



# CHRONIQUE DROIT MÉDICAL / DOMMAGE CORPOREL

COLUMN OF MEDICAL LAW AND PHYSICAL INJURY

Par Laurence CLERC-RENAUD\*

## RÉSUMÉ

Cette chronique fera le point sur quelques évolutions législatives et jurisprudentielles relatives à l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux (I). Nous envisagerons ensuite au titre de l'actualité du droit du dommage corporel, ce qui nous semble être une avancée intéressante (à défaut d'être pour l'instant concrétisée) : le projet de décret visant à instaurer une nomenclature des postes de préjudice et au titre de l'actualité jurisprudentielle quelques décisions statuant sur les chefs de préjudices réparables (II).

*we will consider some judicial decisions defining some heads of physical injury. (II).*

## KEYWORDS

*Medical liability, Compensation for medical accidents, Nomenclature for the heads of physical injury, Economic damages or loss (Healthcare expenditure, loss of earnings and the occupational impact, nursing care compensation), Non-material damage (sexual harm, non material exceptional harm).*

## MOTS-CLÉS

Responsabilité médicale, Réparation des accidents médicaux (caractère d'anormalité), Nomenclature des chefs de préjudice corporel, Préjudices patrimoniaux (dépenses de santé, perte de gains professionnels et incidence professionnelle, assistance tierce personne), Préjudices extrapatrimoniaux (préjudice d'établissement, préjudice sexuel, préjudices extrapatrimoniaux exceptionnels).

## ABSTRACT

*This column will review some legal and case law evolutions regarding compensation of medical accidents victims (I). Then, we'll consider in view of the evolution of physical injury legislation, the draft decree which establishes a nomenclature for the heads of physical repairable damage and seems to be an interesting development (despite its not being materialized yet). In view of the case law evolutions,*

## I. QUELQUES ÉVOLUTIONS LÉGISLATIVES ET JURISPRUDENTIELLES RELATIVES À L'INDEMNISATION DES VICTIMES D'ACCIDENTS MÉDICAUX

A. Actualité législative en matière d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux.

Exclusion du champ d'intervention de la solidarité nationale les victimes d'actes à visée esthétique : article L. 1143-3-1 (créé par la loi n° 2014-1554 du 22 décembre 2014 de financement de la sécurité sociale pour 2015)\*\*.

Pour comprendre cette nouvelle disposition législative, il est nécessaire de revenir en quelques mots sur le dispositif initial créé par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé instaurant (entre autre) une possibilité d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux à certaines conditions par l'ONIAM (Office national

\* Maître de conférences à la Faculté de droit de l'Université Savoie Mont Blanc  
Co-responsable du Master droit du dommage corporel  
laurence.clerc-renaud@univ-smb.fr

\*\* Cette chronique a été écrite avant l'adoption de la loi 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé dite loi Touraine venant déjà modifier l'article L. 1142-3-1 en précisant que cette exclusion ne s'applique pas aux actes à finalité contraceptive ou abortive.

d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux). D'après l'article L 1142-1 II du CSP, « *Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret (...)* ». A la lecture de cette disposition, on remarque en premier lieu que l'indemnisation par la solidarité nationale des conséquences d'accidents médicaux est subsidiaire : « lorsque la responsabilité (...) n'est pas engagée ». En second lieu, ouvrent droit à réparation par la solidarité nationale les préjudices subis par le patient qui sont « directement imputable à des actes de préventions de diagnostics ou de soins ». Cette seconde condition relève du bon sens. En effet, pour que la réparation d'un accident médical non fautif relève de la solidarité nationale, le législateur a imposé un cadre strict qui exige une causalité directe du dommage avec un certain type d'acte clairement délimité, à savoir « *un acte de prévention, de diagnostic ou de soin* ». Cette notion n'étant pas défini par la loi du 4 mars 2002, la question s'est vite posée de savoir si les actes à finalité esthétique devaient ou non être qualifiés d'acte de prévention, de diagnostic et de soin.

La position de l'ONIAM, de la CNAMed (Commission Nationale des accidents médicaux) et la solution dégagée en jurisprudence ne permettaient pas d'arriver à un consensus. Résolument pour l'exclusion des actes à visée purement esthétique, l'ONIAM : puisque seuls les actes de diagnostic, de prévention ou de soins peuvent, aux termes de la loi, être pris en compte, l'ONIAM a toujours refusé d'indemniser des préjudices consécutifs à un acte de chirurgie esthétique, les considérant comme des actes de confort (1). Toutefois, une telle position est discutable et on peut inversement soutenir que la loi du 4 mars 2002 n'a jamais exclu les actes à visée esthétique de son champ d'application et, notamment, du champ d'application de l'aléa : *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. C'est d'ailleurs la position de la Commission Nationale des Accident Médicaux (2). Il est par ailleurs

