réparation du dommage corporel identifient puis définissent de manière homogène les préjudices réparables afin que le recours s'impute de manière cohérente. Les acteurs de la réparation avaient donc besoin d'un outil et ont saisi celui qui étaient

13 J.-B. Prevost, *Penser la blessure, un éclairage philosophique sur la réparation du préjudice corporel*, LGDJ, 2018, p. 164.

14 Sur la valeur normative de la nomenclature, v. H. Adida-Canac, « Le contrôle de la nomenclature Dintilhac par la Cour de cassation », *D.* 2011, p. 1497 ; M. Bacache, « La nomenclature, une norme ? », *Gaz. Pal.* 24 déc. 2014, p. 7 et M. Robineau, « Le statut normatif de la nomenclature Dintilhac », *JCP G* 2010, 612

15 V. en dernier lieu art. 1269 du projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017.

à portée de leur main : la nomenclature Dintilhac¹⁶.

La coïncidence temporelle entre la réforme du recours des tiers payeurs et le ralliement à la nomenclature est ainsi frappante. La FFSA en a en effet prôné l'application dès décembre 2006, la première mission AREDOC bâtie sur sa trame ayant été publiée à la même période ; la chancellerie en a recommandé la mise en œuvre dans une circulaire du 22 février 2017 ; les principaux fonds ont de même décidé de son application sur cette même période¹⁷. La mobilisation quasi immédiate de la nomenclature par les juges du fond à la suite de cette réforme a par la suite donné lieu aux premiers arrêts de la cour de cassation concernant son application dès 2009, via le prisme de la réparation intégrale¹⁸. Au terme d'un phénomène très bien décrit par H. Adida-Canac, « le contrôle de la norme d'ordre public » issue du recours des tiers payeurs « a engendré mécaniquement un contrôle de la norme facultative »¹⁹.

Seules sont demeurées à l'écart de ce mouvement, au moins temporairement, les juridictions administratives puisqu'on sait que le Conseil d'État, à travers son avis Lagier du 4 juin 2007²⁰, a fait le choix d'une autre nomenclature. Toutefois, même si la liste des postes initialement choisie a été différente, l'ordre administratif, confronté à la nécessaire mise en œuvre des règles du recours, a également opté pour l'utilisation de ce même type d'outil. De plus, il est intéressant de noter que le modèle choisi, jugé plus simple que celui issu du groupe de travail Dintilhac, l'a été en large partie en considération du contenu des règles du recours des tiers payeurs, les postes tels que définis dans l'avis Lagier ayant en effet été conçus comme tels car jugés plus favorable aux victimes dans le cadre de la mise en œuvre du recours. On sait toutefois que depuis 2013, le Conseil d'Etat autorise les juges à utiliser la nomenclature Dintilhac²¹, qui gagne au sein de ces juridictions progressivement du terrain.

Sous cette réserve, le rayonnement de la nomenclature Dintilhac a donc clairement été impulsé par la réforme du recours des tiers payeurs, sans laquelle sa normativité aurait très certainement été beaucoup plus lente à s'affirmer, nonobstant les avantages précités d'un tel outil. Gardons ainsi à l'esprit l'exemple parallèle de la nomenclature des préjudices liés à l'atteinte à l'environnement mais aussi celle issue du groupe de travail du CNAV, dont les applications sont, dans les deux cas, demeurées très marginales.

Les règles du droit de la sécurité sociale ont donc très nettement pesé sur la reconnaissance de la nomenclature, tant lors de son édicition que dans son effectivité. Cette influence s'étend elle plus loin ? A-t-elle en effet eu un rôle sur la manière dont a été défini le contenu même de la nomenclature ? Cette réflexion sera l'objet de notre deuxième partie.

16 B. Chifflet, « Le point de vue du magistrat judiciaire sur la mise en place d'une nomenclature unique des postes de préjudices réparables », *Gaz. Pal.* 23 déc. 2011, p. 27

17 V. par exemple l'ONIAM qui a opté pour son application par une délibération du 12 décembre 2007.

18 Sur cette question, v. H. Adida-Canac, « Le contrôle de la nomenclature Dintilhac par la Cour de cassation », art. préc. (note 14).

19 H. Adida-Canac, « Le contrôle de la nomenclature Dintilhac par la Cour de cassation », art. préc. (note 14).

20 CE, avis, 4 juin 2007, *Lagier*, *JCP A* 2007, 1897 et *RTD civ.* 2007, p. 577, obs. P. Jourdain.

21 CE, 7 oct. 2013, n^{os} 337851 et 338532, *AJDA* 2014, p. 295 note T. Leleu et *RTD civ.* 2014, p. 131, obs. P. Joudain ; 6 nov. 2013, n^o 345696, *AJDA* 2014, p. 141 et 16 déc. 2014, n^o 346575, *AJDA* 2014, p. 524, concl. F. Lambomez ; *RFDA* 2014, p. 317, note C. Lantero ; *D.* 2014, p. 2365 obs. A. Guégan-Lécuyer. V. également, F. Lambomez et M. Deguerge, « La nomenclature : un outil d'uniformisation des jurisprudences civile et administratives ? », *Gaz. Pal.* 24 déc. 2014, p. 16. V. encore les contributions au numéro spécial « La réparation des préjudices en droit administratif » in *AJDA* 2014 (n^o 32) : H. Belrhali-Bernard, « Pour une étude des réalités de la responsabilité administrative », *AJDA* 2014, p. 1805 ; H.-B. Pouillaude, « Les chefs de préjudice en droit de la responsabilité administrative », *AJDA* 2014, p. 1809 et C. Froger, « Le coût budgétaire, obstacle à la réparation des préjudices ? », *AJDA* 2014, p. 1825.

II. INFLUENCES DU DROIT DE LA SÉCURITÉ SOCIALE SUR LA CONSÉCRATION DE LA NOMENCLATURE

Si la structure de la nomenclature semble être en adéquation partielle avec le droit de la sécurité sociale (II-1), la manière dont a été conçu son contenu révèle en revanche son autonomie méthodologique (II-2).

II-1/ Une structure en adéquation partielle avec le droit de la sécurité sociale

L'étude du contenu de la nomenclature Dintilhac et des rapports ayant conduit à son adoption démontrent que celle-ci porte une certaine empreinte des règles du droit de la sécurité sociale, ce qui ne saurait étonner si on se rappelle que l'une des utilités majeures de cet outil est justement de permettre le fonctionnement du recours des tiers payeurs.

Cette influence se retrouve ainsi très certainement dans deux des grandes articulations de la nomenclature : la distinction des préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux et celle des préjudices temporaires et permanents.

Concernant tout d'abord la distinction des préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux, celle-ci est en effet au cœur des ambitions de la nomenclature puisque son but premier a été de redonner, ainsi que cela a déjà été rapidement souligné, une juste qualification aux préjudices de la victime directe, en distinguant ce qui relève de l'avoir et de l'être, cette seconde catégorie, constituant la compensation de l'aspect le plus intime et personnel du dommage corporel et devant donc être mis à l'abri de toute prétention des tiers .

Cette qualification est en outre une nécessité d'un point de vue pratique dans la mesure où, avant même la réforme du recours des tiers payeurs par la loi du 21 décembre 2006, l'ancienne version de l'article 31 de la loi du 5 juillet 1985 autorisait l'imputation sur les indemnités reçues par la victime, à l'exclusion de la part relevant des postes dits personnels, c'est-à-dire extrapatrimoniaux, dont le contenu exact restait toutefois alors incertain. Ce cantonnement a été renforcé par la loi du 21 décembre 2006, qui a modifié la rédaction de cet article, qui oppose aujourd'hui très nettement le régime de ces deux groupes de postes. Le recours est donc autorisé sans condition spécifique sur les postes patrimoniaux alors qu'il est en revanche en théorie subordonné à de strictes exigences – preuve incontestable de la prise en compte du poste par le tiers payeurs et paiement préalable – lorsqu'il s'exerce sur les postes extrapatrimoniaux. La jurisprudence très contestable de la Cour de cassation a certes fortement neutralisé cette opposition de régime en oubliant, dans sa célèbre jurisprudence relative à l'imputation de la rente accident du travail sur le déficit fonctionnel permanent²², cette double exigence, mais elle n'en reste pas moins prévue par la loi. Le Conseil d'Etat a quant à lui opté pour une application beaucoup plus rigoureuse de la loi, donnant plein effet à la volonté clairement issue notamment du rapport du

²²Cass. crim., 19 mai 2009, arrêt préc. (note 12) et 2^e civ., 11 juin 2009, arrêt préc. (note 12).

CNAV d'exclure tout recours sur le déficit fonctionnel²³. On sait d'ailleurs que le projet ministériel de réforme de la responsabilité civile de mars 2017 prévoit de renforcer le rôle de cette distinction du patrimonial et de l'extrapatrimonial en excluant à l'avenir, et désormais sans exception, tout recours sur cette seconde catégorie²⁴.

La nomenclature est par ailleurs irriguée par une seconde distinction, celle des préjudices temporaires et permanents qui s'organise autour de la notion médico-légale de consolidation²⁵, celle-ci précisant en effet que le terme « temporaire » désigne les préjudices antérieurs à consolidation et le terme « permanents » ceux qui leur sont postérieurs.

Cette distinction, dans une pure logique de droit civil, ne s'impose pourtant pas avec une totale évidence et n'est d'ailleurs pas appliquée totalement par la nomenclature. Celle-ci l'exclut ainsi dans le cas des victimes indirectes et a dû en admettre les limites en consacrant un poste hors consolidation, le préjudice lié à des pathologies évolutives. On pourrait d'ailleurs imaginer une autre articulation, sans doute plus pertinente dans une pure optique civiliste, conçue autour de la date du jugement ou de la transaction. Cette solution éviterait l'obligation toujours complexe, et parfois sources de difficultés pratiques, de devoir liquider certains postes dits « futurs » en deux temps : celui courant de la consolidation au jugement, qui concerne de fait des préjudices déjà passés et qui doivent être chiffrés sous forme d'arrérages échus, et celui postérieur à ce jugement, où il s'agit alors d'arrérages à échoir.

