

FAIRE ÉCHEC À LA CONCEPTION HYPERTROPHIÉE DE LA RENTE ACCIDENTS DU TRAVAIL- MALADIES PROFESSIONNELLES

*PUTTING A STOP TO THE EXCESSIVE
CONCEPTION OF INDUSTRIAL ACCIDENT-
OCCUPATIONAL DISEASE ANNUITY*

Par **Morane KEIM-BAGOT***

ARTICLE ORIGINAL
ORIGINAL ARTICLE

RÉSUMÉ

Les tribunaux sont confrontés à un débat important concernant la nature de la rente accidents du travail – maladies professionnelles (AT-MP), ainsi que cela a déjà été exposé par Monsieur Francis Meyer. Ce débat résulte de la conception hypertrophiée retenue, à ce jour de la rente censée indemniser tout à la fois le déficit fonctionnel permanent et la perte de capacité de gains de la victime¹. Ces difficultés sont engendrées par une difficulté première conceptuelle inhérente à la réparation du dommage corporel. Elles se matérialisent en droit des risques professionnels dans la notion trouble d'incapacité permanente partielle. L'abandon de cette notion semble impératif mais se heurte à des difficultés qui semblent, pour l'heure, inextricables.

Mots-clés : Rente, accident du travail, maladie professionnelle, déficit fonctionnel permanent, incapacité permanente partielle, hypertrophie de la rente, préjudices personnels, préjudices économiques, perte de capacité de gains.

* Maître de conférences, Ecole de droit de la Sorbonne, université Paris 1 Panthéon Sorbonne
17 rue de la Sorbonne, 75005 Paris,
Morane.Keim-Bagot@univ-paris1.fr

¹ V. Civ. 2^e, 28 févr. 2013, n° 11-21.015, *Bull. civ. II*, à paraître ; Civ. 2^e, 28 mai 2009, n° 08-16.829, *Bull. civ. II*, n° 131, selon lequel le déficit fonctionnel permanent répare : « Les atteintes aux fonctions physiologiques, la perte de la qualité de vie et les troubles ressentis par la victime dans ses conditions d'existence personnelles, familiales et sociales ».

SUMMARY

The law courts are confronted with an important debate concerning the nature of the AT-MP (industrial accident-occupational disease) annuity, as has already been explained by Monsieur Francis Meyer. This debate results from the excessive conception retained up to now of the annuity which is supposed to indemnify at one and the same time the permanent functional deficit and the loss of earning ability of victim¹. These difficulties are caused by a first conceptual difficulty inherent to compensation for bodily harm. They are materialised in the law of professional risks in the unclear notion of partial permanent inability. It seems imperative to give up this notion but then there are difficulties which, for the moment, seem inextricable.

Keywords: Annuity, industrial accident, occupational disease, permanent functional deficit, partial permanent inability, excessive annuity, personal damage, economic damage, loss of earning ability.

I. L'HYPERTROPHIE DE LA RENTE AT-MP

Le « droit » du dommage corporel se heurte à des difficultés car il peine à appréhender les préjudices qui découlent du dommage corporel dans leur dimension subjective du fait de certaines lacunes conceptuelles

relatives au corps² de la personne³. Ainsi, « *le vocabulaire juridique ne connaît pas de terme restituant la globalité de l'être dans son existence concrète* ». Monsieur Francis Meyer, maître de conférences à l'Université de Strasbourg, relevait, le « *hiatus permanent* », qui demeure quant à l'appréhension de la personne et de son corps par le Droit⁴. Il relève un « *éclatement de la personne humaine* » qui est alternativement sujet de droit ou objet de droit. S'y ajoute l'idée selon laquelle l'essence de l'Homme réside dans sa pensée, dans sa volonté, non dans son corps⁵. Il n'existe pas, en Droit, de concept semblable à celui de « corporéité », que l'on peut retrouver en philosophie et qui consiste à considérer le corps humain comme : « *l'incarnation de la personne* »⁶. Comment appréhender, alors, certains préjudices, tels la souffrance physique, qui ne relèvent ni de l'atteinte strictement physique, ni de l'atteinte strictement morale ? Cette dichotomie entre le corps-être et le corps-avoir génère des confusions dans la conception même des préjudices dont souffre la victime du dommage corporel. Les professeurs Porchy-Simon et Lambert-Faivre l'exprimaient dans les termes suivants: « *Peut-on distinguer le corps de la personne ? Si le corps "est" la personne, signe visible de l'invisible, la dignité de ce corps-personne humaine ne permet pas de la considérer comme un bien économique, et le préjudice atteint à l'intégrité physique de la personne ne saurait être un préjudice économique. Si l'on classe le préjudice physiologique avec les préjudices économiques c'est que l'on considère que le corps "n'est" pas la personne mais est la propriété de la personne. C'est tout le problème de l'être et de l'avoir* »⁷.