délicat d'affirmer que les actes à visées esthétiques ne sont pas ou n'impliquent pas des actes de soins. De même, il a également été avancé les difficultés qu'il y a à séparer la santé physique de la santé psychique. Nul doute qu'une personne déprimée ou complexée peut avoir des troubles, voire de vraies pathologies, qu'une intervention esthétique est susceptible, dans certains cas, de résoudre ou, au moins, d'atténuer. Mais d'une manière générale, et on comprend pourquoi, la solution dégagée par l'ONIAM influençait considérablement celle des CCI. A quoi bon renvoyer un avis indiquant à l'ONIAM d'indemniser les accidents médicaux non fautifs à visée purement esthétique pour essayer derrière un refus de l'office ? Il est donc revenu à la Cour de cassation de trancher la question en décidant que « *les actes de chirurgie esthétique, ... ainsi que les actes médicaux qui leur sont préparatoires, constituent des actes de soins au sens de l'article L. 1142-1* (du Code de la santé publique) (3). Il résultait de cette décision un élargissement de la notion d'acte de soins : pour la Cour de cassation il n'y aurait probablement plus lieu de considérer l'acte de soins en raison de sa finalité thérapeutique mais en application d'un critère que l'on pourrait dire plus formel (4) : l'acte de soin au sens de la loi serait l'acte pratiqué au sein d'un établissement de santé, par un professionnel de santé en utilisant des techniques médicales.

C'est cette jurisprudence qui est aujourd'hui remise en cause ou plus exactement combattue par l'article 70 de la loi du 22 décembre 2014 de financement de la sécurité sociale pour 2015 (5) modifiant le Code de la santé publique par l'ajout d'un article L. 1142-3-1. Cet article prévoit que le dispositif de réparation des préjudices subis par les patients au titre de la solidarité nationale résultant d'un accident médical non fautif ou d'une infection nosocomiale (6) « *n'est pas applicable aux demandes d'indemnisation de dommages imputables à des actes dépourvus de finalité préventive, diagnostique, thérapeutique ou reconstructrice, y compris dans leur phase*

réparation des accidents graves survenus, en l'absence de faute, des suites d'une opération de chirurgie esthétique : « Recommandation relative aux actes médicaux sans finalité thérapeutique » du 2 août 2005 de la CNAMED, [http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Actes\\_medicaux\\_sans\\_finalite\\_therapeutique.pdf](http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Actes_medicaux_sans_finalite_therapeutique.pdf).

(3) Cass. 1<sup>re</sup> civ. 5 février 2014, n° 12-29.140. D. 2014. 697, note S. Porchy-Simon, et 2021, obs. A. Laude ; RTD civ. 2014. 394, obs. P. Jourdain ; RCA 2014. Comm. 166, obs. S. Hocquet-Berg.

(4) V. en ce sens S. PORCHY-SIMON, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ. 5 février 2014, D. 2014 p. 697 et s.

(5) L. n° 2014-1554, 22 déc. 2014 : JO 24 déc. 2014, p. 21748.

(6) Dispositif mentionné au II de l'article L. 1142-1, et aux articles L. 1142-1-1 et L. 1142-15.

(1) V. encore dernièrement rapport ONIAM 2012, spéc. p. 18 : <http://www.oniam.fr/IMG/rapportsoniam/rapport-activite-2012.pdf>

(2) Elle conclut que rien, dans la loi de 2002 et dans ses travaux préparatoires, ne permet d'exclure du champ de la solidarité nationale la



*préparatoire ou de suivi* » postérieures au 31 décembre 2014. Sans aucun doute, le but du législateur est ici de s'opposer à la dernière jurisprudence de la Cour de cassation (7). On peut le déplorer comme une régression du droit à indemnisation des victimes. Surtout, il reste désormais à s'interroger sur le champ d'application de ce nouveau dispositif. Si sont concernés en premier lieu les actes à visées esthétiques, la difficulté demeure concernant les frontières des actes thérapeutiques par la réinstauration du critère de la finalité de l'acte. La seule possibilité de limiter le champ d'application de cette exclusion serait d'avoir une interprétation large de la finalité thérapeutique de l'acte esthétique lorsqu'il répond à un trouble psychologique du patient, au regard d'attestations et d'expertises médico-psychologiques (8), par une sorte de revanche des juges face à la censure de leur jurisprudence... Si une interprétation plus littérale du texte est préférée, les accidents médicaux non fautifs consécutifs à une interruption volontaire de grossesse (IVG) pourraient être concernés, même si l'ONIAM affirme qu'il n'est pas question d'exclure l'IVG par ailleurs remboursée par la Sécurité sociale. De même, malgré la nouvelle rédaction, rien ne permet de dire que ne seront pas exclues de l'indemnisation par la solidarité nationale (9) les conséquences d'autres actes comme les accouchements par voie basse (10), les actes liés au transsexualisme, les circoncisions ou la chirurgie de la myopie que l'on peine à faire rentrer dans les finalités « *contraceptive, abortive, préventive, diagnostique, thérapeutique ou reconstructrice* » limitativement énumérées de l'article L 1142-3-1. En second lieu, par une application du critère de l'accessoire, le texte fait des actes préparatoires (ante) et de suivi (post) des actes accessoires à l'acte à visée esthétique et restreint encore le champ d'intervention

(7) V. Vioujas, L'exclusion des actes de chirurgie esthétique du dispositif de réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale, une réforme problématique, D. 2014. 2535 ; M. Bacache, ONIAM - Actes à finalité esthétique, RTD civ. 2015. 212.