Ce n'est pourtant pas cette logique civiliste qui a été retenue lors de la conception de la nomenclature, mais une autre, celle du droit de la sécurité sociale, notamment dans sa partie intéressant les accidents du travail où la consolidation est la charnière autour de laquelle s'organise l'indemnisation des victimes. S'émanciper de ce modèle aurait certes été possible mais aurait posé de graves difficultés techniques lors de l'imputation du recours des tiers payeurs. Déjà source de nombreuses difficultés pratiques, cette imputation aurait été rendue encore plus difficile si elle avait dû s'opérer sur des indemnisations fondées sur des temporalités différentes.

Si l'architecture de la nomenclature Dintilhac a donc été conçue en prenant en compte le droit de la sécurité sociale, son contenu même s'en émancipe toutefois assez fondamentalement.

II-2/ Un contenu autonome

Deux exemples topiques permettent de démontrer cette émancipation conceptuelle.

Le premier réside dans l'abandon des concepts d'ITT et d'IPP, issus du droit de la sécurité sociale et dont la transposition en droit commun a été la source de beaucoup de confusions et de controverses dans la réparation du dommage corporel avant

23 CE, avis, 5 mars 2008, n° 272447, *D.* 2008, p. 921 ; *AJDA* 2008, p. 941 concl. J.-P. Thiellay ; 8 mars 2013, n° 361272, *D.* 2013, p. 1258, note S. Porchy-Simon et p. 2658, obs. M. Bacache ; *AJDA* 2013, p. 793, chr. X. Domino et A. Bretonneau. V. également

H. Groutel, « Cour de cassation et Conseil d'Etat : la grande discorde », *Resp. civ. assur.* 2013, repère 6.

24 Art. 1276 du projet de réforme de la responsabilité de mars 2017.

25 Sur cette notion, v. les travaux des États généraux du dommage corporel du 4 février 2010 sur le thème du « Dommage corporel conjugué à tous les temps » (v. en particulier la table ronde sur le thème « Autour de la consolidation : enjeux et implications », *Gaz. Pal.* 4 avr. 2011, p. 31 et s.). V. également les travaux du congrès de l'AMEDOC sur le thème « Autour de la consolidation », in *Rev. fr. domm. corp.* 1992, p. 361 et s. ainsi que A. Papelard, « Réflexions sur la consolidation », *Rev. fr. domm. corp.* 2003, 1, p. 47.

l'adoption des nomenclatures. Issues de la législation des accidents du travail et entérinées dans les articles L. 431-1 et s. CSS, ces notions d'incapacité sont essentielles dans le cadre du droit de la sécurité sociale mais ont été totalement abandonnées en droit commun, à partir de la mise en œuvre de la nomenclature Dintilhac. Celle-ci a en effet scindé ces notions en deux séries de postes, l'un patrimonial, les pertes de gains²⁶, l'autre extrapatrimonial, le DFT ou le DFP. Cette innovation, qui marque l'émancipation conceptuelle de la nomenclature du droit de la sécurité sociale, avait inquiété certains notamment au regard des conséquences financières qu'une telle évolution pourrait engendrer puisque la part dite « physiologique » de l'invalidité semblait, par cette démarche, devoir échapper au recours. C'était toutefois sans compter sur la position de la Cour de cassation, qui par une jurisprudence *contra legem*, a permis de réintégrer le DFP dans l'assiette du recours des tiers payeurs²⁷. Cette solution ne remet toutefois pas en cause les intentions des auteurs de cette nomenclature, qui par la consécration de la notion de déficit fonctionnel, marquaient une volonté de rupture conceptuelle avec les catégories du droit de la sécurité sociale, inadaptées à la réparation sur le terrain du droit commun.

Une autre rupture avec ce modèle peut être observée à travers la manière dont a été conçue la notion même de poste de préjudices dans la nomenclature qui vise à appréhender chaque facette du dommage à travers une catégorie spécifique²⁸. Or, cette conception apparaît en décalage complet par rapport au droit de la sécurité sociale qui raisonne par type de prestation, au contenu le plus souvent hybride et évalué, dans un certain nombre de cas, de manière forfaitaire. Lors des auditions menées par le groupe de travail Dintilhac, il avait d'ailleurs été souligné par les représentants de la CNAM la difficulté à laquelle allait selon eux conduire cette émancipation du modèle du droit social lorsqu'il s'agirait d'imputer les prestations sociales sur ces postes conçus de manière indépendante de cette logique²⁹. Leur prédiction s'est en partie réalisée et explique pour un large part l'impossibilité, pourtant plusieurs fois évoquée, de mettre en place une table de concordance entre les prestations versées et les postes de la nomenclature, tâche rendue quasi impossible par la différence totale de logique entre ces deux systèmes.

Doit-on le regretter ? Il nous semble que non. La nomenclature Dintilhac a certes eu en partie comme fonction et surtout comme facteur d'effectivité le jeu des règles du recours des tiers payeurs. Elle est toutefois et avant tout bien autre chose : instrument de clarification du contenu du dommage, de contrôle plus effectif de la réparation intégrale ; vecteur d'une plus grande égalité entre victimes, d'une meilleure compréhension de l'indemnisation par tous les acteurs de la réparation ; mécanique d'harmonisation des pratiques juridictionnelles et transactionnelles, la nomenclature des postes de préjudices marque que la réparation du dommage corporel n'obéit pas seulement à une logique de sécurité sociale et qu'elle est avant tout au service des droits des victimes. Il faut, nous semble-t-il, s'en féliciter.

26 Pertes de gains qui peuvent être temporaires ou permanentes selon les cas.

27 V. la jurisprudence citée *supra* note 20.

28 En ce sens P. Jourdain, « Conclusion prospective du colloque "Autour de la nomenclature des préjudices corporels" », *Gaz. Pal.* 27 déc. 2014, p. 36.

29 J.-P. Dintilhac (dir.), *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, rapp. préc. (note 3), annexe 0 doc. 0.5.

La prise en charge des souffrances morales par la protection sociale

Morane Keim-Bagot

Professeur de droit privé

Université de Bourgogne

L'influence du droit de la sécurité sociale sur le droit de la responsabilité civile a été longuement étudiée¹. Existe-t-il, réciproquement une influence du droit de la responsabilité civile sur le droit de la sécurité sociale ? Plus précisément, existe-t-il une influence du droit de la responsabilité civile sur l'étendue de la prise en charge offerte par le droit de la sécurité sociale ?

Alors que le droit du dommage corporel semble connaître une extension exponentielle et irrésistible², une proposition a pu être avancée – pour les besoins de cette étude – selon laquelle, la protection sociale aurait des difficultés à résister à la pression de la société tendant à une compensation toujours plus étendue des incidences extrapatrimoniales d'une atteinte à la personne. L'hypothèse ainsi énoncée, ne manque néanmoins pas de heurter les conceptions du spécialiste de droit de la sécurité sociale qui pressent une impossibilité profonde de prise en charge des préjudices personnel par sa discipline de prédilection en raison de certains obstacles conceptuels. De fait, si les logiques qui innervent droit de la sécurité sociale et droit de la responsabilité civile ne sont pas incompatibles, elles sont tout de même fondamentalement différentes.

Cela étant, la réflexion doit, pour dépasser le stade primaire de l'intuition, donner lieu à une exploration de la matière à la recherche d'îlots de réparation du préjudice moral par le droit de la sécurité sociale, plus largement par le droit de la protection sociale. Ce n'est qu'à cette condition première qu'il pourra être déterminé si le mouvement supposé existe.

Une telle démarche nécessite alors au préalable, de définir lesdites souffrances morales. En effet, si les multiples critiques opposées au principe même de la réparation du préjudice moral³ semblent dépassées, le terme peut, en soi, prêter à confusion.

1 Sur les rapports réciproques entre droit de la responsabilité civile et droit de la sécurité sociale, v. M. Dahan, *Sécurité sociale et responsabilité (Etude critique du recours de la Sécurité sociale contre le tiers responsable)*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1963 et D. Constant, *L'influence de la Sécurité sociale sur la responsabilité civile*, in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 253.

2 V. J. Bourdoiseau, *L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations*, LGDJ, 2010.

3 G. Ripert, « Le prix de la douleur », *D.* 1948, chr. 1 et P. Esmein, « La commercialisation du dommage moral », *D.* 1954, chr. 113.

L'acception, de droit commun, retenue par la nomenclature Dintilhac peut apparaître trop restrictive dans la mesure où elle ne vise les « souffrances » comme poste de préjudice autonome qu'en tant que concernant les préjudices temporaires. Ainsi les « souffrances endurées » comprennent-elles : « l'indemnisation de toutes les souffrances physiques et psychiques, ainsi que des troubles associés, que doit endurer la victime durant la maladie traumatique, c'est-à-dire du jour de l'accident jusqu'à celui de la consolidation »⁴.

Une approche purement objectivée de la souffrance pourrait, au contraire, conduire à retenir son acception étendue comprenant les troubles psychologiques voire les troubles psychiatriques et à traiter notamment de l'anxiété, du stress post-traumatique et de la dépression. Ce biais conduirait toutefois à développer des raisonnements plus classiques tenant à la prise en charge de maladies que ce soit dans la Sécurité sociale pour le remboursement des frais médicaux, pour la réparation des risques professionnels⁵ ou la compensation de l'invalidité⁶ ; au-delà des strictes frontières de la Sécurité sociale, pour la question du bénéfice de l'allocation aux adultes handicapés⁷ et pourquoi pas même la prestation de compensation du handicap⁸. Il convient néanmoins de résister à la tentation dans la mesure où, pensé en terme de pathologie, le trouble psychologique est appréhendé comme une lésion à part entière et ce, au même titre qu'une infection virale ou bactérienne qui peut donner lieu à une prise en charge des préjudices tant extrapatrimoniaux que patrimoniaux.

Aussi, afin d'aborder les souffrances morales, d'un point de vue strictement extrapatrimonial, le terme « souffrance morale » doit être limité, pour les besoins de l'étude, à la souffrance psychologique, la détresse, la tristesse, le chagrin, dans leur seule dimension subjective.