L'exemple le plus frappant de cette difficulté conceptuelle est la notion, confuse s'il en est, d'« incapacité permanente » ou de « déficit fonctionnel », héritée du droit des accidents du travail et des maladies professionnelles⁸. Le droit commun a adopté la notion alors même que contrairement à la législation des risques professionnels, il n'existe pas de méthode obligatoire d'évaluation de l'incapacité que subit la victime. Et, il

n'existe pas d'obligation de se référer à un quelconque taux d'incapacité⁹ pour procéder à l'évaluation des préjudices. Qu'est-ce que l'incapacité permanente ? Le président Le Roy, président de chambre honoraire près la cour d'appel de Paris, la définit comme « *la réduction du potentiel physique, psychosensoriel ou intellectuel dont reste atteinte une victime* »¹⁰. La pratique consiste à déduire de cette incapacité – préjudice physique –, le préjudice économique subi par la victime. L'on considère, en effet, que le préjudice économique est proportionnel à l'importance du préjudice physique. Le professeur Yvonne Lambert-Faivre, qui dès 1990 publiait un manuel de droit du dommage corporel, dénonce l'assimilation ainsi faite entre le physiologique et l'économique qui « *procède d'un postulat faux selon lequel une même lésion traumatique aurait des conséquences semblables pour toutes les victimes et le préjudice économique professionnel serait proportionnel au taux d'incapacité fonctionnelle* »¹¹. L'incapacité fonctionnelle mêle, par conséquent, le physiologique et l'économique, le patrimonial et l'extrapatrimonial et est, dès lors, à l'origine de nombreuses confusions et difficultés. Elle doit être distinguée du déficit fonctionnel permanent, d'une part en ce qu'elle n'a pour finalité de réparer que la « valeur industrielle » perdue par le salarié, d'autre part en ce qu'elle ne fait qu'une place très marginale à l'appréciation des préjudices subjectifs de la victime.

A. L'IPP : l'évaluation de la perte de valeur industrielle du travailleur

La nomenclature Dintilhac, du nom du défunt président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, définit le déficit fonctionnel permanent comme un poste de préjudice extrapatrimonial. Il s'agit de réparer les incidences du dommage qui touchent exclusivement à la sphère personnelle de la victime. Il convient d'indemniser, à ce titre, non seulement les atteintes aux fonctions physiologiques de la victime, mais aussi la douleur permanente qu'elle ressent, la perte de la qualité de vie et les troubles dans les conditions d'existence qu'elle rencontre au quotidien après sa consolidation¹². Dans un arrêt du

² V. R. Dekkers, « Aspects philosophiques », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Le corps humain et le Droit (Journées Belges)*, Dalloz, t. 26, 1977, p. 1.

³ V. Travaux de l'Association Henri Capitant, *Le corps humain et le Droit (Journées Belges)*, Dalloz, t. 26, 1977.

⁴ F. Meyer, *Le corps humain en droit du travail*, Thèse, Strasbourg 1985, p. 3.

⁵ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, PUF, coll. « Quadrige Manuels », 2004, spéc. p. 381 s. « Entre le corps humain et l'homme ou la personne, point de notion qui permette d'isoler la qualité subjective du corps et de caractériser son statut ».

⁶ V. R. Harré, « La corporéité ou l'être incarné », in C. Garnier (dir.), *Le corps rassemblé. Pour une perspective interdisciplinaire et culturelle de la corporéité*, Éditions Agence D'arc, 1991.

⁷ V. Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel*, 7 éd. 2009 Dalloz.

⁸ V. S. David Constant, « L'influence de la Sécurité sociale sur la responsabilité civile », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Librairie Dalloz, 1965, p. 253.

⁹ V. Soc. 20 déc. 1966, *D.* 1967. 669, note M. Le Roy : « Mais attendu qu'aucune règle légale ne prescrit aux juges d'employer une méthode déterminée pour estimer l'importance du préjudice subi ».

¹⁰ M. Le Roy, *L'évaluation du préjudice corporel*, Litec, 15^e éd., 2000.

¹¹ V. supra.

¹² Les travaux du congrès de l'Académie de droit européen de Trèves des 8 et 9 juin 2000 définissaient le déficit fonctionnel permanent comme : « la réduction définitive du potentiel physique, psychique, psychosensoriel ou intellectuel résultant de l'atteinte à l'intégrité anatomophysiologique médicalement constatée donc appréciable par un examen clinique approprié complété par l'étude des examens complémentaires produits à laquelle s'ajoutent les phénomènes douloureux et les répercussions psychologiques, normalement liés à l'atteinte séquentielle décrite ainsi que les conséquences habituellement et objectivement liées à cette atteinte dans la vie de tous les jours ».

28 mai 2009, la Cour de cassation a, dans la continuité de la nomenclature Dintilhac, défini le déficit fonctionnel permanent comme l'atteinte : « *aux fonctions physiologiques, pertes de la qualité de vie et troubles ressentis par la victime dans ses conditions d'existence personnelles, familiales et sociales* ». En cela il ne se confond pas avec le taux d'incapacité permanente partielle qui est avant tout un taux médical évalué par un médecin. Il se fonde sur la prise en compte de l'atteinte physique au regard du barème indicatif d'invalidité des accidents du travail et des maladies professionnelles¹³. Mais il faut réfuter l'idée que le barème indemnise les séquelles telles qu'entendues au titre du déficit fonctionnel permanent, c'est-à-dire l'atteinte objective à l'intégrité physique. En effet, ce barème a été conçu pour prendre en considération non pas l'atteinte physique en soi, mais en ce qu'elle apporte une réduction d'une fonction de l'homme au travail. L'atteinte physique n'est prise en compte qu'en tant qu'atteinte au corps laborieux. Les savants calculs qui gouvernent l'évaluation des taux d'incapacité permanente partielle en témoignent, tout particulièrement ceux qui s'appliquent en cas d'accidents successifs. Dans ce cas, les séquelles nouvelles causent la réduction d'une capacité de travail qui avait déjà été préalablement entamée. Le calcul du taux, appelé également *formule de Balthazard*¹⁴, va intégrer la lésion antérieure, puisqu'il va imposer de se référer à la capacité résiduelle de travail du salarié. La formule a pour effet une minoration du taux attribué à la lésion nouvelle. L'on peut prendre l'exemple d'un salarié qui souffre d'une lombosciatalgie reconnue au titre du tableau 98 des maladies professionnelles¹⁵, pour laquelle, la caisse primaire lui a reconnu un taux d'incapacité permanente partielle de 20 %¹⁶. Quelques années plus tard, il est victime d'un accident du travail, qui entraîne l'amputation de la phalange unguéale du pouce de sa main droite. Conformément au barème, cette lésion nouvelle justifie un taux d'incapacité de 14 %¹⁷. Mais en l'espèce, la capacité de travail du salarié n'était pas de 100 % mais de 80 % puisqu'elle était amputée par les séquelles de la lombosciatalgie. Le taux ne sera donc pas de 14 pour cent mais de 14 pour quatre vingt. En vertu de cette méthode de calcul, le salarié ne se verra pas accorder un taux d'incapacité perma-

