

LE CONSEIL D'ÉTAT SE RÉSIGNE (ENFIN ?) À APPLIQUER LA NOMENCLATURE DINTILHAC

THE FRENCH COUNCIL OF STATE FINALLY AGREES TO
ENFORCE THE "DINTILHAC" LIST OF DAMAGES

Par Jean-Paul MARKUS*

DROIT DE LA SANTÉ

RÉSUMÉ

Alors qu'il venait de créer sa propre nomenclature des préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux, rejetant celle créée au sein de la Cour de cassation par le groupe de travail Dintilhac, le Conseil d'État fait marche arrière. Il applique la nomenclature Dintilhac, s'alignant ainsi non seulement sur la Cour de cassation, mais aussi sur la plupart des acteurs du monde juridique.

MOTS-CLÉS

Préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux, Nomenclature *Dintilhac*, Nomenclature *Lagier*.

SUMMARY

While the French Council of State had just created its own list of the patrimonial and moral damages, rejecting the list created by the workgroup "Dintilhac" of the Court of Cassation, the same Council of State reversed its jurisprudence. It enforced the Dintilhac list, rallying not only to the Court of Cassation's jurisprudence, but also to the practice of most of law practitioners.

KEYWORDS

Patrimonial and moral damages, Dintilhac list, Lagier list.

Par deux arrêts en date des 7 octobre 2013 et 16 décembre 2013 (1), le Conseil d'État consacre l'application par le juge administratif de la nomenclature dite Dintilhac (2), en vigueur devant les juridictions judiciaires pour le calcul de la réparation en faveur des victimes de dommages corporels. Dans la première affaire, la requérante s'étant blessée à la main avec un cutter pendant son travail, avait subi une première intervention à l'hôpital, une simple suture. Mais l'équipe médicale n'avait pas diagnostiqué une atteinte à un nerf, ce qui a eu pour conséquence de priver la requérante de l'usage de deux doigts. Deux ans plus tard, dans le même hôpital, elle devra être amputée de ces mêmes doigts et d'une partie de la paume. Devenue inapte au travail, elle finit par être licenciée, et engage alors la responsabilité de l'hôpital, devant le tribunal administratif. Après une longue procédure (les interventions litigieuses datent de 1991 et 1993), le Conseil d'État, fait rare dans le contexte actuel de convergence des jurisprudences,

(1) CE 7 oct. 2013, n° 337851, *Ministre de la Défense c/ H.*, AJDA 2014. 295, note T. Leleu, RTD civ. 2014, p. 131, obs. Jourdain, et CE 16 déc. 2013, Mme de Moraes, req. n° 346575; AJDA 2014, p. 524, concl. F. Lambolez ; RFDA, 2014, p. 317, note C. Lantero.

(2) Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels (dir. J.P. Dintilhac), Ministère de la Justice, 2005.

* Professeur de droit public
Université de Versailles Saint-Quentin

maintient sa divergence de position avec la Cour de cassation, quant à l'assiette des rentes d'invalidité : la rente d'accident de travail reste, dans la jurisprudence administrative, exclusive de l'indemnisation des préjudices personnels (3), alors que le juge judiciaire accepte d'inclure dans le calcul du montant de cette rente le dommage lié au déficit fonctionnel permanent, qui est un dommage personnel (4).

La seconde affaire concerne un militaire ayant subi une intervention chirurgicale à la suite d'une blessure dans l'exercice de ses fonctions. Les transfusions sanguines pratiquées (à l'aide de poches fournies par le centre de transfusion sanguine des armées) l'ont contaminé au virus de l'hépatite C. Une affaire somme toute banale, mais que le juge administratif a saisie pour abandonner la règle du forfait de pension (5). Cette règle voulait que la pension d'invalidité (l'équivalent de la rente d'accident du travail pour les agents publics) dont bénéficie tout agent de l'État en cas de dommage subi en service, soit exclusive de toute autre réparation.