(8) V. en ce sens M. Bacache, article préc.

(9) Ce doute a été dissipé par la dernière modification de l'article L. 1142-3-1 ainsi rédigé « I. - *Le dispositif de réparation des préjudices subis par les patients au titre la solidarité nationale mentionné au II de l'article L. 1142-1 et aux articles L. 1142-1-1 et L. 1142-15 n'est pas applicable aux demandes d'indemnisation de dommages imputables à des actes dépourvus de finalité contraceptive, abortive, préventive, diagnostique, thérapeutique ou reconstructrice, y compris dans leur phase préparatoire ou de suivi* ».

(10) Par exemple une hémorragie de la délivrance est un risque connu de l'accouchement qui est considéré comme un acte naturel s'il intervient en dehors de toute intervention médicale (anesthésie, césarienne). L'indemnisation par l'ONIAM ne saurait donc être recherchée. C'est cette position qui est défendue par l'ONIAM, et suivi par beaucoup de CCI.

de l'ONIAM (11) pour la réparation des accidents médicaux non fautifs qui seraient consécutifs à ce type d'acte. Il faudra maintenant distinguer, par exemple en présence d'un accident d'anesthésie, selon que l'acte principal est ou non à visée esthétique pour déterminer si la victime aura ou non le droit d'être indemnisée au titre de la solidarité nationale, et, en présence d'acte principal à finalité esthétique, vérifier qu'il ne s'agit pas de reconstruction consécutive à une maladie, l'acte principal reprenant ainsi la qualité d'acte de soin... Le critère organique ou formel de l'acte de soin qui avait la préférence du juge et aussi l'avantage de la simplicité est écarté par le législateur au profit de celui finaliste dans un souci d'économie des deniers publics (estimée à 800 000 € annuel). En somme, en matière d'acte à finalité purement esthétique, le risque de l'accident médical doit désormais être supporté par la victime et non par la solidarité nationale à moins qu'à l'origine de son dommage, la victime soit en mesure de rapporter la preuve d'une faute du professionnel de santé qui, on le sait, est appréciée plus sévèrement en matière de médecine esthétique (12).

B. Précisions sur la condition d'anormalité du dommage résultant d'un accident médical non fautif.

S'inspirant directement de la jurisprudence du conseil d'État (13) le législateur a prévu que l'accident médical non fautif peut, à certaines conditions être indemnisé par l'ONIAM. Trois conditions sont énoncées à l'article L 1142-1 II du Code de la santé publique. Il faut en premier lieu, comme nous venons de le rappeler, que l'accident médical soit directement imputable à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins. Il faut en deuxième lieu que l'accident médical présente un caractère de gravité apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle, compte tenu notamment d'un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique ne pouvant excéder 25 %. Cette condition, précisée par l'article D. 1142-1 qui a fixé le taux à 24 %, est ainsi assouplie et précisée de manière objective par rapport à l'ancienne condition d'« extrême

(11) M. Bacache, article préc.

(12) V. par exemple pour une obligation d'information renforcée, article L 6322-2 du Code de la santé publique (remise d'un devis détaillé, délai minimum imposé avant l'intervention).

(13) Arrêt Bianchi : CE, Assemblée, du 9 avril 1993, 69336, publié au recueil Lebon.

gravité » de l'arrêt Bianchi (14). En troisième lieu, il faut que l'accident médical ait « *eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci* ». Cette troisième condition d'anormalité des conséquences est celle qui soulève le plus de difficultés qui sont liées à la spécificité de la causalité en matière médicale. En effet, la victime présente déjà un état de santé par hypothèse altéré avant l'intervention médicale. Il importe donc de faire peser sur la solidarité nationale uniquement les conséquences directes de l'acte médical, et non une invalidité antérieure ou dont l'évolution était inéluctable (15).

C'est cette condition d'anormalité que le Conseil d'Etat est venu préciser par deux arrêts du 14 décembre 2014 (16) et un arrêt du 29 avril 2015 (17).