nente partielle de 14 % pour la lésion nouvelle, mais de 11 %¹⁸. Cette minoration du taux d'incapacité, lorsque les atteintes affectent deux fonctions différentes¹⁹, démontre que l'on ne prend pas en compte la totalité de l'atteinte physique objective du salarié. Par ailleurs, elle démontre également que, dans l'évaluation du taux d'incapacité permanente partielle, il ne s'agit pas de prendre en compte l'impact de l'atteinte physique dans la vie du salarié. En effet, comment admettre que le taux d'incapacité soit réduit de la sorte, alors que les difficultés personnelles du salarié ne peuvent qu'être exacerbées par cette deuxième atteinte ?

B. L'absence de prise en compte des préjudices subjectifs dans l'évaluation de l'IPP

Autre source de distinction entre les notions d'incapacité permanente partielle (IPP) et de déficit fonctionnel permanent (DFP) : la prise en compte de la douleur de la victime. La définition du déficit fonctionnel permanent inclut la douleur ressentie par la victime du fait de son atteinte physique. Qu'est ce que la douleur ? La douleur est une souffrance plus ou moins vive produite par une atteinte à l'intégrité physique ou une autre cause qui manifeste une rupture de bien être, de l'équilibre. L'Organisation mondiale de la santé définit la douleur comme « *une expérience sensorielle et émotionnelle désagréable en réponse à une atteinte tissulaire réelle ou potentielle ou décrite en ces termes* ». La notion de douleur recouvre aussi bien la douleur physique éprouvée de façon permanente par la victime, que ses souffrances psychologiques. Or, il faut rappeler que le barème indicatif d'invalidité ne prend jamais en considération la douleur pour l'évaluation du taux, que ce soit dans son aspect physique ou psychologique. Tout au plus peut-on concéder que le barème, lorsqu'il est question de limitations des mouvements de l'épaule, ne distingue pas celles qui sont dues à une atteinte fonctionnelle de celles découlant d'un phénomène douloureux²⁰. Il n'existe pas, dans le barème, d'*item* pour la douleur ni de taux additionnel en fonction de la douleur. En réalité, la douleur physique n'est jamais prise en considération. Il en est de même des souffrances psychologiques. Dans le droit des risques professionnels, les souffrances morales de la victime seront admises en tant que séquelles à part entière, notamment en cas de

¹³ Le barème indicatif d'invalidité des accidents du travail et des maladies professionnelles est annexé au Code de la Sécurité sociale.

¹⁴ V. Code de la Sécurité sociale, *Barème indicatif d'invalidité des accidents du travail et des maladies professionnelles*, Chapitre préliminaire.

¹⁵ Code de la Sécurité sociale, annexe, Tableau 98 : « Affections chroniques du rachis lombaire provoquées par la manutention manuelle de charges lourdes ».

¹⁶ Barème indicatif d'invalidité des accidents du travail et des maladies professionnelles *item* 3.2 « Rachis lombaire ».

¹⁷ *Supra*, *item* 1.2.1 « Amputation ».

¹⁸ $(14 \times 80) / 100 = 11,2 \%$.

¹⁹ Lorsque les atteintes successives touchent la même fonction, la jurisprudence a dégagé une autre règle de calcul, dite *formule de Gabrielli*, qui contrairement à la formule de Balthazard, a pour effet d'augmenter le taux attribué à la deuxième lésion. Néanmoins, cette formule n'étant pas impérative, son application est rarement observée. V. Soc. 9 déc. 1981, n° 80-14.612, *Bull. civ.* V, n° 955.

²⁰ *Barème indicatif d'invalidité des accidents du travail et des maladies professionnelles*, 1.1.2 « atteinte des fonctions articulaires ».

stress post traumatique ou lorsque le salarié souffre de troubles psychiatriques engendrés par une atteinte cérébrale²¹. Mais le barème ne prend pas en considération les souffrances psychiques attachées à une séquelle physique. Par ailleurs, il faut rappeler que les « souffrances endurées » font partie depuis 1976 des postes de préjudices indemnissables au titre de la faute inexcusable²², preuve s'il le fallait que ces souffrances n'ont jamais été considérées comme prises en charge au sein du système de la réparation forfaitaire²³. L'on a ainsi démontré que la deuxième composante du déficit fonctionnel permanent n'est pas indemnisée au titre de la rente accident du travail.

De même que pour la douleur, le barème ne s'intéresse pas à la question de la perte de qualité de vie du salarié. Il n'existe pas de valorisation du taux pour les troubles dans les conditions d'existence. Le barème ne fait jamais référence à la vie privée du salarié. Le médecin conseil n'est pas amené à se prononcer sur la question, pas plus que le service administratif de la caisse. Il n'existe pas de revalorisation de la rente sur ce fondement.