La recherche consistait alors à réfléchir à la prise en charge de ces souffrances ainsi circonscrites par les mécanismes de protection sociale, prise en charge a priori antinomique en raison d'obstacles conceptuels (I). Elle révèle des îlots marginaux de prise en charge. Surtout, elle en interroge l'opportunité (II).

I. LES OBSTACLES CONCEPTUELS À LA PRISE EN CHARGE DES SOUFFRANCES MORALES PAR LES PRESTATIONS DE PROTECTION SOCIALE

Deux séries d'obstacles peuvent être relevées qui, en raison des distinctions profondes qu'elles opèrent entre droit de la responsabilité civile et droit de la protection sociale, ne devraient pas permettre de faire émerger dans le second la réparation des souffrances morales, promues, ou à tout le moins reconnues, par le premier. Elles concernent tout à la fois, la finalité des prestations de protection sociale ainsi que leur élément déclencheur ou fait générateur.

4 J.-P. Dintilhac, *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, La Doc. française, 2015.

5 CSS, Livre IV.

6 CSS, art. L. 341-1 et s. Les psychopathologies sont la première cause d'entrée en invalidité.

7 CASF, art. L. 821-1.

8 CASF, art. L.245-1 et s.

I-1/ Des finalités distinctes

Le premier obstacle conceptuel réside, d'abord, dans la différence fondamentale quant aux finalités respectives des droit de la responsabilité civile et de la sécurité sociale voire de la protection sociale⁹. Il est certainement utile de rappeler, à ce stade, que la finalité du droit de la sécurité sociale, consiste avant tout à combler le besoin de sécurité des individus¹⁰, entendue comme sécurité économique.

L'on a certes pu observer une tendance générale à une extension de la protection à des risques de plus en plus nombreux ; « de l'idée primitive d'une assurance de la force de travail du salarié contre les événements qui en empêcheraient l'exercice, à l'idée beaucoup plus ambitieuse d'une garantie générale de la sécurité économique de tous les membres de la collectivité »¹¹. Toutefois, cette extension, si elle concerne les bénéficiaires de la sécurité, ne touche pas la conception de celle-ci qui n'a jamais été pensée autrement que comme économique et ne semble pas avoir été conçue comme devant assurer ou restaurer une sécurité morale ou affective. Il pourrait être avancé, par ailleurs, que c'est précisément parce que ces deux techniques, droit de la sécurité sociale et droit de la responsabilité civile poursuivent des objectifs différents qu'elles sont complémentaires et qu'elles s'articulent l'une avec l'autre sans qu'il ne puisse y avoir d'interstice entre les deux. Ainsi, dès lors qu'il y a atteinte, la dette de réparation du tiers n'est pas allégée par l'intervention de la Sécurité sociale. Par conséquent, parce que les finalités sont distinctes les indemnisations le sont nécessairement aussi.

L'on peut ainsi également légitimement s'interroger sur l'usage du terme « réparation » lorsqu'est évoquée une prestation sociale alors que la logique à l'œuvre relève plutôt de la prise en charge. À cet égard, un dernier obstacle réside dans les modalités de calcul des prestations. Alors que la réparation de droit commun du dommage corporel se veut intégrale, celle servie par la protection sociale est forfaitaire. En outre, les prestations ou allocations ne font entrer en ligne de compte pour leur calcul, aucune variable subjective et sont, le plus souvent, fonction des ressources de l'assuré. Il est à noter et c'est d'importance que si l'on admettait que les prestations de sécurité sociale, calculées sur la base du salaire, réparent des troubles subjectifs, des postes de préjudices extrapatrimoniaux, cela reviendrait ni plus ni moins à considérer que la souffrance morale des bas salaires vaudrait moins que celle des plus nantis¹².

I-2/ Des « faits générateurs » distincts

La terre d'élection du droit du dommage corporel est l'atteinte dans la survenance de laquelle est intervenu un tiers. Le raisonnement selon lequel il procède d'un déplacement de la responsabilité d'une dette de responsabilité à une créance

9 Sur les finalités du droit de la sécurité sociale, v. A. Rouast et P. Durand, *Sécurité sociale*, Dalloz, 1958 ; F. Netter, *La Sécurité sociale et ses principes*, Sirey, 1959 et J.-J. Dupeyroux, *Sécurité sociale*, Dalloz, 1965.

10 V. J.-P. Chauchard, « Les nécessaires mutations de l'État Providence : du risque social à l'émergence d'un droit besoin », *Dr. social* 2012, p. 135.

11 J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto et R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 18^e éd. 2015, n° 266.

12 V. F. Meyer, « L'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles : une jurisprudence incohérente », *Dr. ouvrier* 2010, p. 509, spéc. p. 511.

d'indemnisation est connu¹³. Et, l'extension des postes de préjudices procède de ce mouvement. Au contraire, le droit de la protection sociale peut sembler relativement indifférent à l'origine d'une atteinte initiale, qui n'a même pas à être extérieure. Les prestations de Sécurité sociale seront servies de la même façon. Tout au plus se posera-t-on la question d'une réparation complémentaire¹⁴ ou encore de la mise en cause d'un tiers responsable¹⁵. Si créance de l'assuré il y a, c'est un droit-créance de protection sociale et non une créance d'indemnisation conçue comme un droit subjectif à prestations¹⁶.

Par ailleurs, contrairement au dommage déclenchant l'intervention du droit de la responsabilité civile, les risques sociaux engendrant le versement de prestations, ne sont pas nécessairement malheureux. Le « risque » famille¹⁷ en particulier n'engendre pas, en général, de souffrances morales, si ce n'est en raison du manque de sommeil consécutif à l'heureux événement.

Pour en revenir aux souffrances morales, il importe peu qu'elles soient la conséquence d'une atteinte initiale, ou qu'elles constituent cette atteinte, en retenant du trouble une conception médicalisée. Le chagrin, les peurs, l'angoisse peuvent conduire un individu à consulter un médecin spécialiste, notamment en psychiatrie. Mais ainsi objectivées, les souffrances morales, ne sont pas traitées différemment d'une quelconque autre pathologie virale ou bactérienne et ce ne sont pas là des considérations de compensation d'une incidence extrapatrimoniale d'une atteinte initiale.

La question impose d'être réfléchie à l'aune de deux hypothèses. D'une part, celle dans laquelle il n'y a aucune intervention extérieure dans la survenance de l'atteinte. Elle ne mobilise que la seule Sécurité sociale, et ne permet la réparation que de préjudices objectifs. D'autre part, celle selon laquelle il y a implication d'un tiers impliquant l'intervention du droit de la responsabilité civile, qui sera amené à permettre la réparation des souffrances psychiques, comme un des préjudices découlant du dommage¹⁸.

Ainsi, il ressort de ce rapide aperçu que la réparation des souffrances morales par le droit de la protection sociale nécessiterait une torsion en profondeur tant de la finalité des Institutions, des faits générateurs de prestations et de leur mode de calcul. Ce constat fait, il restait toutefois à déterminer s'il n'existait pas des îlots de réparation des souffrances morales dans le droit de la sécurité sociale et l'aide sociale.

II. DES ÎLOTS RÉSIDUELS DE RÉPARATION DES SOUFFRANCES MORALES PAR LES MÉCANISMES DE PROTECTION SOCIALE

Rarissimes sont les textes tant dans le code de la sécurité sociale que dans celui de l'action sociale et des familles à aborder, même de façon détournée, la réparation

13 Y. Lambert-Faivre, « L'évolution de la responsabilité civile, d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *RTD civ.* 1987, p.1.

14 V., par exemple, les articles L. 452-2 et 452-3 du Code de la sécurité sociale.

15 V., par exemple, l'article L. 454-1 du Code de la sécurité sociale.

16 L.-E. Camaji, *La personne dans la protection sociale. Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales*, Dalloz, 2008.

17 V. CSS, livre V.

18 Sur la distinction entre préjudice et dommage, v. Y. Lambert-Faivre (dir.), *L'indemnisation du dommage corporel. Rapport du CNAV au ministère de la Justice*, 2003 ; v. également art. 1235 de l'avant-projet de réforme de droit de la responsabilité civile.

des souffrances psychiques¹⁹. Peuvent être cités à ce titre : le décret n° 2004-751 du 27 juillet 2004 instituant une aide financière en reconnaissance des souffrances endurées par les orphelins dont les parents ont été victimes d'actes de barbarie durant la deuxième guerre mondiale. Les codes de la sécurité sociale et de l'action sociale et des familles excluent ces sommes, des ressources utilisées pour déterminer le revenu de solidarité active ainsi que la prime d'activité²⁰.

L'on retrouve également l'exigence affirmée pour les établissements accueillant des adultes handicapés qui n'ont su retrouver de l'autonomie, de prêter attention à l'expression d'une souffrance physique ou psychique des personnes qui sont accueillies²¹.

Enfin, l'on pourrait supposer au prix d'un travail d'interprétation relevant peut-être plus de la psychanalyse que du droit, qu'il existe une prise en considération de la souffrance psychologique du patient, lorsque la convention médicale de 2016 valorise certaines consultations. À ce titre, l'on relèvera la consultation en présence de la famille, d'un tiers social ou médico-social, par le psychiatre et pédopsychiatre pour un enfant présentant une pathologie psychiatrique grave elle est valorisée par le biais de la majoration dite MPF portée à 20 euros²². L'on notera également la consultation initiale d'information du patient et de mise en place d'une stratégie thérapeutique pour les patients atteints de cancer ou de pathologie neurologique grave ou neurodégénérative, réalisée par le médecin. Il pourra aisément être objecté à cette analyse que la consultation est valorisée en raison du nombre d'informations échangées, de la possible mise en place du protocole de soins mais ne s'agit-il pas également, pour la première de prendre en compte la douleur des proches, pour la seconde, la douleur du patient, partant d'admettre qu'en raison de la nature difficile de cette consultation, celle-ci doit être allongée en temps pour prendre en considération la souffrance soit qu'elle occasionne soit qui s'exprime à cette occasion ?