Dans la première espèce (n° 355052), un patient a subi une intervention chirurgicale destinée à réduire une hernie discale cervicale ; qu'au décours de cette intervention, il a présenté une tétraparésie provoquée par une compression médullaire entraînant une incapacité permanente évaluée à 60 %. La cour administrative d'appel de Paris a confirmé la condamnation de l'hôpital public dans lequel il avait été opéré à réparer la perte d'une chance d'éviter le dommage subi et mis à la charge de l'ONIAM la réparation de la part du dommage non couverte en relevant que la gravité de ce handicap était sans commune mesure avec celle de l'état initial de l'intéressé et que, selon l'expert, il n'existait pratiquement aucun risque, en l'absence d'intervention, de voir la hernie discale cervicale évoluer vers une tétraparésie. Le Conseil d'Etat rejeta le pourvoi de l'ONIAM en estimant que c'est à bon droit que la cour avait estimé que la condition d'anormalité prévue par la loi était remplie, dès lors que la gravité de l'état du patient tel qu'il résultait de l'intervention était sans commune mesure avec celle de l'état qui aurait été le sien si elle n'avait pas été pratiquée et que par conséquent elle n'avait pas à prendre en considération la fréquence du risque de complication lié

au geste médical en cause. On remarquera également que le Conseil d'Etat confirme ici que la condition de subsidiarité de l'intervention de l'ONIAM, tel que le laisse suggérer la rédaction de l'article L 1142-1 II du code de la santé publique, ne fait pas obstacle à ce qu'un dommage lié à un acte médical soit indemnisé à la fois sur le fondement de la responsabilité par un professionnel de la santé lorsque sa faute a fait perdre une chance au patient d'éviter le dommage et par la solidarité nationale lorsque le dommage final est la conséquence d'un accident médical non fautif (18).

Dans la seconde espèce (n° 365211), le Conseil d'Etat approuve cette fois un arrêt ne jugeant pas anormales les conséquences dommageables d'une intervention chirurgicale. Une patiente diabétique insulino-dépendante, a été victime d'un coma diabétique ayant rendu nécessaire une intubation pratiquée en urgence durant son transfert à l'hôpital ; qu'en raison de cette intubation elle a présenté une sténose laryngée, provoquant des difficultés respiratoires ainsi que des troubles de la phonation et de la déglutition. Sa demande d'indemnisation par l'ONIAM a été rejetée par une cour administrative d'appel en raison de l'absence d'anormalité des conséquences dommageables de l'intubation au regard de son état antérieur comme de l'évolution prévisible de celui-ci. La cour relevait d'une part, que l'intubation, pratiquée in extremis, présentait un caractère vital eu égard à l'état de coma diabétique et, d'autre part, que la complication survenue, « *bien qu'exceptionnelle, était favorisée par divers facteurs, tenant en particulier aux conditions d'intervention en urgence lorsque le pronostic vital est engagé* ». Pour le Conseil d'Etat, « *la cour a ainsi fait apparaître que les conséquences de l'intubation n'étaient pas plus graves que celles auxquelles la patiente était exposée par sa pathologie*

(14) « *Lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité* ».

(15) V. sur la question de l'état antérieur et son appréhension en matière médicale : Ph. Pierre, Le passé de la victime, influence de l'état antérieur, Gaz. Pal. 9 avril 2011, p. 15 et s.

(16) CE, 12 décembre 2014, 355052 et n° 365211.

(17) CE 29 avril 2015, n° 369473.

(18) « *Considérant que, si les dispositions du II de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique font obstacle à ce que l'ONIAM supporte au titre de la solidarité nationale la charge de réparations incombant aux personnes responsables d'un dommage en vertu du I du même article, elles n'excluent toute indemnisation par l'office que si le dommage est entièrement la conséquence directe d'un fait engageant leur responsabilité ; que, dans l'hypothèse où un accident médical non fautif est à l'origine de conséquences dommageables mais où une faute commise par une personne mentionnée au I de l'article L. 1142-1 a fait perdre au patient une chance d'échapper à l'accident médical ou de se soustraire à ses conséquences, le préjudice directement lié à cette faute est la perte de chance d'éviter le dommage corporel advenu et non le dommage corporel lui-même, lequel demeure tout entier en lien direct avec l'accident non fautif ; que, par suite, un tel accident ouvre droit à réparation au titre de la solidarité nationale si l'ensemble de ses conséquences remplissent les conditions posées au II de l'article L. 1142-1* ». V. sur les hypothèses de concours entre solidarité nationale et responsabilité médicale en présence d'une faute technique entraînant une perte de chance d'éviter l'accident médical non fautif, L. Clerc-Renaud, Responsabilité civile et solidarité nationale en matière d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux, Gazette du Palais, 11 avril 2015 n° 101, p. 10 et s., spéc. n° 16.





*et que si le risque de sténose laryngée inhérent à cet acte médical revêtait, en principe, un caractère exceptionnel, il en était allé autrement dans les circonstances de l'espèce, compte tenu notamment du fait qu'il avait dû être pratiqué en urgence ».*

La solution du Conseil d'Etat innove en posant ce qui ressemblerait à une présomption d'anormalité du dommage lorsque l'acte médical a aggravé notablement l'état initial du patient en énonçant que « *la condition d'anormalité du dommage (...) doit toujours être regardée comme remplie lorsque l'acte médical a entraîné des conséquences notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé de manière suffisamment probable en l'absence de traitement* ». Par conséquent, il est nécessaire dans un premier temps d'examiner la gravité des conséquences dommageables par une comparaison entre l'état de la victime avant et après l'acte médical. Cette comparaison n'est rien d'autre qu'un moyen de vérifier que le dommage n'est pas la conséquence de l'état du malade et de son évolution prévisible. En cas d'écart important, c'est-à-dire de dommage « sans commune mesure... » (1<sup>re</sup> espèce) le raisonnement peut s'arrêter là, le caractère anormal est constaté.