Dans les deux cas, c'est toute une conception de la vocation de la rente pour accident de service (les agents publics) ou de travail (les agents privés) qui diverge d'un ordre juridictionnel à l'autre : cette rente doit-elle réparer le seul préjudice professionnel, quitte à renvoyer la victime devant le juge pour obtenir réparation des autres préjudices, ou peut-elle englober des préjudices personnels, et lesquels ? (6).

Mais indépendamment de la question des rentes pour accident de service ou de travail, ces deux affaires ont un autre intérêt que nous voulons souligner ici : par deux fois, et pour la première fois, le Conseil d'État applique la nomenclature Dintilhac pour la détermination des postes de préjudice et le calcul des dommages-intérêts, et abandonne donc la nomenclature - somme toute assez artisanale - qu'il avait lui-même forgée par son avis *Lagier* de 2007 (7).

(3) CE, avis, 8 mars 2013, n° 361273, Doget : AJDA 2013, p. 793, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; D. 2013, p. 1258, note S. Porchy-Simon.

(4) Cass. 2^e civ., 11 juin 2009, n° 07-21.768 : civ. 2009, II, n° 153 ; JCP S 2009, 1469, note D. Asquinazi-Bailleux ; JCP G 2009, n° 36, 195, note S. Porchy-Simon ; Resp. civ. et assur. 2009, étude 10, par H. Groutel ; D. 2009, p. 1789, note P. Jourdain.

(5) CE, ass., 4 juill. 2003, n° 211106, Moya-Caville ; Rec. CE 2003, p. 323, concl. D. Chauvaux ; RFD adm. 2003, p. 990, concl. de D. Chauvaux, note P. Bon ; AJDA 2003, p. 1598, chron. F. Donnat et D. Casas

(6) Sur la question, voir notamment les observations de P. Jourdain, RTD Civ. 2014 p. 131.

(7) CE, sect., avis, 4 juin 2007, n° 303422 et n° 304214, *Lagier* : JCP A 2008, 2055, note C. Paillard ; AJDA 2007, p. 1800, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau.

« NOMENCLATURE LAGIER » CONTRE NOMENCLATURE « DINTILHAC »

Afin d'harmoniser à la fois les postes de préjudice et leur mode de calcul par le juge du fond, la Cour de cassation a fait élaborer par une commission dirigée par un de ses membres, une nomenclature des postes de préjudice, dite ensuite *Dintilhac* (8). Le but était de répondre aux aspirations des victimes, insatisfaites non pas tant du montant qui leur est alloué au titre de dommages-intérêts, que de l'opacité des règles de calcul. La nomenclature répondait aussi aux souhaits de certains professionnels ou institutions (experts (9), assureurs (10), fonds d'indemnisations, etc.), qui souhaitaient disposer d'une base de calcul commune et prévisible, en lieu et place des « barèmes » différents selon les sources. L'évolution sociétale a également conduit à la reconnaissance d'une multitude de préjudices nouveaux, inimaginables il y a quelques dizaines d'années, qu'il s'agisse de préjudices d'agrément ou sexuels, de troubles dans les conditions d'existence. Si ces reconnaissances sont en soi un signe de vitalité et d'adaptabilité des juridictions, elles n'en ont pas moins conduit à introduire une confusion voire des incohérences dans le dispositif d'indemnisation. Une mise en ordre s'imposait donc (11). Même le Médiateur de la République (devenu Défenseur des droits) avait, dans son rapport pour l'année 2004, plaidé pour une « *juste indemnisation des victimes* » (12), en appelant au législateur pour harmoniser les règles de calcul.

Si la nomenclature *Dintilhac* ne constitue en rien un acte officiel qui lierait le juge, la Cour de cassation a montré à plusieurs reprises qu'elle se référait aux postes de préjudices listés dans cette nomenclature, et qu'elle en reprenait les définitions à son compte. En somme, d'un acte sans valeur normative, cette nomenclature a progressivement acquis valeur jurisprudentielle.

Le Conseil d'État s'est écarté de cette solution, lui préférant sa propre nomenclature, d'emblée intégrée dans sa jurisprudence à travers un avis contentieux (13).