Le montant de la rente est obtenu par la multiplication du montant du salaire annuel et du taux d'incapacité permanente partielle. Ce mode de calcul de la rente accident du travail est l'argument central du Conseil d'État lorsqu'il affirme que la rente n'indemnise pas les préjudices personnels de la victime de l'accident²⁴. En effet, selon la Haute juridiction administrative: « *Eu égard à sa finalité de réparation d'une incapacité permanente de travail, qui lui est assignée par l'article L. 431-1, et à son mode de calcul, appliquant au salaire de référence de la victime le taux d'incapacité permanente défini par l'article L. 434-2, la rente d'accident du travail doit être regardée comme ayant pour objet exclusif de réparer, sur une base forfaitaire, les préjudices subis par la victime dans sa vie professionnelle en conséquence de l'accident, c'est-à-dire ses pertes de gains professionnels et l'incidence professionnelle de l'incapacité* ».

Admettre que la rente indemnise le déficit fonctionnel permanent, reviendrait, de plus, à admettre que la douleur d'un cadre vaut plus que celle d'un ouvrier, que les troubles de l'existence n'ont pas la même valeur selon la catégorie socio-professionnelle de la

victime. Or, Monsieur Francis Meyer rappelle que, par définition, le déficit fonctionnel, préjudice extrapatrimonial, est détaché de toute valeur économique de l'individu²⁵.

Il nous faut conclure que la rente accident du travail n'indemnise pas le déficit fonctionnel permanent. Deux conséquences en découlent. Premièrement il faut constater que le raisonnement adopté par la Cour de cassation est erroné et que l'imputation des créances des tiers payeurs sur la rente accident du travail au titre du déficit fonctionnel permanent ne repose sur aucun fondement. Deuxièmement, il faut constater que, à ce jour, les victimes d'accidents du travail ne sont pas indemnisées au titre de leur déficit fonctionnel permanent. Elles ne bénéficient pas d'une réparation au titre de l'atteinte à leurs conditions d'existence. Ce poste de préjudice n'est pas indemnisé au titre du Livre IV du Code de la Sécurité sociale. Or, au regard de la décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010²⁶, les postes de préjudices non indemnisés par la Sécurité sociale peuvent faire l'objet d'une demande d'indemnisation de la part des victimes. La solution de la Cour de cassation les prive donc doublement : elles ne peuvent réclamer la réparation de leur déficit fonctionnel permanent, la haute juridiction considérant qu'il est déjà indemnisé par la rente, et, elles voient imputer la créance des tiers payeurs sur un poste de préjudice dont elles ne bénéficient pas. Si la Cour de cassation devait maintenir sa position, il faut une évolution des modalités d'évaluation du taux d'incapacité permanente partielle afin de permettre la prise en compte de ce déficit fonctionnel permanent.

II. RÉFORMER LA RÉPARATION DES ACCIDENTS DU TRAVAIL ET DES MALADIES PROFESSIONNELLES : UNE MISSION IMPOSSIBLE ?

Dans ces conditions, il faut penser la réforme de la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles. Evidemment il serait souhaitable d'abandonner la réparation forfaitaire au profit de la réparation intégrale des préjudices. Toutefois ce passage à la réparation intégrale n'est pas souhaité par les employeurs, et la légitimité du principe de la réparation forfaitaire a été confortée par la décision QPC du 18 juin 2010. Il faut alors penser des réformes dans la réparation forfaitaire pour faire échec à la conception hypertrophiée de la rente AT-MP. Sans prétendre à

²¹ V. Barème indicatif des accidents du travail et des maladies professionnelles, *supra.*, item 4.2.1.11 « Séquelles psychonévrotiques ».

²² V. l'article L. 452-3 du Code de la Sécurité sociale.

²³ Il y a lieu de distinguer les « souffrances endurées » visées par l'article L. 452-3 du Code de la Sécurité sociale de celles qui figurent dans la nomenclature Dintilhac. En effet, cette dernière vise, par cette expression les douleurs physiques et morales éprouvées pendant la période traumatique de la maladie ou de l'accident. Il s'agit donc de préjudices personnels temporaires. Les « souffrances endurées » prises en charge dans le cadre des préjudices complémentaires de la faute inexcusable sont des préjudices permanents.

²⁴ CE, sect., 8 mars 2013, n° 361273, *Lebon* : V. également A. Lallet, « La rente d'accident du travail ne peut donner lieu à un recours subrogatoire du tiers payeur sur un poste de préjudice personnel, note sous C E (sect.), 8 mars 2013 », *Droit ouvrier* 2013, p. 361.

²⁵ F. Meyer, « L'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles : une jurisprudence incohérente », *Dr. ouvrier* 2010. 509 s., spécialement p. 511.

²⁶ Cons. const. 18 juin 2010, n° 2010-8 QPC. Depuis le 1^{er} mars 2010, l'article 61-1 de la Constitution permet aux justiciables de demander que soit effectué un contrôle a posteriori de la constitutionnalité de la loi applicable à leur litige. C'est ce que l'on appelle la question prioritaire de constitutionnalité (QPC).

l'exhaustivité, nous pouvons évoquer deux pistes. La première, qu'il nous faut écarter, consiste dans la réforme du barème des accidents du travail et des maladies professionnelles. La réparation forfaitaire des accidents du travail emporte l'intrication au sein de la rente AT-MP de l'économique et du personnel, du patrimonial et de l'extrapatrimonial. La seconde solution, préférable, implique de dissocier la réparation des préjudices économiques et personnels. Elle nécessite, pour ce faire, l'abandon de la notion confuse d'incapacité permanente partielle, ce qui induit néanmoins d'importantes difficultés.