Inversement, lorsque les conséquences de l'acte médical ne sont pas notablement plus graves que celles auxquelles le patient était exposé par sa pathologie en l'absence de traitement, elles ne peuvent être regardées *de facto* comme anormales. Il faudra dans ce cas se référer à l'autre critère de l'anormalité, celui de la fréquence de la réalisation du risque. En effet, le caractère d'anormalité renvoie aussi au caractère exceptionnel, ce qui, du fait de sa faible fréquence constatée consécutivement au type d'acte pratiqué sort de l'ordinaire. A partir du moment où le dommage se produit fréquemment on le considère soit comme une évolution de la pathologie, soit comme une conséquence de l'acte de prévention, de diagnostic et de soins pas suffisamment rare pour être anormale. Mais si la réalisation du dommage est exceptionnelle ou suffisamment rare, que la probabilité pour qu'il se réalise est faible selon les termes du Conseil d'Etat, peu important que l'acte médical n'ait pas aggravé la situation du patient ou permis de l'améliorer. On en revient alors à une appréciation de l'anormalité plus objective évaluée en termes de fréquence statistique. Dans la seconde espèce, bien que le risque inhérent à l'acte médical encouru revêtait en principe un caractère exceptionnel, les circonstances de l'espèce (le fait qu'il soit pratiqué en urgence) lui enlevait ce caractère.

Enfin, dans la troisième espèce (29 avril 2015), le Conseil d'Etat en reprenant le même raisonnement que dans les deux décisions du 12 décembre 2014, décide de ne pas retenir la condition d'anormalité. Il a

estimé que la condition d'anormalité n'était pas remplie puisqu'en premier lieu, « *en l'absence de traitement la patiente était exposée à des conséquences aussi graves que celles que l'intervention a entraînées* » et qu'en second lieu, « *le dommage a résulté de la réalisation d'un risque élevé de complication cardiovasculaire, à laquelle le déplacement accidentel du cathéter a seulement concouru* ». Le Conseil d'Etat a ici examiné le risque encouru en raison de la pathologie et de l'état de la victime et apporte une précision dans l'appréciation de la condition d'anormalité lorsque plusieurs facteurs ont concouru à la réalisation du dommage (19). Ici, un acte risqué a été tenté pour empêcher la survenue d'un dommage grave. Le risque qui s'est réalisé doit, selon le Conseil d'Etat être apprécié dans sa globalité, au regard du type de risque en cause (en l'espèce, le risque de complication cardiovasculaire) et non au regard de chacune des causes possibles de survenance de ce risque (d'un côté, le déplacement du cathéter et, de l'autre, les polyfractures graves associées à une pathologie cardiovasculaire) (20). L'idée est donc toujours d'indemniser les conséquences dommageables d'un acte et non pas la maladie ainsi que les suites qui peuvent y être raisonnablement rattachées : la méthode comparative subsiste puisque dans cette espèce, en l'absence de traitement la patiente était également exposée à un risque aussi grave : la mort par arrêt cardiaque.

## II. ACTUALITÉ DU DROIT DU DOMMAGE CORPOREL

### A. Projet de décret visant à instaurer une nomenclature des chefs de préjudices

**Contexte.** A la fin de l'année 2014, dans le cadre du projet « J21, pour une justice du 21<sup>e</sup> siècle », la garde des Sceaux a souhaité améliorer les conditions d'indemnisation des victimes de dommages corporels. Pour ce faire, un projet de décret a été mis en ligne et ouvert à la consultation publique. Ce texte a pour objet de répertorier et définir les postes de préjudices à caractère

(19) « Si le déplacement du cathéter au cours de l'intervention, risque connu de l'utilisation des cathéters veineux centraux sous-claviers, a favorisé le décès, l'arrêt cardio-circulatoire s'explique également, d'une part, par les poly-fractures graves résultant de l'accident de la route, (...) de troubles de la coagulation et de contraintes métaboliques liées à la douleur retentissant sur la fonction cardiaque et, d'autre part, par une pathologie cardiovasculaire dont l'intéressée était atteinte et qui limitait les mécanismes de réserve que le cœur pouvait mettre en jeu ; que l'arrêt évalue à 35 % le risque de complications cardiovasculaires, voire pulmonaires, mettant en jeu le pronostic vital auquel [la personne] était exposée lors de l'intervention ».