(8) J.-C. Bizot, Quelle typologie des postes de préjudices ? La nomenclature des postes de préjudices : point de vue du juge judiciaire, RCA mars 2010. Dossier Le préjudice, art. 9.

(9) V. Scolan et F. Fierchter-Boulvard, La place de la nomenclature Dintilhac dans le cadre de l'expertise pénale (victimes vivantes), Gaz. Pal. 24 déc. 2011, p. 31.

(10) Cf. M. Ehrenfeld, Le point de vue de l'assureur sur l'unification des outils de chiffrage des indemnités en dommage corporel, Gaz. Pal. 24 déc. 2011, n° 357-358, p. 41.

(11) Rapport J.P. Dintilhac, préc., p. 2.

(12) Rapport 2005 pour l'année 2004, Doc. Fr., p. 33.

(13) Avis *Lagier*, préc.

Cette « nomenclature *Lagier* » – nous la nommerons ainsi – était plus frustrée, ou plus souple selon les angles de vue : six postes ou plutôt catégories de préjudices, aux contenus plus larges et élastiques (14), contre vingt-neuf postes pour la nomenclature *Dintilhac*.

La durée de vie de cette nomenclature *Lagier* aura été étonnamment courte. Bien qu'aucun revirement ni abandon explicite ne figure dans les deux arrêts commentés, le Conseil d'État ne se réfère aucunement à son avis de 2007, préférant puiser les postes de préjudice dans la nomenclature *Dintilhac*. Ainsi, nulle trace dans l'avis *Lagier* du déficit fonctionnel, expressément visé dans l'arrêt du 7 octobre 2013. La Haute juridiction administrative distingue même entre déficits fonctionnels temporaire et permanent (consid. 9 du même arrêt). Nulle trace non plus du préjudice d'agrément dans l'avis *Lagier*, que le Conseil d'État définit comme « *lié à l'impossibilité de continuer à pratiquer une activité spécifique, sportive ou de loisirs* », soit la définition donnée par la Cour de cassation (15).

L'ADOPTION DE LA NOMENCLATURE DINTILHAC PAR LE JUGE ADMINISTRATIF

Comment expliquer ce ralliement du Conseil d'État à un outil de travail aussi intimement lié au juge judiciaire ? Entendons-nous : ce n'est pas le ralliement du Conseil d'État à une nomenclature unique qui surprend ; il avait également appelé de ses vœux, dès 2004, une harmonisation des postes de préjudice, une « *plus grande unité, pour un même préjudice, des régimes applicables* » (16). Ce qui surprend tient dans le fait que le Conseil d'État abandonne une nomenclature qu'il avait lui-même élaborée, « *en l'absence de dispositions réglementaires définissant les postes de préjudice patrimoniaux et personnels* » (17). C'est cette carence de l'État qui avait justifié, selon le même avis, « *de distinguer, à tout le moins, les postes de préjudice suivants* », et le Conseil d'État de lister ensuite six larges postes de préjudices dans son avis *Lagier*, alors que la nomenclature *Dintilhac* était déjà élaborée et adoptée. À lire le rapporteur public, l'avis *Lagier* tenait à une volonté du juge administratif, en l'absence de caractère nor-

matif de la nomenclature *Dintilhac*, de préserver la sécurité juridique et les intérêts de la victime (18). Il est vrai qu'en plaçant sa propre nomenclature directement dans un avis contentieux, le Conseil d'État lui conférait d'emblée une portée juridique, et l'assurance qu'elle serait appliquée par l'ensemble des juridictions administratives inférieures. C'était aussi une invitation expresse envers l'exécutif à se prononcer, par décret, sur la question des postes de préjudice, trop longtemps laissée à l'errance jurisprudentielle, au prix d'une inégalité entre justiciables.