En dehors de ces hypothèses marginales, l'exemple topique de la réparation des souffrances psychiques par le droit de la sécurité sociale concerne celles subies par le salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle imputables à la faute inexcusable de l'employeur en vertu de l'article L. 452-3 du Code de la sécurité sociale. Il faut comprendre ce texte comme dépassant le refoulement habituel du droit de la responsabilité civile dans le droit de la protection sociale, ce qui peut expliquer qu'il soit à ce jour, le seul à tenir compte de ces souffrances. Les conditions dans lesquelles il le fait offrent des pistes de réponse à la question suivante : est-il souhaitable que le droit de la protection sociale répare les souffrances psychiques des assurés ?

¹⁹ Une recherche par mots-clés fait apparaître quatre occurrences dans le Code de la sécurité sociale et trois dans le Code de l'action sociale et des familles.

²⁰ CASF, art. R. 262-11 et CSS, art. L. 844-5.

²¹ CASF, D. 344-5-3.

²² <https://convention2016.ameli.fr>.

II-1/ La réparation des souffrances morales dans le droit des risques professionnels

Le droit des risques professionnels²³, accidents du travail et maladies professionnelles permet la réparation du préjudice moral, dans les hypothèses suivantes toutes liées à la faute inexcusable de l'employeur²⁴. Pour la victime directe, l'article L. 452-3 du Code de la sécurité sociale prévoit la réparation des souffrances psychiques et physiques post consolidation Pour les ayants droit²⁵, ce qui implique que la victime soit décédée, ils peuvent d'une part la réparation de leur préjudice moral²⁶, d'autre part, ils peuvent exercer l'action en réparation du préjudice moral personnel de la victime résultant de sa maladie, au titre de l'action successorale. Ce sont toutefois des exemples marginaux en forme de réminiscence de la responsabilité civile dans la sphère de l'accident du travail²⁷. Les indemnités servies, sont certes avancées par la caisse mais il ne s'agit ni de prestations ni d'allocations²⁸. Elles sont octroyées à raison d'une faute²⁹.

L'article L. 452-3 du Code de la sécurité sociale prévoit qu'indépendamment de la majoration de rente qu'elle reçoit la victime a le droit de demander à l'employeur devant la juridiction de sécurité sociale la réparation du préjudice causé par les souffrances physiques et morales par elle endurées. Cette affirmation se heurte néanmoins à une conception hypertrophiée de la rente AT-MP retenue par la Cour de cassation depuis 2008³⁰ conjuguée à une confusion qui semble être opérée par les juges avec le droit commun. En effet, alors qu'il a toujours été acquis que la rente, symbole de la réparation forfaitaire, excluait l'indemnisation de préjudices subjectifs, troubles de l'existence, préjudices moraux et familiaux ; la deuxième chambre civile estime pourtant, à ce jour que la rente, indemnise tout à la fois le déficit fonctionnel permanent, la perte de capacité de gains de la victime et son incidence professionnelle³¹. Or, sont indemnisées au sein du déficit fonctionnel permanent : les souffrances physiques et morales.

Ainsi, malgré la lettre de l'article L. 452-3 précité, la Haute juridiction demande aux juges du fond à vérifier si les souffrances physiques et morales de la victime ne sont pas « déjà indemnisées au titre du déficit fonctionnel permanent réparé par la rente accident du travail majorée »³². La logique sous tendant la solution est simple : la rente indemnise le déficit fonctionnel permanent, ce dernier inclut la douleur, l'on peut alors considérer que la rente indemnise la souffrance.

23 V. CSS, livre IV.

24 V. article L. 451-1 du Code de la sécurité sociale.

25 CSS, art. L. 434-7.

26 CSS, art. L. 452-3 al. 2. Cette réparation n'est ouverte qu'aux ayants droits qui n'ont pas droit à une rente.

27 F. Meyer, « La problématique de la réparation intégrale », *Dr. social* 1990, p. 718.

28 CSS, art. L. 452-3 al. 3.

29 Sur la définition de la faute inexcusable de l'employeur, v. Cass. soc. 28 févr. 2002, n° 99-17.201, 00-11.793, 99-21.255, 99-18.389, 00-13.172 et 99-17.221. *Bull. civ. V*, n° 81 ; A. Lyon-Caen, « Une révolution dans le droit des accidents du travail », *Dr. social* 2002, p. 44 ; F. Meyer, Note sous Soc. 28 févr. 2002, *Dr. ouvrier* 2002, p. 166 ; Y. Saint-Jours, « Manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat et faute inexcusable », *D.* 2002, p. 2265 et X. Prétot, « La nouvelle définition de la faute inexcusable de l'employeur, une jurisprudence *contra legem* ? », *D.* 2002, p. 2696.

30 V. Cass. 2^e civ., 23 oct. 2008, n° 07-18.819, *Bull. civ. II* n° 229 et Cass. avis, 29 oct. 2007, n° 007015P.

31 Pour une critique de cette solution, v. P. Sargos, « L'erreur de droit permanente en matière de recours des tiers payeurs d'une rente accident du travail », *Gaz. Pal.* 25 nov. 2010, p. 5.

32 V. not. Cass. 2^e civ., 28 févr. 2013, n° 11-21.015, *Bull. civ. II* n° 48.

Cette analyse doit néanmoins être combattue avec force³³.

La rente repose sur un taux d'incapacité issu d'un barème³⁴, multiplié par le salaire de référence de l'assuré³⁵. Or, le barème a été conçu pour prendre en considération l'atteinte physique qu'en tant qu'atteinte au corps laborieux. Le travailleur est ainsi « assimilé à une mécanique, dont chaque organe représente telle part dans l'accomplissement de la besogne »³⁶. Toute douleur est exclue du barème, que ce soit dans sa dimension physique ou psychologique. Tout au plus peut-on concéder que le barème indicatif des accidents du travail, lorsqu'il est question des séquelles du rachis dorsal, distingue selon l'importance des douleurs engendrées³⁷.

Comment expliquer alors cette solution ? Outre l'effet d'épouvantail du risque de la double indemnisation, il y a, en la matière, une vraie confusion³⁸ opérée du fait d'un raisonnement en référence à la nomenclature Dintilhac qui intègre les souffrances endurées, lorsqu'elles sont permanentes, dans le déficit fonctionnel permanent³⁹. Et l'on voit comment l'incursion des logiques de la responsabilité civile dans la réparation de la faute inexcusable, de droit de la sécurité sociale a induit au-delà d'une grande confusion, la privation potentielle de l'indemnisation de la victime de ses souffrances morales.

Ce constat impose de s'interroger sur l'opportunité qu'il y aurait à reconnaître plus largement la réparation des souffrances morales par le droit de la protection sociale.

II-2/ De l'opportunité d'une extension de la prise en charge des souffrances morales par la protection sociale

Un raisonnement développé sous l'angle de considérations d'égalité de traitement et de justice sociale conduit à souhaiter que les prestations sociales soient élargies à la prise en charge des préjudices subjectifs des victimes telle qu'elle peut être observée dans le droit commun. Toutefois, si l'on insistait à « forcer » les prestations pour y inclure les souffrances morales, ne risque-t-on pas de voir émerger l'argument selon lequel elles seraient déjà incluses dans la prestation servie comme cela a pu être observé en matière de risque professionnel ?

La question emporte, par ailleurs, des effets d'ampleur quant aux recours que peut exercer la Sécurité sociale en tant que tiers payeur si un tiers est impliqué dans la survenance du dommage. En effet, en vertu de l'article L. 376-1 du Code de la sécurité sociale, les recours subrogatoires des caisses contre les tiers s'exercent poste par poste sur les seules indemnités qui réparent des préjudices qu'elles ont pris en charge, à l'exclusion des préjudices à caractère personnel. Cependant, si le tiers

33 C. Bernfeld, « Candida au pays du recours des tiers payeurs, "où il est démontré que les choses ne peuvent pas être autrement" », *Gaz. Pal.* 29 déc. 2009, p. 4 ; F. Meyer, « L'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles : une jurisprudence incohérente », *Dr. ouvrier* 2010, p. 509 ; P. Sargos, « L'erreur de droit permanente en matière de recours des tiers payeurs d'une rente accident du travail », art. préc. (note 31) et M. Keim-Bagot, « Les atteintes à la santé, Réflexions sur l'ordonnement des préjudices », *Dr. ouvrier* 2015, p. 476.

34 CSS, art. L. 431-1.

35 CSS, art. R. 434-27 et s.

36 M. Juffé, *À corps perdu. L'accident du travail existe-t-il ?*, Seuil, 1980, p. 28.

37 CSS, Annexe I à l'article R. 434-32 : Barème indicatif de l'invalidité des accidents du travail (v. point 3.2 Rachis dorsal)

38 P. Sargos, « L'erreur de droit permanente en matière de recours des tiers payeurs d'une rente accident du travail », art. préc. (note 31).

39 Cass. 2^e civ., 5 févr. 2015, n° 14-10091 : « le préjudice moral lié aux souffrances psychiques et aux troubles qui y sont associés, étant inclus dans le poste de préjudice temporaire des souffrances endurées ou dans le poste de préjudice du déficit fonctionnel permanent, il ne peut être indemnisé séparément ».

payeur établit qu'il a effectivement et préalablement versé à la victime une prestation indemnisant de manière incontestable un poste de préjudice personnel, son recours peut s'exercer sur ce poste de préjudice⁴⁰.

Aussi, reconnaître que les souffrances psychologiques sont réparées par les prestations sociales reviendrait d'une part à brouiller les finalités du droit de la responsabilité civile et du droit de la sécurité sociale mais encore à exposer les bénéficiaires aux recours subrogatoires des caisses pour s'en voir priver au final.

40 V., par exemple, Cass. 2^e civ., 22 oct. 2009, n° 07-20.419, *Bull. civ. II* n° 258.

Une garantie essentielle dans la prise en charge du dommage corporel : La GAV (Garantie des Accidents de la Vie privée)

Sabine Abravanel-Jolly

Maître de conférences HDR en droit privé

Université Jean Moulin Lyon 3

Si l'indemnisation du préjudice corporel est l'objectif de notre État de droit¹, de nombreuses victimes sont encore mal, voire pas, indemnisées. Il s'agit, dans 80 % des cas, de toutes les victimes d'accidents de la vie courante qui se blessent toutes seules, ou décèdent, sans qu'aucun tiers responsable ne soit identifié. Et, même si, pour les 20 % restants, l'accident corporel survient par la faute d'un tiers identifié, les démarches pour obtenir réparation sont très souvent longues et fastidieuses : la victime peut attendre des mois, voire des années, avant de percevoir la moindre indemnisation dont le montant est en outre presque toujours insuffisant pour couvrir les frais.