(20) D. Cristol, RDSS 2015 p. 548.

patrimonial et extrapatrimonial susceptibles d'être subis par les victimes directes ou indirectes d'un dommage corporel. Il instaure une nomenclature unifiée des chefs de préjudice résultant d'un dommage corporel qui s'inspire très largement du rapport du groupe de travail dirigé par le Président Dintilhac publié en 2005. On sait que la nomenclature Dintilhac, elle-même précédée par le rapport de la commission Lambert-Faivre, est devenue l'outil de référence de tous les acteurs (ou presque) du dommage corporel. Elle s'est imposée sans être obligatoire dans la procédure transactionnelle aux assureurs, aux Fonds d'indemnisation ou de garantie (au moins dans ces grandes lignes) et devant les juridictions judiciaires, surtout afin de mettre en place le recours des tiers payeurs poste par poste imposé par la loi pour le financement de la sécurité sociale du 21 décembre 2006. Toutefois, le Conseil d'Etat n'a pas suivi ce mouvement, puisqu'il a adopté sa propre nomenclature, dans le cadre de l'avis LAGIER, rendu le 4 mars 2007 (21). Par conséquent, l'adoption d'une nomenclature unique des postes de préjudices résultant des dommages corporels annexée au projet de décret (article 1 du projet de décret), applicables aux décisions des juridictions judiciaires et administratives, mais aussi dans le cadre de toutes les transactions ayant pour objet l'indemnisation des victimes de dommage corporel (article 3), sans faire obstacle à la détermination d'un autre chef de préjudice n'y figurant pas (article 2) est une initiative à saluer.

**Réception mitigée.** Nous nous en tiendrons à une très brève présentation pour plusieurs raisons : une présentation détaillée serait prématurée car nous sommes en présence d'un simple projet de décret visant à établir une nomenclature, de surcroît soumis à consultation publique donc susceptible d'évoluer si le ministère entend effectivement prendre en compte les avis qui seront ressorti de cette consultation. En outre, pour l'heure, rien ne permet de dire si la volonté de fixer une nomenclature par décret se concrétisera. Si la doctrine se montre globalement plutôt favorable au moins sur le principe même d'une nomenclature obligatoire (22), de nombreuses voix se sont élevées contre,

surtout du côté des praticiens. Du côté des avocats de victimes la crainte s'exprime notamment de voir adopter une nomenclature figée qui ne permettrait pas de faire évoluer les différents postes de préjudice comme c'est aujourd'hui le cas avec une nomenclature évolutive et non obligatoire. Ils redoutent également que ce projet soit un premier pas vers l'adoption d'un véritable barème d'indemnisation qui mettrait fin au principe de la réparation intégrale et à son corolaire, l'individualisation de la réparation (23). Ils formulent également certains griefs quant à la définition trop étroite de certains chefs de préjudice. Inversement, du côté des assureurs, le projet est à rejeter car en l'état actuel il aboutirait à un accroissement spectaculaire du coût des sinistres en raison d'une inflation des chefs de préjudice à indemniser. Par ailleurs, ils demandent l'instauration d'un barème d'indemnisation afin d'encadrer la réparation et d'établir un véritable traitement égalitaire des victimes (24).

**Contenu perfectible.** Ce projet de nomenclature retient dans ses grandes lignes l'articulation de la nomenclature Dintilhac en distinguant les victimes directes et indirectes, les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux. Et, concernant les victimes directes, en différenciant les préjudices temporaire (avant consolidation) et permanents (après consolidation), concernant les victimes indirectes en distinguant selon que la victime directe est ou non décédée. Au titre des avancées, nous retiendrons que le projet prend en compte certaines critiques énoncées contre la nomenclature. Par exemple, l'assistance tierce personne temporaire devient un chef de préjudice autonome alors qu'elle est indemnisée au titre des frais divers dans la nomenclature Dintilhac. Une avancée pour les victimes à condition de revoir sa définition pour prendre en compte les évolutions jurisprudentielles : ce sont les besoins qui doivent être indemnisés et non les dépenses remboursées comme la rédaction du projet le suggère encore. Il est aussi proposé d'isoler l'aspect extrapatrimonial de l'incidence professionnelle de son aspect économique. En outre, les souffrances endurées post-consolidation, sont dans le projet (contrairement à la nomenclature actuelle) détachées du déficit fonctionnel permanent (DFP) comme les souffrances endurées à titre temporaire le sont du déficit fonctionnel temporaire. En

(21) CE, Avis n° 303422 et 304214 du 4 juin 2007. Certes une évolution a pu être remarquée dans quelques arrêts récents (CE, 16 déc. 2013 Mme de Moraes, n° 346575 ; CE, 28 mai 2014, n° 351237), par lesquels le juge administratif a reconnu des postes de préjudices de la nomenclature Dintilhac qu'il méconnaissait jusqu'alors sans pour autant s'aligner sur la jp judiciaire. V. F. Lambalez, La nomenclature : un outil d'uniformisation des jurisprudences civile et administrative ? : Gaz. Pal. 24-27 déc. 2014, p. 16.