Mais plus de six années après l'avis *Lagier*, l'exécutif comme le législateur se sont accommodés de la nomenclature *Dintilhac*. Non pas qu'il y ait eu indifférence au problème : une proposition de loi visant à améliorer l'indemnisation des victimes de dommages corporels à la suite d'un accident de la circulation, avait même été déposée à l'Assemblée nationale (19). Elle tendait, entre autre, à confier à l'exécutif l'établissement par décret d'un barème médical unique d'évaluation des atteintes à l'intégrité physique et psychique, ainsi que d'une nomenclature unique, non limitative, des chefs de préjudices indemnissables. Cette proposition fut adoptée par l'Assemblée nationale, puis insérée par le Sénat dans la loi dite Fourcade n° 2011-940 du 10 août 2011 modifiant certaines dispositions de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 dite HPST. Elle fut logiquement regardée comme un cavalier législatif par le conseil constitutionnel, faute de lien avec la réforme de l'hôpital (20).

Par une circulaire de 2007 (21), qui ne figure plus sur le site mentionnant les circulaires en vigueur, le ministère de la justice avait recommandé aux magistrats de l'ordre judiciaire de se référer à la nomenclature *Dintilhac* pour l'application de l'article 25 de la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006.

C'est en somme l'utilisation de la nomenclature *Dintilhac*, sans valeur normative, qui s'est généralisée et qui a acquis une véritable force contraignante à travers son intégration dans la jurisprudence judiciaire (22).

(14) J.-M. Delandre, Quelle typologie des postes de préjudices ? La nomenclature des postes de préjudices : point de vue du juge administratif, RCA mars 2010. Dossier préc., art. 8 ; J. Travard, Une autre approche de la réparation du dommage corporel : la pratique juge administratif, Gaz. Pal. 23-24 déc. 2011.

(15) Civ. 2^e, 28 mai 2009, n° 08-16.829, D. 2009, p. 1606, obs. I. Gallmeister ; ibid. 2010, p. 49, obs. P. Brun et O. Gout ; RTD civ. 2009. 534, obs. P. Jourdain.

(16) Rapport d'activité du Conseil d'État pour l'année 2004, La socialisation du risque, Études & documents, éd. Doc. Fr., 2005, p. 205 et s.

(17) Avis *Lagier*, préc.

(18) L. Derepas, concl. sur l'avis *Lagier*, RDSS 2007, p. 680.

(19) Proposition G. Lefrand, n° 2055, déposée le 5 novembre 2009.

(20) Cons. const., 4 août 2011, n° 2011-640 DC, consid. n° 11. Cf. S. Porchy-Simon, Plaidoyer pour une construction rationnelle du droit du dommage corporel, D. 2011. 2742.

(21) Circulaire de la DACS n° 2007-05 du 22 févr. 2007 relative à l'amélioration des conditions d'exercice du recours subrogatoire des tiers payeurs en cas d'indemnisation du dommage corporel, BO n° 2007-02 du 30 avr. 2007.

(22) H. Adida-Canac, Le contrôle de la nomenclature *Dintilhac* par la Cour de Cassation, D. 2011. 1497 ; M. Robineau, Le statut normatif de la nomenclature *Dintilhac*, JCP G 2010. 612.

ALIGNEMENT OU DÉDOUBLEMENT ?

On ne peut que se féliciter qu'une nomenclature censée orienter le raisonnement du juge soit issue du travail même du juge, de sa jurisprudence, et non d'un texte officiel, tant l'outil jurisprudentiel est plus souple que l'outil réglementaire ou législatif. Les juridictions judiciaires, les assureurs, les tiers payeurs, les différents fonds d'indemnisation en droit de la santé (23) mais aussi d'autres fonds de solidarité comme Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions, et surtout les experts judiciaires, qu'ils œuvrent pour le juge judiciaire ou pour le juge administratif, avaient fini par adopter la nomenclature *Dintilhac*.

Le Conseil d'État ne pouvait maintenir le justiciable administratif à l'écart de cette généralisation de la nomenclature *Dintilhac*, sans risquer de le plonger précisément dans cette insécurité qu'il souhaitait éviter en créant sa propre nomenclature. D'autant que, on l'a dit, la nomenclature *Lagier* ne souffrait guère la comparaison avec la nomenclature *Dintilhac* en termes de praticité. Vingt-neuf postes de préjudice côté Cour de cassation contre six côté Conseil d'État, permettant des calculs sinon plus aisés, au moins plus fidèles aux réalités de chaque affaire (24), et plus compréhensibles par le justiciable que l'énumération de grandes masses.