A. Réformer le barème des accidents du travail et des maladies professionnelles ?

Le principe même du recours à un barème d'évaluation est en soi critiquable. Il faut convenir avec les professeurs Porchy-Simon et Lambert-Faivre qu'un barème médical d'évaluation « *est une échelle de mesure dont la rigidité arithmétique semble très réductrice de la complexité du corps humain qui détermine toute la richesse spirituelle, intellectuelle, sensorielle, affective, professionnelle, ou simplement matérielle et ludique de la vie d'un individu* ». Plus particulièrement, le système consacré par le barème actuel d'invalidité des accidents du travail et des maladies professionnelles est critiqué. Dès lors, une solution consistant dans sa révision pourrait être envisagée. Elle l'est d'ailleurs par le rapport « Laroque » de 2004. Néanmoins, cette solution ne nous semble pas pertinente. Premièrement, la seule modernisation du barème, qui continuerait à recourir à la notion globalisante d'incapacité permanente partielle, ne permettrait pas d'aboutir à une clarification de la nature juridique de la rente accident du travail. Elle ne saurait donc suffire à faire échec à la solution consacrée par la Cour de cassation quant à la nature de la rente accident du travail. Deuxièmement, il est à noter qu'il existe de fortes réticences à la révision de ce barème, notamment de la part des organisations syndicales qui craignent un alignement sur le barème de droit commun²⁷.

²⁷ Dans le droit commun, il existe une multitude de barèmes dont deux principaux, le Barème d'évaluation médico-légale et le Barème indicatif d'évaluation des taux d'incapacité en droit commun. Ils sont le fruit « d'une guerre pricrocholine » entre la société de médecine légale et de criminologie de France et l'Association des médecins-experts en dommage corporel (AMEDOC), d'une part, et l'Association pour l'étude de la Réparation du dommage corporel (AREDOC) et le Concours médical, d'autre part. Ces deux barèmes ne retiennent pas les mêmes conceptions : « le barème du Concours médical s'attache à une analyse plus anatomique et le barème d'évaluation médico-légale à une analyse plus fonctionnelle des séquelles : il en résulte une évaluation des taux d'incapacité souvent plus faible dans le barème du Concours médical que dans le barème médico-légal, notamment dans les séquelles neuro-psychiques des traumatisés crâniens ». V. Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, coll. « Précis », 7^e éd., 2012, p. 117. Le barème AREDOC Concours médical est devenu l'instrument de référence réglementaire en matière d'accidents médicaux, v. le décret n° 2003-314, 4 avril 2003 *relatif au caractère de gravité des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales prévu à l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique*, *Journal officiel* 5 avr. 2003, p. 6114, spécialement voir l'Annexe. C'est à ce barème que nous faisons référence lorsque nous évoquons le « barème de droit commun ».

Cette crainte est justifiée par les distorsions existant entre les barèmes, les taux indiqués dans le barème AT étant plus généreux que ceux du barème de droit commun. La réparation du dommage corporel en droit commun a été basée sur le barème accidents du travail jusqu'au milieu des années 1960. Toutefois, le taux d'incapacité évalué n'était pas multiplié par le salaire de référence de la victime, mais par la valeur du point d'IPP, qui tient compte de l'âge de la victime. Le droit commun a entamé son autonomisation²⁸, notamment en se référant au barème du « Concours médical » publié en 1982. Depuis, alors que le barème AT est resté figé, le droit commun a vu se succéder de nombreux référentiels d'évaluation. Dans le cadre d'une étude datant de 1997, la caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS) avait mesuré l'écart entre les taux d'incapacité au sens de la branche AT-MP et du droit commun, en l'occurrence le barème du Concours médical. Le rapport « Yahiel » reprenant les résultats de cette étude en 2002²⁹, faisait apparaître un écart moyen entre les deux barèmes d'environ 40 %³⁰. Plus récemment, le rapport « Laroque » recourait à l'exemple de l'épilepsie pour illustrer cet écart. Le taux le plus important prévu par le barème du « Concours médical » est de 35 % pour les épilepsies difficilement contrôlées, avec crises fréquentes et effet secondaires des traitements. Le barème indicatif accident du travail prévoit jusqu'à 100 % d'incapacité pour cette même forme d'épilepsie rendant impossible toute activité³¹. Comment expliquer de tels écarts ? Leur fondement est à rechercher dans le fait que la rente accidents du travail est la seule compensation ouverte aux victimes du risque professionnel, alors que les victimes de droit commun sont indemnisées, par ailleurs, de leurs préjudices extrapatrimoniaux. La réforme consistant dans la seule remise en cause du barème accidents du travail ne permettrait pas de remédier aux inégalités subies par les victimes d'accidents du travail. Elle risquerait, au contraire, d'entraîner une réduction de l'indemnisation des victimes. Or, les réformes ne sauraient avoir pour effet une régression des droits des victimes d'accidents du travail. Dans ces conditions, elle doit être écartée.

²⁸ V. C. Fournier, « Histoire des barèmes », *L'Assurance Mutuelle*, 1985, p. 107.

²⁹ M. Yahiel, *Vers la réparation intégrale des accidents du travail et des maladies professionnelles : éléments de méthode*, Rapport à l'intention de Madame Elisabeth Guigou, Ministre de l'Emploi et de la Solidarité, La Documentation française, 2002, <http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/yahiel.pdf>.