(22) V. notamment O. Gout et S. Porchy-Simon, Plaidoyer pour la défense des nomenclatures dans le droit du dommage corporel, D. 2015. 1499.

(23) V. pour la réponse de l'ANADAVI : <http://anadavi.com/dotclear/index.php/post/2015/02/20/SUR-LE-PROJET-DE-DECRET-VISANT-A-INSTAURER-UNE-NOMENCLATURE-OFFICIELLE-DES-POSTES-DE-PREJUDICE>

(24) <http://www.argusdelassurance.com/institutions/prejudices-corporels-la-reforme-taubira-couterait-1-md-denoncent-les-assureurs.88891>



revanche le projet de décret manque l'occasion de rééquilibrer totalement les postes extrapatrimoniaux temporaires et permanents puisque le déficit fonctionnel temporaire continue de concentrer trois postes en un (pas de création de préjudice d'agrément temporaire ni de préjudice sexuel temporaire). En définitive, s'il nous semble difficile de contester le principe même d'une nomenclature, nous sommes loin de parvenir à un consensus sur son contenu. Si le projet n'est pas abandonné, il est pour le moins ralenti (25).

### III. ACTUALITÉ JURISPRUDENTIELLE : BREF PANORAMA DES POSTES DE PRÉJUDICES RÉPARABLES

#### B. Préjudices extrapatrimoniaux

- **Précisions sur le préjudice d'établissement** : civ. 2<sup>e</sup>, 15 janv. 2015, n° 13-27.761. La Cour de cassation rappelle dans cette décision que le préjudice d'établissement « consiste en la perte d'espoir et de chance de réaliser un projet de vie familiale en raison de la gravité du handicap ». Devant une cour d'appel, un homme de trente-trois ans devenu tétraplégique à la suite d'un accident de la circulation s'était vu refuser la réparation de son préjudice d'établissement au motif que « préalablement à l'accident il avait fondé un foyer et qu'il a eu trois enfants ». Ce raisonnement est censuré par la Cour de cassation (au visa de l'article 1382 du Code civil et du principe de la réparation intégrale) qui énonce que « le préjudice d'établissement recouvre, en cas de séparation ou de dissolution d'une précédente union, la perte de chance pour la victime handicapée de réaliser un nouveau projet de vie familiale ».
- **Pas d'indemnisation autonome du préjudice sexuel temporaire** (civ. 2<sup>e</sup>, 11 déc. 2014, n° 13-28.774) **ni du préjudice d'établissement temporaire** (civ. 2<sup>e</sup>, 5 mars 2015, n° 14-10.758) : la cour de cassation procède dans ces deux décisions à une interprétation stricte de la nomenclature Dintilhac qui ne conçoit pas de la même manière les différents chefs de préjudices extrapatrimoniaux avant et après consolidation. En effet, on sait que la nomenclature Dintilhac prévoit trois chefs de préjudices extrapatrimoniaux temporaires : le déficit

fonctionnel temporaire, les souffrances endurées et le préjudice esthétique temporaire ; alors que six chefs de préjudice extrapatrimoniaux permanents sont retenus : le déficit fonctionnel permanent (regroupant l'atteinte physiologique et l'atteinte à la qualité de vie, les souffrances physiques et morales post-consolidation), le préjudice sexuel, le préjudice d'agrément, le préjudice esthétique permanent, préjudice d'établissement et les préjudices permanents exceptionnels). Dans la première décision, la Cour de cassation sanctionne une Cour d'appel qui avait indemnisé un préjudice sexuel temporaire. Dans la seconde décision, elle rejette le pourvoi formé contre une décision ayant refusé l'indemnisation autonome d'un préjudice d'agrément temporaire. Cette discordance entre les chefs de préjudices extrapatrimoniaux ante et post consolidation a fait l'objet de nombreuses critiques qui ont été partiellement prises en compte par le projet de décret visant à établir une nomenclature des chefs de préjudice (cf. infra).

- **Conception étroite des préjudices extrapatrimoniaux exceptionnels** : cass. 2<sup>e</sup> civ. 5 févr. 2015, n° 14-10.097. Le même jour la Cour de cassation a rendu sept arrêts (v. aussi Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 févr. 2015, n°s 14-10091 à 14-10096) dont celui-ci (destiné à la publication) qui traduisent un contrôle sévère de la motivation des juridictions du fond qui indemnisent des préjudices extrapatrimoniaux exceptionnels, c'est à dire en dehors de ceux nommément prévus par la nomenclature Dintilhac. Les circonstances étaient les suivantes : des policiers furent blessés à la suite de graves violences urbaines. Les accusés ont été déclarés coupables de tentatives de meurtre par une Cour d'assises et les victimes demandèrent réparation. Dans l'espèce dont l'arrêt est destiné à la publication, pour allouer à cette victime policière diverses indemnités réparant notamment, d'une part, les souffrances endurées et le déficit fonctionnel permanent, d'autre part, un préjudice moral exceptionnel, une cour d'appel avait énoncé que les circonstances et le déroulement des agressions « *avaient engendré chez chacune des victimes un sentiment d'angoisse générateur d'un préjudice moral exceptionnel qui devait être indemnisé et que ce préjudice moral exceptionnel tel que vécu lors du déroulement des faits ne constituait pas une double indemnisation, le déficit fonctionnel permanent du point de vue psychologique ne recouvrant pour sa part que les conséquences postérieures du traumatisme* ». La Cour de cassation sanctionna en ces termes (au visa de l'article 706-3 du Code de procédure pénale et du principe de réparation