Par exemple, la détermination par le juge administratif des préjudices personnels donnait lieu à une indemnisation globale au titre des « troubles dans les conditions d'existence », sans détailler selon chaque chef de préjudice corporel (25). Il était en outre inconfortable pour le juge administratif de maintenir une grille de six postes quand face à lui les parties détaillaient leur argumentation sur vingt-neuf postes : cela confinait au défaut de motivation des jugements. D'où une jurisprudence des juridictions administratives inférieures qui se caractérisait par une disparité croissante : la liste des postes de préjudice de l'avis *Lagier* n'étant pas fermée, certains préjudices qui n'y figuraient pas, furent retenus au cas par cas, comme le déficit fonctionnel temporaire (26) ou le préjudice esthétique temporaire (27).

(23) En particulier le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA), et l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM), qui a émis un « Référentiel indicatif d'indemnisation » en 2011.

(24) C. Lantero, La méthode d'évaluation des préjudices corporels : RFD adm. 2014, p. 317.

(25) Par ex. CE 26 mai 2010, Pradeau, n° 306354 : RDSS 2010. 762, obs. D. Cristol.

(26) Par ex. CAA Bordeaux, 4 déc. 2012, Mme L., n° 11BX02687.

(27) Par ex. CAA Bordeaux, 5 nov. 2013, CHU Toulouse, n° 12BX00929.

Autre facteur décisif, si la nomenclature *Dintilhac* n'avait effectivement pas valeur réglementaire à la date de l'avis *Lagier*, elle a acquis depuis valeur de jurisprudence. Or le droit de la santé est un terrain particulièrement propice à cette harmonisation des jurisprudences administrative et judiciaire, tant le dialogue des juges est ici vital pour maintenir une égalité entre usagers du système de santé (28). Comme la Cour de cassation a déjà pu s'aligner sur les positions du Conseil d'État (29), ce dernier s'aligne sans états d'âme sur les positions de la première.

Et c'est heureux. L'histoire croisée du droit administratif et du droit privé de la responsabilité est émaillée de divergences, en particulier sur le caractère indemnisable ou non de certains préjudices. Le juge administratif refusait ainsi, en d'autres temps il est vrai, de reconnaître le préjudice moral des proches d'une victime décédée, au motif que « La douleur morale (n'est) pas appréciable en argent », ce qui interdisait de la regarder comme « un dommage susceptible de réparation » (30). Sept ans plus tard, le Conseil d'État reconnaissait le caractère indemnisable de la douleur morale (31). Bien plus récemment, le Conseil d'État admettait le préjudice d'impréparation lié au défaut d'information du patient quant aux risques d'un acte médical (32), peu après la Cour de cassation (33). Et l'on pourrait mentionner les divergences, apaisées ensuite, sur la transmissibilité du préjudice aux héritiers, tout comme la controverse sur le préjudice de naissance, désormais sans objet mais non épuisée sur le fond.

Cet alignement du Conseil d'État sur la jurisprudence judiciaire est-il définitif ou ponctuel ? Il est à vrai dire difficile d'imaginer un retour à la nomenclature

(28) Colloque co-organisé par le Conseil d'État et la Cour de cassation, « Santé et Justice : quelles responsabilités ? », Doc. Fr. 2013.