³⁰ Il appelait néanmoins à la prudence dans l'analyse de ces résultats, Document de travail, p. 16 : « L'écart moyen de 40 % estimé est donc à considérer avec prudence comme une simple indication d'un ordre de grandeur. L'étude de ces écarts devrait être affinée par niveau d'IPP, une fois réalisé un volet d'étude complémentaire, ciblée sur les taux d'IPP élevés ».

³¹ V. M. Laroque, v. supra spécialement p. 17-19. V. Barème indicatif d'invalidité des accidents du travail et des maladies professionnelles, *item* 4.2.1.3.1 « Épilepsie généralisée ».

B. Adopter la réparation dissociée des préjudices économiques et personnels

La notion « globalisante » d'incapacité permanente partielle est responsable selon nous de la conception hybride de la rente accident du travail retenue par la deuxième chambre civile. Dépasser les difficultés induites nécessite dès lors d'abandonner cette notion. Les solutions tendant à seulement réformer les modalités d'évaluation de l'IPP doivent être rejetées. Toutefois l'abandon de la notion d'IPP bute sur les difficultés conceptuelles déjà énoncées et induit une complexité qui semble inextricable.

Le barème indicatif des accidents du travail a été conçu « *en prenant comme référence et paradigme la perte de capacité de gains d'un ouvrier de l'industrie accidenté* »³². Dans ce contexte, la perte de capacité de gains était censée être strictement corrélée au déficit physique occasionné par le dommage. Cette conception ne peut plus perdurer. Il faut d'abord relever que, déjà approximative lors de l'adoption de la loi de 1898, elle est devenue totalement inadaptée à un monde du travail qui a profondément évolué. Il n'est plus possible de concevoir la victime comme une simple « *machine à travailler* »³³. D'abord, parce que la diversité des métiers, compétences et savoirs mobilisés rend impossible toute corrélation mathématique entre les dommages subis et leurs répercussions professionnelles. Ensuite, parce qu'elle consacre une conception du salarié réduit à sa seule force de travail. Enfin, parce que l'évaluation de la perte de capacité de gains mêlant préjudices personnel et économique alimente le mythe d'une rente qui indemnise bien plus qu'en réalité. Son ambiguïté avait d'ailleurs été fortement critiquée en droit commun, conduisant le rapport « Lambert-Faivre »³⁴ à lui substituer la notion de « préjudice fonctionnel permanent »³⁵, et la nomenclature Dintilhac celle de « déficit fonctionnel permanent »³⁶, pour ne pas se heurter aux mêmes écueils. Sous des dénominations différentes, ces postes de préjudice ont vocation à réparer seulement des préjudices extrapatrimoniaux de la victime à l'exclusion de ses préjudices économiques. Pour les mêmes raisons, nous considérons qu'il faut abandonner la notion d'incapacité permanente partielle en ce qui concerne la réparation des préjudices des victimes du risque

professionnel. Mais envisager cet abandon conduit inévitablement à se heurter aux écueils conceptuels déjà dénoncés et qui semblent, pour l'heure, indépassables.

Les difficultés rencontrées par les victimes devant la deuxième chambre civile résultent principalement de la nature trouble de l'incapacité permanente partielle qui mêle préjudice physiologique et perte de capacité de gains de façon indissociée. Cette confusion est renforcée par la définition du déficit fonctionnel permanent retenue par la même chambre. Sortir de cette situation nécessite d'abandonner cette notion confuse et de lui préférer une dissociation et de la qualification et de l'indemnisation des préjudices. Pour ce faire, les postes de préjudices doivent être définis de façon étanche. Déjà pratiquée par un certain nombre de pays européens³⁷, l'indemnisation dissociée a pour mérite de délimiter clairement la frontière de ce qui relève du patrimonial et de ce qui relève de l'extrapatrimonial. Bien évidemment cette réforme engendrerait des dépenses supplémentaires, et il semble peu probable qu'elle puisse être réalisée « à coût constant » comme cela est souhaité par les organisations patronales. Nous sommes conscients qu'il pourrait nous être reproché de privilégier une réforme venant grever le coût du travail en France, alors même qu'il est aujourd'hui pointé du doigt comme l'un des principaux responsables du nombre croissant de demandeurs d'emplois.

Nous avons marqué notre désaccord avec une réforme se résumant à l'abandon du barème indicatif d'invalidité des accidents du travail et des maladies professionnelles au profit du barème de droit commun. Il nous faut néanmoins nous résoudre dans le cadre de la mise en place d'une indemnisation dissociée des préjudices à ce que le barème AT soit révisé, dans la mesure où il ne sera plus question de la perte de gains ou de capacités de gains du salarié. Quel barème utiliser alors ? Nous avons écrit que les organisations syndicales considèrent le passage au barème de droit commun comme une « catastrophe ». En effet, le barème de droit commun, moins généreux n'est par ailleurs pas adapté aux maladies professionnelles³⁸, particulièrement à toutes les affections dermatologiques, ni aux psychopathologies. Il faudrait établir un nouveau barème, indicatif, qui intègre ces affections. Une solution consisterait à ce que le droit des risques professionnels impulse la création du barème unique³⁹ applicable à toutes les victimes du dommage

³² V. Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *supra* p. 115.

³³ V. G. Lyon-Caen, « Les victimes d'accidents du travail, victimes aussi d'une discrimination », *Dr. soc.* 1990. 737.

³⁴ V. Y. Lambert-Faivre, *Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel*, La Documentation française, 2003, spéc. p. 24.

³⁵ Le rapport définissait le terme « fonctionnel », comme ce qui est « médicalement évalué d'après les fonctions du corps humain ».