Certes, la couverture sociale des accidents de la vie privée existe, mais elle est comparable à celle de l'assurance santé. Les frais médicaux, pharmaceutiques, d'hospitalisation, de rééducation, d'appareillage, d'indemnités journalières en cas d'arrêt de travail sont pris en charge par les différents régimes sociaux. Mais, en cas d'invalidité partielle ou totale à la suite d'un accident de la vie privée, à la différence du régime des accidents de la vie professionnelle (accidents du travail), la protection sociale de base demeure très modeste. En effet, seuls les cas d'accident dont le taux d'invalidité est au moins égal à 66 % donnent lieu au versement d'une rente basée sur le SMIC². Et, de son côté, l'assurance complémentaire santé complète le remboursement des frais de soins, et éventuellement les pertes temporaires de salaires qui ne sont pas intégralement prises en charge par la Sécurité sociale, mais elle ne prend pas en charge les conséquences durables sur la vie de l'assuré et de sa famille.

Bien entendu, les régimes de prévoyance collective de nombreuses professions ont prévu des rentes complémentaires en cas de cessation d'activité, notamment à la suite d'accidents de la vie privée. Cependant, ni les enfants, ni les indépendants (commerçants, artisans, professions libérales, etc.), ni les retraités n'en bénéficient.

¹ Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 8^e éd. 2016, p. XIII (avant-propos).

² G. Thiry, « Garantie des accidentés de la vie », *Gaz. Pal.* 3-4 août 2001, p. 2. – Les indemnités versées en cas d'incapacité temporaire (ou même encore l'allocation aux adultes handicapés) sont généralement octroyées après un processus long de prise en compte de l'invalidité, leur montant est faible et/ou plafonné (de 10 605 à 30 398 € selon le degré d'invalidité, et 727,61 euros pour le montant mensuel minimum et il ne prend pas en compte le préjudice moral ou économique).

Et, pour ceux qui auraient eu la prudence de souscrire une assurance individuelle accident corporel « vie privée »³, ou prévoyance, les prestations versées, pour la plupart forfaitaires⁴ et destinées à permettre au foyer de faire face à des exigences très ponctuelles, ne contribuent qu'imparfaitement à la réparation des dommages corporels subis.

Cette situation est d'autant plus préoccupante que, chaque année, les accidents de la vie courante font environ 11 millions de victimes en France et constituent, avec près de 20 000 décès par an, la troisième cause de mortalité⁵, devant les accidents de la circulation.

C'est ainsi que, à l'instar de la garantie « individuelle conducteur », développée dès 1985 pour couvrir les dommages corporels du conducteur, grand exclu par la loi Badinter du 5 juillet 1985 de la garantie d'assurance automobile obligatoire⁶, en 2000 la Fédération Française de l'Assurance (FFA), consciente que les biens (voitures, appartements ou maisons) sont souvent mieux assurés que les dommages survenus aux personnes, a lancé la Garantie des Accidents de la Vie (GAV).

Avec leurs quinze années d'expérience, acquises depuis la mise en place de l'assurance du conducteur dès 1985, les assureurs adhérents à la FFA ont élaboré un contrat-socle s'inspirant de la même philosophie que celle de la loi Badinter : permettre d'indemniser les assurés victimes d'un accident de la vie privée selon les règles du droit commun de la responsabilité civile, et selon une procédure d'indemnisation accélérée.

Dès lors, à la différence des classiques contrats d'assurance accident corporel « vie privée », qui comportent beaucoup de prestations forfaitaires et réglées selon les délais prévus au contrat, les contrats comportant le label GAV prennent en compte les préjudices économique et moral, prévoient le versement de prestations indemnitaires, et ce dans un délai beaucoup plus rapide.

En ce sens, le contrat GAV semble, de prime abord, offrir une véritable prise en charge des dommages corporels de ces très nombreuses victimes d'accidents du quotidien, non indemnisées ou insuffisamment au regard du principe de la réparation intégrale. Il nous faut toutefois vérifier cette première impression d'efficacité : en examinant le domaine d'application du contrat GAV (I), puis sa mise en œuvre (II).

3 L'assurance contre les accidents corporels est une pratique ancienne : G. Saintelette et J. Lefort, « Les assurances contre les accidents », *Rec. périod. ass.* 1884, p. 449 ; A. E. Klein, *L'assurance individuelle contre les accidents*, LGDJ, 1934. – P. Sumien, *Traité des assurances terrestres*, Dalloz, 1943 et H. Houin, « La notion d'accident dans l'assurance contre les accidents corporels », *RGAT* 1947, p. 219.

4 Selon l'article L. 131-1, al. 1^{er}, du Code des assurances, sous réserve des prestations indemnitaires visées par l'alinéa 2 de ce même article. V. *Lamy Assurances 2018*, n^{os} 4264 et 4265 et M. Picard et A. Besson, *Traité des assurances terrestres*, t. 4 : *Assurances de personnes, vie - accidents corporels - maladie*, LGDJ, 1945, n^o 256.

5 Selon le Collectif Interassociatif de Lutte contre les Accidents de la Vie Courante (CLAC).

6 J. Péchinot, « La garantie des accidents de la vie », *Resp. civ. et assur.* 2000, chron. 10. L'auteur fait très justement remarquer que l'expérience des garanties « individuelle conducteur », acquise depuis 1985 (date de l'entrée en application de la loi Badinter), a permis aux assureurs de se forger une expérience nouvelle : discuter « indemnitaire avec leurs propres assurés ». Chaque assureur demeurant libre d'en étendre le champ d'application et d'en fixer le prix.

I – LE DOMAINE D'APPLICATION DU CONTRAT GAV : QUELLE COUVERTURE DES DOMMAGES CORPORELS DES VICTIMES DU QUOTIDIEN ?

Pour savoir si le contrat GAV permet une bonne prise en charge des dommages corporels de ces victimes, laissées pour compte par les organismes sociaux, nous examinerons successivement le risque assuré (I-1), les personnes garanties (I-2) et l'étendue de la garantie (I-3).

I-1/ Le risque assuré

L'objet du risque assuré suppose de préciser les risques garantis (I-1.1) et les risques exclus (I-1.2).

I-1.1/ Les risques garantis

Dans le contrat-socle, labélisé GAV, sont garantis :

- les accidents de la vie privée ;
- les accidents médicaux et tous les aléas thérapeutiques, dont la première manifestation est intervenue entre la date d'effet du contrat et sa résiliation, et dont le fait générateur est postérieur au 1^{er} janvier 2000 ;
- les accidents dus à des attentats ou à des infractions ;
- les accidents dus à des catastrophes naturelles et technologiques.

Bien entendu, l'assureur ne prendra en charge ces risques qu'à la condition qu'il s'agisse d'un accident. Or, si l'accident corporel peut, juridiquement, être l'objet d'une garantie d'assurance, en pratique il ne l'est jamais à lui tout seul, car ce sont ses conséquences qui constituent le risque assuré. En réalité, les risques garantis par la GAV ne sont donc pas simples mais composites⁷ : il y a l'accident suivi d'une incapacité de travail et/ou d'une invalidité permanente.

Sous cet angle, la GAV couvre tous les accidents survenus dans le cadre des activités domestiques (ménage, jardinage, bricolage...), de loisirs, de sport ou de congés (chutes, noyades, etc.) ainsi que ceux occasionnés lors de catastrophes naturelles ou technologiques.

Par ailleurs, sont aussi couverts deux types d'accidents :

- d'une part, l'accident médical, défini comme étant « un acte ou un ensemble d'actes de caractère médical ayant eu sur l'assuré des conséquences dommageables pour sa santé, anormales et indépendantes de l'évolution de l'affection en cause et de l'état antérieur » ;
- d'autre part, les accidents dus à des attentats ou des infractions, pour lesquels

7 J. Kullmann et L. Mayaux, « L'accident corporel », *Resp. civ. assur.* 2015, dossier 5, nos 15 à 20. – À propos des interprétations restrictives de la notion d'accident par certaines sociétés d'assurance, v. les rapports pour 2004, 2007 et 2008 de F. Frizon, Médiateur de la Fédération française des sociétés d'assurance.

le contrat se positionne sur le terrain habituellement dévolu au Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme ou d'autres infractions (FGVAT). Si celui-ci est saisi par la victime, il disposera alors d'une action contre l'assureur garantissant les accidents de la vie.

Au demeurant, ces quatre catégories d'accidents garantis semblent a priori recouvrir la plupart des hypothèses de dommages corporels subis dans la sphère privée. À cet égard, la GAV s'inscrirait donc pleinement dans une véritable prise en charge du dommage corporel, sous réserve de l'impact des différentes exclusions de risques et de garantie.

I-1.2/ Les risques exclus

Comme pour tout contrat d'assurance, la détermination exacte du risque garanti par le contrat GAV suppose de connaître tant les exclusions légales de risque, que les exclusions conventionnelles, et même externes, de garantie.

Les exclusions légales traditionnelles sont applicables à la GAV. Ainsi, à l'instar de tout autre contrat d'assurance, les dommages provenant d'une faute intentionnelle⁸ ou dolosive⁹ de l'assuré, au sens de l'article L. 113-1, al. 2, du Code des assurances, ainsi que ceux résultant de la guerre civile ou étrangère, aux termes de l'article L. 121-8 du Code des assurances, sont légalement exclus du risque d'accident corporel.

Quant aux exclusions externes de garantie, même s'il ne s'agit pas de véritables exclusions, car relèvent de l'évidence (comme résultant *ipso facto* de la lecture a contrario de la définition du risque garanti), il convient de les cerner pour la GAV. Ainsi, sauf extension de garantie, ne peuvent être garantis, comme non accidentels ou survenus en dehors de la vie privée, les dommages corporels résultant :

- d'une tentative de suicide ;
- d'une mutilation ;
- d'activités professionnelles ou d'accidents de trajets.