(25) La mise en place d'une nomenclature des chefs de préjudice par décret sera très probablement suspendue à l'adoption d'une réforme de plus grande envergure, celle de la responsabilité civile. Un avant projet de loi a été déposé le 29 avril 2016 et soumis à la consultation publique.

intégrale) : « *Qu'en statuant ainsi, alors que 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, la cour d'appel a réparé deux fois le même préjudice et violé le principe susvisé* ». La Cour de cassation n'est toutefois pas complètement hostile à la reconnaissance d'un préjudice autonome d'angoisse ou d'anxiété. Elle l'a fait dans des hypothèses relativement limitées. Il en est ainsi pour des victimes de sinistres collectifs, comme celles de l'amiante ou encore dans des circonstances où la victime est consciente d'une mort imminente (26).

#### C. Préjudices patrimoniaux

- **Dépenses de santé futures** : cass. Crim., 2 juin 2015 n° 14-83.967. La chambre criminelle rappelle, au visa de l'article 1382 du code civil, « *que le principe de la réparation intégrale n'implique pas de contrôle sur l'utilisation des fonds alloués à la victime qui en conserve la libre utilisation* ». Elle sanctionne un arrêt d'appel qui avait condamné le responsable d'un accident de la circulation à rembourser des dépenses de santé futures relatives aux appareillages de la victime, « *au fur et à mesure de ses besoins et sur présentation des factures acquittées, en l'absence d'éléments suffisants quant à leur prise en charge par les organismes de sécurité sociale et aux prix de ces appareillages* » et donne une méthode d'évaluation de ce type de préjudice : elle doit se faire par capitalisation des frais futurs (détermination du coût des appareillages, périodicité de leur renouvellement...). On est habitué à ce raisonnement en ce qui concerne un autre poste de préjudice patrimonial, l'assistance tierce personne, la haute juridiction rappelle que la même méthode doit être appliquée pour le poste dépenses de santé future.
- **Assistance tierce personne** : cass. 2<sup>e</sup> civ. 15 janvier 2015 n° 13-27.761. La Cour de cassation rappelle

encore une fois, si besoin était, au nom du principe de réparation intégrale sans perte ni profit pour la victime, que « *l'indemnité allouée au titre de l'assistance d'une tierce personne, qui doit être évaluée en fonction des besoins de la victime, ne peut être subordonnée à la production des justifications des dépenses effectives* ». Ceci permet aussi de confirmer une position désormais constante : l'assistance tierce personne exercée par un proche de la victime doit être indemnisée.

- **Préjudice professionnel** : indemnisation de la perte de gains professionnels futurs et de l'incidence professionnelle d'une jeune victime) : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 juin 2015, n° 14-21.972. Cette décision met en lumière les difficultés d'évaluation des chefs de préjudices professionnels de jeunes victimes n'ayant pas d'activité professionnelle au moment de l'accident. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir alloué à la jeune victime une indemnité réparant son préjudice professionnel futur. Elle prend également soin de rappeler que, une jeune victime qui ne perçoit pas à la date du dommage de gains professionnels, a vocation à ne pas demeurer inactive toute sa vie. Par conséquent, elle pouvait au moins prétendre à un salaire équivalent au SMIC, étant donné de surcroît qu'elle était une bonne élève, et que le directeur du lycée attestait qu'elle avait très largement la possibilité de poursuivre ses études et d'envisager d'obtenir au moins un diplôme de type baccalauréat, ce dont il résulte qu'elle avait un potentiel et qu'elle pouvait prétendre à un emploi rémunéré. On remarquera toutefois que la Cour de cassation retient que l'indemnité allouée répare l'incidence professionnelle alors que la somme octroyée par la Cour d'appel l'avait été au titre de la perte de gains professionnels futurs. la Cour de cassation veut-elle signifier que, pour un enfant ou un jeune, qui par hypothèse n'a pas d'activité professionnelle, seule l'incidence professionnelle peut être indemnisée ? Ce n'est pas ce qui est retenu dans la nomenclature Dintilhac ni d'ailleurs dans le projet de nomenclature de la chancellerie. ■

(26) Voir notamment Cass. crim., 23 oct. 2012, n° 11-83770 ; Cass. crim., 15 oct. 2013, n° 12-83055.