³⁶ La nomenclature Dintilhac, lorsqu'elle dégage la notion de déficit fonctionnel permanent prend également soin de préciser que celle-ci n'indemnise que les préjudices extrapatrimoniaux de la victime.

³⁷ V. notre article « Le sort des victimes hors de France : quels enseignements en droit comparé ? », *Droit ouvrier* 2011, p. 268.

³⁸ V. M. Laroque, *supra*, p. 18.

³⁹ V. Rapport n° 2297 au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur la proposition de loi visant à améliorer l'indemnisation des victimes de dommages corporels à la suite d'un accident de la circulation, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 février 2010, www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r2297.asp

corporel, appelé de leurs vœux par de nombreux acteurs⁴⁰. Le droit des risques professionnels pourrait ainsi être moteur dans une perspective d'unification des multiples barèmes existants, et relancer la réflexion sur une nouvelle nomenclature des préjudices, qui pourrait prendre appui sur la nomenclature Dintilhac, une fois débarrassée de toute référence au déficit fonctionnel permanent.

La mesure de l'atteinte physiologique donne lieu, en droit commun, à l'évaluation d'un taux d'Atteinte à l'Intégrité Physique ou Psychique (AIPP)⁴¹. Le taux d'AIPP ainsi évalué ne serait plus multiplié par le salaire du salarié, n'ayant plus aucun lien avec sa capacité de gains, ni aucune dimension professionnelle. Le montant de l'indemnisation serait obtenu en recourant à un « calcul au point », comme c'est actuellement le cas en droit commun. Le calcul au point consiste à multiplier le taux d'AIPP par la valeur du point d'incapacité qui varie en fonction de l'âge de la victime. La valeur du point ne fait pas l'objet d'un référentiel unique officiel et national, d'où des disparités assez importantes selon les juridictions⁴². La loi du 5 juillet 1985 avait prévu dans son article 26 qu'une publication périodique devrait rendre compte « des indemnités fixées par les jugements et les transactions »⁴³. En application de ce texte, l'association pour la gestion des informations sur le risque automobile (AGIRA) publie un fichier national des indemnités des victimes d'accidents de la circulation. Toutefois, ce fichier contient selon les auteurs des données « brutes assez peu exploitables »⁴⁴. Le professeur Lambert-Faivre proposait la mise en place d'une base de références unique sous la forme d'un « Référentiel indicatif national statistique et évolutif (RINSE) »⁴⁵, qui permettrait d'établir des fourchettes

et moyennes d'indemnités sur la base de données statistiques nationales⁴⁶ collectées à partir des décisions des cours d'appel. Un tel référentiel, associé à un barème unique d'évaluation du préjudice physique de toutes les victimes de dommages corporels permettrait de réduire les inégalités.

Le préjudice physique pose de nombreuses difficultés conceptuelles. Que doit-il recouvrir ? Quelle est son étendue ? Comment l'évaluer ? Ces questions sont centrales et suscitent de nombreux désaccords. La nomenclature Dintilhac pensait avoir résolu ces problèmes par la création du déficit fonctionnel permanent. L'interprétation qu'en fait la deuxième chambre civile de la Cour de cassation démontre qu'il faut restreindre encore le poste de préjudice qui indemnise le préjudice physique. Cette restriction engendre néanmoins des difficultés concernant le périmètre du préjudice physique.

Immédiatement une difficulté émerge : ne doit-on indemniser au titre du préjudice physique que cette atteinte objective ou faut-il prendre en compte des éléments subjectifs tels la douleur ou les répercussions de l'atteinte physique dans la sphère privée de la victime ? Le préjudice physique peut-il être réductible à la seule atteinte physique, qui pourrait être considérée comme ne constituant pas un préjudice mais le dommage initial dont découlent les préjudices⁴⁷ ? Doit-on, au contraire, comme c'est le cas pour le déficit permanent y adjoindre « la douleur permanente » ressentie par la victime, « la perte de sa qualité de vie et les troubles dans les conditions d'existence qu'elle rencontre au quotidien après sa consolidation » ? En ce cas qui intègre une dimension subjective au préjudice physique, il devient difficile de concevoir comment ce préjudice pourrait être évalué par un médecin, fût-il expert, au moyen d'un barème médical.

Répondre à ces questions nécessite de concilier deux impératifs : d'une part, ne pas nier la dimension complexe de l'être humain et son unité, d'autre part dépouiller le poste de préjudice physique afin de le rendre intelligible, mesurable et insusceptible de recours subrogatoire par le tiers-payeur. À ce jour, ces dimensions subjectives ne sont pas prises en compte par le barème accidents du travail maladies professionnelles. Au risque de nous attirer de vives critiques, il nous semble qu'il serait plus opportun de ne pas mêler au sein d'un même poste de préjudice des éléments objectifs et des éléments subjectifs. Le préju-

⁴⁰ La diversité des barèmes engendre aujourd'hui des situations incompréhensibles pour les victimes. Pour l'un des nombreux exemples mis en exergue par la doctrine v. L. Cadiet, « Les métamorphoses du préjudice », in *Les métamorphoses de la responsabilité. Sixièmes Journées René Savatier*, PUF, 1997, p. 37 s., spéc. p. 54 : « L'incapacité de la perte d'un rein est évaluée, selon les cas, à 5 % (accident de la voie publique), à 20 % (s'il s'agit d'un accident du travail), 30 % (si la victime est fonctionnaire) et à 50 % (si le régime applicable est celui des pensions militaires d'invalidité).