Enfin, s'agissant des exclusions conventionnelles de garanties, les assurances GAV peuvent, selon le contrat-socle, exclure les dommages corporels causés par :

- l'usage de drogues et de stupéfiants non ordonnés médicalement ;
- l'état d'alcoolémie de l'assuré ;
- les accidents de la circulation ;
- les expérimentations biomédicales ;
- les effets de la radioactivité ;
- la maladie ;
- les sports dangereux (saut en parachute, deltaplane, plongée, etc.).

⁸ Selon la conception subjective de la faute intentionnelle, deux conditions légales doivent être réunies : la volonté de créer le risque et la volonté de causer le dommage tel qu'il est survenu. V. S. Abravanel-Joly, « Notion de faute intentionnelle en assurance : une nécessaire dualité », www.actuassurance.com 2009, n° 11.

⁹ Définie comme le manquement délibéré de son auteur « dont il ne peut ignorer qu'il en résultera un dommage » : Cass. 2^e civ., 4 févr. 2016, n° 15-10.363, *RGDA* 2016, p. 162, note A. Pélissier.

Si la liste de ces différentes exclusions conventionnelles est en fait conforme à l'essence de la notion d'accident corporel, afin d'être opposables à l'assuré, elles n'en doivent pas moins respecter les conditions de validité prévues par l'article L. 113-1, al. 1^{er}, du Code des assurances : pour être valables, elles doivent être « formelles et limitées ».

Afin d'être « formelles », les clauses d'exclusion doivent être claires, précises et non équivoques ; c'est-à-dire être applicables sans nécessiter la moindre interprétation¹⁰. Et, pour être « limitées », la jurisprudence précise que les clauses ne doivent pas vider la garantie de sa substance¹¹, position depuis consacrée dans l'article 1170 du Code civil¹².

Ainsi, il a par exemple été jugé que la clause d'exclusion, qui visait « les maladies ou accidents occasionnés par l'alcoolisme ou par l'usage de stupéfiants hors toute prescription médicale », n'est pas formelle et limitée en l'absence de précision sur la notion d'alcoolisme¹³. En revanche, tel n'est pas le cas de celle par laquelle la majoration de capital, due en cas de décès accidentel, est exclue en cas de taux d'alcoolémie, égal ou supérieur au taux autorisé par la législation pour la conduite d'un véhicule¹⁴.

Finalement, la GAV couvre la très grande majorité des accidents corporels survenus dans la sphère privée, et les exclusions, conformes à la notion d'accident, n'en altèrent pas la substance. Sous cet aspect, la prise en charge du dommage corporel subi dans la vie privée est donc bien réelle, ce que nous allons approfondir en nous intéressant aux personnes garanties.

I-2/ Les personnes garanties

Selon le contrat-socle, les assureurs proposent deux types de contrats :

- soit la garantie ne s'applique qu'au souscripteur ;
- soit elle couvre également sa famille : son époux ou son épouse non séparé(e), son concubin ou sa concubine, son ou sa partenaire pacsé(e), ses enfants fiscalement à charge (de moins de 26 ans).

Toutefois, quelle que soit la formule choisie, dans la garantie de base les personnes assurées doivent avoir moins de 65 ans au jour de l'accident.

Le contrat-socle GA. peut donc couvrir tout souscripteur, ainsi que les personnes vivant habituellement à son foyer, mais les personnes de plus de 65 ans en sont exclues.

¹⁰ En effet, depuis un arrêt de principe du 22 mai 2001, la jurisprudence précise qu'« une clause d'exclusion ne peut être formelle et limitée dès lors qu'elle doit être interprétée » : Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2001, n° 98-10.849, *D.* 2001, p. 2778, note B. Beignier ; *Resp. civ. et assur.* 2001, n° 241, chron. 17, note H. Groutel ; *RGDA* 2001, p. 944, note J. Kullmann ; *RGDA* 2001, 2778, note B. Beignier.

¹¹ Cass. 1^{re} civ., 24 févr. 2004, n° 02-10.091 ; Cass. 2^e civ., 3 mars 2011, n° 10-15.255, *Resp. civ. et assur.* 2011, comm. 234.

¹² L. Mayaux, « La contrepartie dans le contrat d'assurance », *RGDA* 2017, p. 640, spéc. II-B.

¹³ Cass. 2^e civ., 18 janv. 2006, n° 04-17.872, 1^{re} esp., *RGDA* 2006, p. 513, note S. Abravanel-Jolly. – En matière de clauses d'exclusion concernant tout ce qui a trait à l'alcoolisme, la jurisprudence a dès 1997 décidé que n'est pas formelle et limitée la clause qui exclut la garantie en cas d'imprégnation alcoolique de l'assuré, car elle ne permet pas de déterminer le taux d'alcool minimal au-delà duquel jouera la clause d'exclusion et ne met donc pas l'assuré en mesure de connaître exactement l'étendue de ses droits à garantie : Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 1997, n° 96-10.592, *RGDA* 1998, p. 118, note A. Favre-Rochex. – Dans le même sens pour les « maladies sexuellement transmissibles » : Cass. 1^{re} civ., 4 mai 1999, n° 97-16.924, *RGDA* 1999, p. 670, note M.-H. Maleville.

¹⁴ Cass. 2^e civ., 13 déc. 2012, n° 11-28.674.

Ainsi, au regard du rôle de la GAV dans la prise en charge du dommage corporel sans tiers responsable, cette exclusion est une limite manifeste. Et cela, malgré des garanties complémentaires rehaussant l'âge des assurés à 75 ans (voire parfois à 77 ans), proposées par la plupart des assureurs, qui représentent un surcoût¹⁵ et laissent encore un grand nombre de victimes sans garantie.

Or, à une époque où l'espérance de vie est de près de 80 ans pour les hommes et de 85 ans pour les femmes (en 2017), et que c'est précisément au-delà de 65 ans que les risques d'accidents sont statistiquement les plus élevés chez les personnes âgées¹⁶, ces limites de garantie altèrent indiscutablement le rôle du contrat GAV dans la prise en charge du dommage corporel.

Qu'en est-il, à présent, de l'étendue de la garantie ?

I-3/ L'étendue de la garantie

L'étendue de la garantie concerne les prestations garanties (I-3.1), la durée (I-3.2) et l'application de la GAV dans l'espace (I-3.3).

I-3.1/ Les prestations garanties

En application du contrat labellisé GAV, l'assureur s'engage à verser les prestations habituellement servies dans le cadre du droit commun¹⁷. Ainsi, lorsqu'ils sont reconnus comme imputables à l'événement garanti, le contrat indemnise au moins les postes suivants¹⁸ :

- les frais de logement adapté (FLA) ;
- les frais de véhicule adapté (FVA) ;
- l'assistance permanente par une tierce personne (ATP) ;
- les pertes de gains professionnels futurs (PGPF) ;
- le déficit fonctionnel permanent (DFP) ;
- les souffrances endurées (SE) ;
- le préjudice esthétique permanent (PEP) ;
- le préjudice d'agrément (PA).

Et, en cas de décès d'un assuré, les préjudices économiques et moraux subis par les bénéficiaires sont également indemnisés. La GAV prend ainsi en charge :

- les frais d'obsèques (FO) ;
- le préjudice d'affection (PAF) ;

¹⁵ Selon des chiffres de la FFSA et divers bancs d'essai parus dans la presse, la cotisation moyenne annuelle à un contrat GAV est d'environ 115 euros pour une personne seule avec un seuil d'intervention (taux d'incapacité permanente) à 30 %. La cotisation augmente de 30 à 60 euros pour un seuil d'intervention abaissé à 10 %, 5 % ou 1 %. Dans tous les cas de figure, elle est quasiment doublée pour un contrat familial.

¹⁶ Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel*, *op. cit.* (note 1), p. 396.

¹⁷ G. Thiry, « Garantie des accidentés de la vie », art. préc. (note 2) ; J. Péchinot, « La garantie des accidents de la vie », art. préc. (note 6) et G. Courtieu, « Assurance contre les accidents corporels », *J.-Cl. Resp. civ. et assur.*, Fasc. 516, n° 15.

¹⁸ V. la fiche sur La Garantie des Accidents de la Vie (G.A.V.) : <https://www.ffa-assurance.fr/content/la-garantie-des-accidents-de-la-vie-G.A.V.?parent=74&lastChecked=125>.

- les pertes de revenus des proches (PR) ;
- les frais divers des proches (FD).

Quant aux règles d'indemnisation, ce sont celles utilisées en responsabilité civile, tant pour fixer les bases médicales, que pour chiffrer le montant des préjudices. Aussi, toutes ces prestations ont-elles un caractère indemnitaire¹⁹ et, comme telles, ne se cumulent pas avec les prestations perçues, ou à percevoir par l'assuré ou les bénéficiaires, d'un organisme de Sécurité sociale ou de tout autre régime social de prévoyance au titre des mêmes chefs de préjudice.

Dans ces conditions, la prise en charge du dommage corporel par la GAV s'inscrit, *a priori*, dans le processus d'indemnisation du droit commun de la RC.

Pourtant, le contrat-socle en a relativisé la portée en limitant la garantie de base de deux manières :

- au moyen d'une franchise, la garantie de base exclut l'indemnisation de l'incapacité permanente partielle dont le taux est inférieur à 30 % ;
- par un plafond de garantie, qui ne peut être inférieur à 1 million d'euros par victime.

Etant précisé qu'en cas de décès de l'assuré, le préjudice économique et le préjudice moral des ayants droit sont garantis dans la même limite.

À l'évidence, si cette franchise exclut un grand nombre de victimes de la prise en charge du dommage corporel, en revanche, le plafond de garantie est satisfaisant²⁰. Face à ces restrictions, de nombreux contrats offrent des couvertures plus larges ou des garanties complémentaires :

- l'indemnisation des dommages corporels entraînant une invalidité abaissée à 10 % ou à 5 %, et même à 1 % ;
- des plafonds de garantie supérieurs à un million d'euros par victime, en général de 2 millions dans la plupart des contrats.