(29) À propos du lien de causalité entre le vaccin obligatoire contre l'hépatite B et la survenance de la sclérose en plaques : le Conseil d'État présume ce lien depuis 2007 (CE 9 mars 2007, Mme Schwartz, req. n° 267635 ; Lebon 118 ; D. 2007. 2204, note L. Neyret ; AJDA 2007. 861, concl. T. Olson ; JCP 2007. II. 10142, note A. Laude ; Gaz. Pal. 7 juin 2007, n° 158, p. 47, note Hocquet-Berg ; RD publ. 2008-4, p. 1193, note F. Dieu ; RDSS 2007, p. 544, obs. D. Cristol), et la Cour de cassation s'est alignée (Cass. civ. 1^{re} 25 nov. 2010, 09-16556 : Bull. civ. I, no 245 ; JCP 24 janv. 2011, no 79, note D. Borghetti ; D. 2011, p. 316, note Ph. Brun ; RTD civ. 2011, p. 134, obs. P. Jourdain ; RDSS 2011, p. 164, obs. J. Peigné.), même si elle repose plus sur l'appréciation souverain des juges du fond.

(30) CE, ass., 29 oct. 1954, Bondurand, n° 19752, Lebon p. 565.

(31) CE, ass., 24 nov. 1961, Ministre des travaux publics c. Letisserand, n° 48841, Lebon p. 661 ; AJDA 2014, p. 89, chron. D. Bottegghi, GAJA, 19^e éd., n° 77.

(32) CE 10 oct. 2012, Beaupère et Lemaître, req. n° 350426 : AJDA 2012, p. 2231, note C. Lantero ; RDSS 2013, p. 92, note D. Cristol ; JCP Adm. 2012, p. 2369, note V. Vioujas ; Dr. adm. 2012, n° 98, note M.L. Moquet-Anger ; RCA 2012/12, comm. no 351, note L. Bloch.

(33) Civ. 1^{re}, 3 juin 2010 : Bull. civ. I, no 128 ; D. 2010, p. 1453, note S. Porchy-Simon ; D. 2010, p. 1522, note P. Sargos ; ibid. 1801, note Bert ; RTD civ. 2010, p. 271, note P. Jourdain ; AJDA 2010, 2169, note C. Lantero ; Grands arrêts du droit de la santé, 1^{re} éd., Dalloz, 2010, n° 93.

Lagier, tant ce serait source de confusion pour le justiciable, et cela même si la jurisprudence *Lagier* n'est pas explicitement abandonnée.

Cet alignement est-il exclusif ? On ne saurait en revanche être aussi catégorique. Alignement ne veut pas dire fidélité, ni négation des particularismes. L'avenir dira si le Conseil d'État entend respecter scrupuleusement les définitions de chaque poste de préjudice et de chaque sous-poste, et s'il entend se ménager certaines spécificités, tout comme d'ailleurs la Cour de cassation n'a pas exclu de compléter ou d'adapter au besoin la nomenclature *Dintilhac*, dont certains défauts ont été mis en évidence (34).

Tout comme il n'existe pas de barème en droit pénal mais uniquement des peines planchers ou plafond, on ne saurait concevoir de barème gradué et contraignant en droit du préjudice corporel. Au demeurant, les avocats n'étaient en rien unanimes pour appeler de

leurs vœux une nomenclature unique, estimant pour certains qu'il s'agissait là uniquement d'une revendication des assureurs destinée à améliorer la prévisibilité de leurs dépenses d'indemnisation et à les diminuer (35). En somme, et ceux qui ont contribué à l'élaboration de la nomenclature en sont conscients (36), chaque ordre juridictionnel gardera ses spécificités de raisonnement, et surtout, chaque juge gardera une marge d'appréciation indispensable à sa mission, au cas par cas. Mais au moins, tous travailleront sur une même base. ■

(34) S. Porchy-Simon, Quelles améliorations pour la nomenclature *Dintilhac*, *Gaz. Pal.* 24 déc. 2011, n° 358, p. 19.

(35) F. Bibal, La modification des instruments de chiffrage des indemnités : réelle urgence ou panique des assureurs ?, *Gaz. Pal.* 24 déc. 2011, p. 44.

(36) Dans ce sens, le rapport de 2003 du groupe de travail présidé par le professeur Y. Lambert-Faivre, qui rejette d'emblée l'idée d'un barème d'indemnisation rigide et automatique, au nom des principes de l'individualisation de la réparation et de réparation intégrale (Y. Lambert-Faivre, *Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel*, 2003, *Doc. fr.*, p. 12).