⁴¹ V. CEREDOC, *Guide barème européen d'évaluation des atteintes à l'intégrité physique et psychique*, 25 mai 2003, www.ceredoc.eu/?page=bareme, selon lequel le taux d'AIPP « n'est pas une unité de mesure mais une unité d'appréciation, résultat de l'intégration de mesures de phénomènes divers à l'aide d'instruments divers, donc exprimées en unités diverses, et par une opinion intuitive nourrie par l'expérience et l'art d'appréhender les impondérables ».

⁴² V. Ph. Bourdier, J. Castede, « *Vae victimis* encore et toujours ou embarquement sur le Titanic ! », *Gaz. Pal.* 7 juill. 2012, *Dompage corporel*, p. 16.

⁴³ Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, *JORF* 6 juill. 1985, p. 7584.

⁴⁴ V. G. Viney, P. Jourdain, *supra*, p. 313.

⁴⁵ V. Y. Lambert-Faivre (prés.), *Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel*, v. *supra*.

⁴⁶ Au niveau régional, il est à noter qu'il existe un référentiel régional recoupant les statistiques de l'indemnisation du dommage corporel par les cours d'appel d'Agen, Angers, Bordeaux, Grenoble, Limoges, Nîmes, Orléans, Pau, Poitiers, et Toulouse. Sa version à jour en novembre 2010 est reproduite dans l'ouvrage de droit du dommage corporel des professeurs Lambert-Faivre et Porchy-Simon v. *supra* p. 202.

⁴⁷ V. A. Lallet : « L'atteinte à l'intégrité physique n'est pas un préjudice, c'est le dommage lui-même dont découlent tous les différents préjudices ».

dice physique doit être réduit à sa seule acception médicale, ce qui permet une clarification de ce poste de préjudice, facilite son évaluation et borne l'appréciation des médecins experts à la seule dimension médicale du préjudice subi par la victime. Elle aurait également pour effet de limiter l'« évaluation barémique » à cette seule dimension médicale. Il ne s'agirait pas de ne plus indemniser les répercussions de l'atteinte physiologique sur la qualité de vie de la victime mais de le faire dans le cadre de la réparation des préjudices extrapatrimoniaux⁴⁸, en la détachant de l'évaluation médicale.

Une telle définition du préjudice physique est artificielle en ce qu'elle réduit la personne humaine à sa seule dimension corporelle. Mais cette solution semble également échouer sur la question des maladies professionnelles et plus encore lorsque l'on s'attaque à l'épineux problème de l'évaluation et de l'indemnisation de la douleur. En effet, la conception objective du préjudice physique exclut nécessairement la douleur, d'appréciation subjective. Ainsi, littérature médicale définit la douleur chronique comme celle qui induit des modifications du comportement du patient, partant elle est définie également par ses répercussions personnelles et sociales⁴⁹.

Or, certaines pathologies s'expriment essentiellement sous la forme de phénomènes douloureux, tout particulièrement en matière de troubles musculosquelettiques. Par ailleurs, la douleur ne doit pas être entendue seulement comme physique elle est également psychique. Exclure la souffrance psychique de l'in-

demnisation du préjudice physique reviendrait à nier la prise en charge des psychopathologies. Il faut prendre la mesure de la très grande complexité de la question. Il s'agirait de prendre en considération la douleur ressentie par la personne sans pour autant retomber dans les méandres induits par la notion de déficit fonctionnel permanent.

La réflexion bute alors sur cette difficulté que les catégories juridiques actuelles ne permettent pas de surmonter. Elle met en exergue la nécessité d'un débat médico-légal qui aiderait le Droit à repenser l'évaluation et la réparation allouées aux victimes.

Cette réflexion ne doit pas être envisagée comme circonscrite au seul droit des risques professionnels. Elle serait porteuse de progrès pour tout le droit du dommage corporel. Elle devient plus que souhaitable, impérative. ■

⁴⁹ v. notamment : Agence nationale d'accréditation et d'évaluation de la santé (ANAES), *Évaluation et suivi de la douleur chronique chez l'adulte en médecine ambulatoire*, 1999, <http://cofemer.fr/UserFiles/File/HASEvaluationSuiviDouleurChronique2005.pdf>, p. 15 : « Une douleur chronique se définit comme « une expérience sensorielle et émotionnelle désagréable, liée à une lésion tissulaire existante ou potentielle, ou décrite en termes évoquant une telle lésion, évoluant depuis plus de 3 à 6 mois et/ou susceptible d'affecter de façon péjorative le comportement ou le bien-être du patient ». Sur la composante comportementale éminemment subjective v. p. 63 : « La composante comportementale englobe l'ensemble des manifestations verbales et non verbales observables chez la personne qui souffre (plaintes, mimiques, postures antalgiques, impossibilité de maintenir un comportement normal, etc.). Ces manifestations peuvent apparaître comme réactionnelles à une douleur perçue. Elles constituent des indices reflétant l'importance du problème de douleur. Elles assurent aussi une fonction de communication avec l'entourage. Les apprentissages antérieurs, fonction de l'environnement familial et ethnoculturel, de standards sociaux liés à l'âge et même au sexe, sont susceptibles de modifier la réaction actuelle d'un individu. Les réactions de l'entourage (familial, professionnel, soignant) peuvent interférer avec le comportement du malade douloureux et contribuer à son entretien ».

⁴⁸ En revenant à la définition antérieure du préjudice d'agrément qui ne se limitait pas qu'à l'impossibilité d'exercer une activité sportive ou de loisirs spécifique antérieure au dommage, v. F. Meyer.