Ces extensions de garantie permettent une couverture des dommages corporels plus large, mais représentent bien sûr un surcoût non négligeable²¹. Ainsi, la réparation du préjudice corporel par la GAV est une réponse évidente à l'absence d'indemnisation, mais le contrat-socle ne prend en charge que les gros dommages corporels. En effet, 30 % d'invalidité au moins correspondent, par exemple, à ces situations :

- perte d'un pied : 30 %
- perte d'une jambe : 25 à 30 %
- perte de la main droite (droitier) : 40 à 50 %
- perte du bras droit (droitier) : 65 %
- perte totale de l'audition : 60 %
- cécité : 85 %
- tétraplégie : 95 %

19 G. Courtieu, « Assurance contre les accidents corporels », fasc. préc. (note 17), n° 81 à 95.

20 Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 7^e éd. 2012, n° 413.

21 La prime, ou cotisation, augmente de 30 à 60 euros pour un seuil d'intervention abaissé à 10 %, 5 % ou 1 %.

Les autres dommages corporels, n'atteignant pas ce seuil de 30 %, sont exclus alors qu'ils sont pourtant très handicapants. C'est le cas par exemple de :

- perte d'un doigt : 5 %
- perte d'un genou (prothèse) : 10 %
- perte de la vision d'un œil : 20 à 25 %
- paralysie du visage : 15 à 20 %

Dès lors, sans une garantie complémentaire, le contrat GAV ne permet d'indemniser que les victimes de gros dommages corporels. Sachant, en outre, que l'assureur a son propre barème d'invalidité²², souvent moins favorable que celui de la sécurité sociale (déjà pas forcément généreuse).

Quant à la durée de la garantie, elle n'est pas davantage favorable.

I-3.2 La durée de la garantie

Comme vu plus haut²³, dans le contrat-socle, les personnes ne sont garanties que jusqu'à l'âge de 65 ans, cet âge pouvant être rehaussé jusqu'à 75 ans par des garanties complémentaires.

Dès lors, une fois cet âge atteint, en principe le contrat prend fin. Or, la jurisprudence a affirmé que la garantie n'est plus due lorsque l'incapacité ou l'invalidité surviennent après cette date, et même si l'accident a eu lieu pendant que la garantie était en vigueur²⁴. Les assurés avaient, en effet, tenté de faire transposer à l'assurance accident corporel la jurisprudence de 1990²⁵, adoptée à propos de l'assurance RC des particuliers, entièrement fondée sur le fait dommageable commis pendant la durée du contrat et non sur la réclamation de la victime. Mais, ils ont échoué²⁶. De même, en cas de résiliation du contrat GAV avant cette limite d'âge, suivie d'une nouvelle souscription chez un autre assureur, peut se poser la question du contrat applicable en présence d'une succession de contrats d'assurance.

L'hypothèse est la suivante : on suppose que l'accident est survenu pendant qu'une police était en vigueur, et que l'incapacité ou l'invalidité se produise au cours de la suivante. Ce faisant, les deux éléments du risque²⁷, accident et incapacité ou invalidité, ne s'étant pas produits au cours du même contrat, la jurisprudence a décidé qu'est applicable le contrat d'assurance au cours duquel l'incapacité ou l'invalidité a été établie²⁸. Ce n'est donc pas le premier élément, l'accident, qui fixe le contrat applicable, à la différence de la solution retenue en assurance de responsabilité en 1990²⁹.

Ainsi, la durée du contrat GAV n'est pas calquée sur celle de l'assurance de responsabilité civile, ce qui conduit à une prise en charge du dommage corporel plus étroite lorsque le contrat est résilié définitivement.

22 Celui du *Concours médical*.

23 V. *supra* I-2/ Personnes garanties.

24 J. Kullmann et L. Mayaux, « L'accident corporel », art. préc. (note 7), n° 34.

25 Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 1990, n° 88-12863, n° 88-14.756, n° 87-17.586, n° 87-19.588, n° 88-19.441, *RDI* 1991, p. 78, obs. G. Leguay et P. Dubois ; *RTD civ.* 1991, p. 325, obs. J. Mestre.

26 Cass. 1^{re} civ., 24 juin 1997, n° 95-14.592, *RGAT* 1997, p. 1064, note J. Kullmann ; 26 mars 1996, n° 93-13.273 et 18 juin 1996, n° 93-18.502, *RGDA* 1996, p. 689, note J. Kullmann.

27 V. *supra* I-1/ sur le risque composite.

28 Cass. 1^{re} civ., 18 mars 2003, n° 99-20313, *RGDA* 2003, p. 528, note J. Bigot.

29 J. Kullmann et L. Mayaux, « L'accident corporel », art. préc. (note 7), n° 35.

I-3.3/ Application de la GAV dans l'espace

Dans le contrat-socle, la Garantie des Accidents de la Vie couvre les accidents survenus pendant la période de validité du contrat :

- en France métropolitaine ;
- dans les départements, régions d'Outre-mer et collectivités d'Outre-Mer ;
- dans les principautés d'Andorre et de Monaco ;
- dans les pays membres de l'Union européenne ;
- en Suisse ;
- en Islande ;
- au Lichtenstein ;
- à Saint-Marin ;
- au Vatican ;
- et en Norvège.

La Garantie des Accidents de la Vie couvre également les accidents survenus dans le reste du monde lors de voyages et de séjours n'excédant pas une durée continue de trois mois.

Ainsi, l'étendue de la GAV dans l'espace est particulièrement large, elle couvre les dommages corporels subis en France, mais aussi lors de déplacements en zone Europe. L'étude du domaine d'application du contrat GAV nous a donc permis de constater qu'il joue un rôle fondamental dans la prise en charge du dommage corporel :

- la très grande majorité des accidents corporels survenus dans la sphère privée est couverte ;
- les prestations garanties sont indemnitaires ;
- et la garantie s'applique dans un espace très large.

Cependant, comme nous l'avons vu, le contrat GAV comporte trois véritables limites qui en atténuent la portée :

- les personnes de plus de 65 ans sont exclues de la garantie de base ;
- dans la garantie de base, les prestations versées à la victime sont soumises à une franchise de 30 % maximum ;
- lorsque l'incapacité ou l'invalidité survient après résiliation du contrat pour cause de limite d'âge, la garantie n'est plus due même si le fait dommageable est survenu pendant la durée du contrat.

Dès lors, à travers le domaine d'application du contrat GAV, celui-ci permet une prise en charge évidente, mais partielle, des dommages corporels des victimes d'elles-mêmes. Voyons, à présent, ce qu'il en est avec l'étude de la mise en œuvre de la garantie.

II – LA MISE EN ŒUVRE DU CONTRAT GAV

Comme dit plus haut³⁰, dans le contrat-socle l'assureur est tenu à la garantie dès lors que l'incapacité ou l'invalidité d'au moins 30 % survient pendant la durée du contrat.

À partir de là, l'assureur doit indemniser l'assuré selon une procédure d'indemnisation accélérée (II-1). Etant précisé que, s'agissant de prestations indemnitaires, tant l'assuré que l'assureur pourront exercer, pour le premier une action en complément, et pour le second un recours subrogatoire, contre un éventuel tiers responsable (II-2).

II-1/ Une procédure d'indemnisation accélérée

L'assureur est soumis au respect de certains délais pour présenter une offre au bénéficiaire et pour régler les sommes convenues (II-1.1). Quant à l'offre elle-même, elle doit être présentée à l'assuré dans le respect du principe indemnitaire (II-1.2).

II-1.1/ Les délais à respecter pour présenter une offre et procéder au règlement

Les modalités de gestion du contrat GAV s'inspirent des dispositions de la procédure d'offre en assurance automobile qui, chaque fois que cela a été possible, ont été reprises intégralement³¹.

C'est le cas de l'organisation de l'expertise médicale : l'assuré peut se faire assister du médecin de son choix et il reçoit un double du rapport d'expertise.

Cependant, certaines n'ont pas pu être reconduites telles quelles pour deux raisons principales : la détermination de la qualité de bénéficiaire de l'indemnité, et l'intervention des tiers-payeurs.

Sur le premier point, on sait que la loi du 5 juillet 1985 oblige l'assureur à présenter une offre à la victime dans un certain délai (C. assur., art. L. 211-9) :

- une offre provisionnelle doit être présentée à la victime dans les huit mois de l'accident, en l'absence de consolidation constatée dans les trois mois suivant cet accident ;
- une offre définitive doit être présentée dans les cinq mois suivant la date de consolidation.

Mais, alors que toute victime est bénéficiaire de l'offre en assurance automobile, rien de tel n'est prévu par le contrat-socle GAV où ne le sont que celles de moins de 65 ans et atteintes d'une invalidité d'au moins 30 % .

Quant au second point, le législateur a imposé aux tiers-payeurs un délai de quatre mois pour présenter un état, provisoire ou définitif selon les situations, à compter de la demande de l'assureur, faute de quoi ils se trouvent déchu de tout droit de recours

³⁰ V. *supra* I-3.2.

³¹ J. Péchinot, « La garantie des accidents de la vie », art. préc. (note 6).

(C. assur., art. L. 211-11). Au contraire, dans le cadre du contrat GAV, aucune obligation de la sorte ne pèse sur les tiers payeurs.

Ainsi, du fait de ces disparités, il a fallu adapter les textes légaux pour retenir les principes de gestion suivants :

- lorsque la garantie est due, l'offre définitive d'indemnisation doit être faite dans un délai de cinq mois suivant la date à laquelle l'assureur a été informé de la consolidation, ou du décès de l'assuré, à condition que, dans ce délai, la victime ou les bénéficiaires lui aient communiqué l'état des prestations perçues ou à percevoir ;

- et, dans le cas où le médecin-expert ne peut conclure de façon définitive, mais estime que l'incapacité permanente directement imputable à l'accident dépassera le seuil de garantie³², une offre provisionnelle doit être faite dans le mois suivant la communication à l'assureur du rapport d'expertise médicale.

Ensuite, une fois l'offre de règlement acceptée par le bénéficiaire, l'assureur doit procéder au règlement des sommes convenues dans le délai d'un mois.

Certes, toutes les victimes ne sont pas bénéficiaires de l'offre, mais celles qui en bénéficient sont prises en charge de façon beaucoup plus rapide qu'au titre de la réparation de droit commun, mais aussi qu'au titre d'autres contrats d'assurance « accident corporel » non labellisés GAV.

Quant aux modalités de l'offre, l'assureur doit respecter le principe indemnitaire.

II-1.2/ Une offre conforme au principe indemnitaire

Le contrat-socle prévoit l'indemnisation de l'ensemble des préjudices garantis³³, évalués selon le droit commun, mais dans la limite d'un plafond par victime qui ne peut être inférieur à 1 million d'euros.

Dès lors, si en vertu du principe indemnitaire le bénéficiaire ne peut pas percevoir plus que ce qui correspond au montant réel de ses préjudices, au titre du contrat GAV, il peut même se voir allouer une somme inférieure et donc ne pas bénéficier de la réparation intégrale.

Ainsi, conformément au principe indemnitaire, l'assureur veille à ce que le bénéficiaire ne soit pas indemnisé plusieurs fois pour un même poste de préjudice. Comme en assurance automobile obligatoire, l'offre est donc présentée :

- déduction faite des prestations indemnitaires versées par les tiers-payeurs, soit de l'ensemble des frais hospitaliers, médicaux, paramédicaux et pharmaceutiques (infirmiers, kinésithérapie, orthoptie, orthophonie, etc.) ;

- dans la limite du principe de non-cumul édicté par l'article L. 121-4 du Code des assurances, c'est-à-dire déduction faite des prestations indemnitaires déjà reçues au titre, par exemple, d'une assurance scolaire, multirisque habitation, sportive, ou encore décès ou invalidité liées à la carte bancaire ou bien au compte bancaire, etc.

³²V. *supra* I-3.1 sur les prestations garanties.

³³V. *supra* I-3/.

Finalement, le respect du principe indemnitaire peut conduire l'assureur GAV à n'indemniser que très peu le bénéficiaire lorsque l'assuré dispose de couverture par ailleurs. Sous cet angle, le plafond de 1 million d'euros ne constitue pas une entrave à la prise en charge intégrale des dommages corporels.

La situation est tout autre lorsque les préjudices corporels dépassent ce plafond, ce qui n'est pas le plus fréquent. Dans une telle situation, le principe de la liberté contractuelle prime sur le principe de la réparation intégrale : le bénéficiaire, victime de lui-même, ne pourra donc être indemnisée au-delà de 1 million d'euros, et un complément d'indemnisation ne sera possible qu'en présence d'un éventuel autre contrat d'assurance garantissant les accidents corporels de la vie privée.

Toutefois, lorsque le dommage corporel a été causé par un tiers responsable identifié, tant la victime, insuffisamment indemnisée, que l'assureur, qui a réglé le sinistre, peuvent exercer une action ou un recours contre ce responsable.

II-2/ Les action et recours contre le tiers responsable

Le contrat GAV permet de remédier à l'absence d'indemnisation des victimes de dommages corporels causés sans tiers responsable. Pour autant, ce contrat est également protecteur lorsqu'un tiers responsable identifié les a causés.

En effet, l'assureur GAV indemnise la victime immédiatement au titre d'une avance sur recours contre le tiers responsable (II-2.1). Et, dans l'hypothèse où la victime n'aurait pas été intégralement indemnisée, elle demeure libre d'exercer une action en complément contre ce même tiers (II-2.2).

II-2.1/ L'indemnité versée à la victime : une avance sur recours contre le tiers responsable

Le contrat GAV prévoyant le versement de prestations indemnitaires, l'article L. 131-2, al. 2, du Code des assurances précise que l'assureur, qui a payé l'indemnité d'assurance, peut être subrogé dans les droits et actions de l'assuré, ou de ses bénéficiaires, afin d'exercer un recours contre le tiers responsable « pour le remboursement des prestations à caractère indemnitaire prévues au contrat ».

Dans ce cas, la GAV constitue une avance sur recours³⁴, qui permet à la victime d'être indemnisée de façon immédiate, sans attendre l'issue d'une action en responsabilité civile intentée contre le tiers et/ou son assureur. L'assureur joue alors le rôle de garant final de l'indemnisation de la victime. Car s'il peut exercer un recours subrogatoire contre le tiers, sous réserve de l'avoir expressément prévu par une clause du contrat³⁵, celui-ci peut s'avérer insolvable.

Et, lorsque le montant de l'indemnité plafonnée est inférieur au montant des préjudices réellement subis, le recours subrogatoire de l'assureur contre le tiers responsable ne prive pas la victime d'une action en complément contre celui-ci.

³⁴ G. Thiry, « Garantie des accidentés de la vie », art. préc. (note 2).

³⁵ Cass. 2^e civ., 12 oct. 2004, n^o 02-11.647, *RGDA* 2005, p. 71, note J. Landel.

II-2.2/ L'action en complément de la victime contre le tiers responsable

En vertu du principe de la réparation intégrale des préjudices, lorsque l'assuré n'a reçu de l'assureur qu'une indemnité partielle, il peut encore agir contre le tiers responsable pour obtenir le complément d'indemnisation. Il se retrouve alors en concours³⁶ avec l'assureur subrogé contre le tiers. La situation est surtout délicate quand le tiers ne peut pas, financièrement, indemniser les deux.

Pour autant, en application du droit commun, en principe la subrogation ne peut nuire au subrogeant qui n'a été payé qu'en partie. C'est ce qui résulte de l'article 1346-3 du Code civil (ancien article 1252), qui énonce que le subrogeant peut exercer ses droits contre le tiers débiteur par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel. Cette règle est la traduction de l'adage selon lequel « on ne subroge pas contre soi-même »³⁷.

En droit des assurances, cette règle a été appliquée par la première chambre civile de la Cour de cassation qui affirme que l'assuré doit être payé par préférence à l'assureur³⁸. La troisième chambre se range à la même solution : « Si le créancier subrogeant peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence au subrogé dont il n'a reçu qu'un paiement partiel, c'est à la condition qu'il se trouve en concours avec celui-ci dans des actions exercées contre le débiteur »³⁹.

Au terme de cette étude, nous pouvons constater que le contrat labellisé GAV :

- est un outil précieux pour combler l'absence d'indemnisation de la victime de dommages corporels qui se blesse toute seule ;

- est également protectrice en présence d'un tiers identifié, la garantie étant versée à titre d'avance sur recours, sans pour autant priver la victime d'une action éventuelle en complément contre le tiers.

De plus, les prestations versées couvrant les préjudices classiquement indemnisés, et étant indemnitaires, la victime bénéficie d'une indemnisation de droit commun, mais qui est toutefois conditionnée :

- à un taux d'invalidité de 30 % maximum par le contrat-socle, parfois moins avec des extensions de garantie (abaissant l'invalidité à 10 %, 5 %, ou 1 %) ;

- à ce que la victime ne dépasse pas l'âge de 65 ans dans le contrat-socle, ou 75 ans avec des garanties complémentaires.

Le contrat, labellisé GAV, ne permet donc pas de couvrir toutes les victimes de dommages corporels, les plus âgées et les moins handicapées (mais quand même très atteintes) étant écartées de toute prise en charge. Etant, en plus, précisé que le

36 N. Laurent, « Ombres et lumières sur la règle *nemo contra se...* en droit des assurances », *RGDA* 2003, p. 23 ; J. Labin,

« Le concours des actions de l'assuré et de l'assureur subrogé contre le tiers responsable », *RGAT* 1986, p. 264.

37 Traduction latine de : *Nemo contra se subrogasse censetur*.

38 Cass. civ., 5 mars 1945, D. 1946, 1, note A. Besson ; *JCP G* 1945, II, 2798 ; C.-J. Berr et H. Groutel, *Les grands arrêts du droit des assurances*, Sirey, 1978, p. 21.

V. aussi : Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2002, n^{os} 99-13.002 et 99-13.685, *Resp. civ. et assur.* 2002, comm. 308, obs. H. Groutel ; 2 nov. 2005, n^{os} 03-10.909, *Resp. civ. et assur.* 2005, comm. 26, obs. H. Groutel et 27 févr. 2007, n^o 04-12.414, *Resp. civ. et assur.* 2007, comm. 171, obs. H. Groutel, *D.* 2008, p. 124, obs. H. Groutel : « dans le concours de l'assureur subrogé et de l'assuré subrogeant, ce dernier prime le premier jusqu'à concurrence du préjudice garanti ».

39 Cass. 3^e civ., 11 mars 2009, n^{os} 08-10.733, 08-11.859 et 08-11.897, *D.* 2009, p. 949 ; *Resp. civ. et assur.* 2009, comm. 193, obs. H. Groutel ; *RGDA* 2009, p. 820, obs. M. Périer ; *D.* 2010, pan. 1746, obs. H. Groutel.

seuil d'invalidité est fixé par un barème de l'assureur moins favorable que celui (pourtant déjà strict) de la sécurité sociale⁴⁰.

En outre, les victimes ne sont indemnisées par le contrat-socle que dans la limite d'un plafond de 1 million d'euros minimum. Néanmoins, dans l'immense majorité des cas, ce plafond est suffisant, les préjudices d'un montant de plus de 1 million d'euros n'étant pas les plus fréquents.

Au final, sous réserve de deux garanties complémentaires, l'une pour rehausser l'âge des victimes à 75 ans, l'autre pour abaisser le taux d'invalidité à 10 %, 5 %, ou à 1 %, le contrat GAV, est actuellement une bonne solution à l'absence d'indemnisation de nombreuses victimes de dommages corporels. Pour autant, les victimes de plus de 75 ans en demeurent exclus.

⁴⁰G. Thiry, « Garantie des accidentés de la vie », art. préc. (note 2).



Edition

EN3S

27 rue des Docteurs Charcot – CS 13132
42031 Saint-Étienne Cedex 2

Université Jean Monnet

10, rue Tréfilerie – CS 82301
42023 Saint-Étienne Cedex 2

Conception et réalisation graphique

Chromatiques Communication
5 rue Cochin – 75005 Paris

Impression

Diazorama

17 boulevard Augustin Thierry – 42100 Saint-Étienne

Achévé d'imprimer en France, à Saint-Étienne (42)

Dépôt légal : mars 2020

ISBN : 978-2-9571884-0-6

Tous droits de reproduction (même partielle) et de traduction réservés.

Au nom de tous les auteurs, nous vous en remercions d'avance.