

DROIT DES OBLIGATIONS (II)
RESPONSABILITE CIVILE ET REGIME DE L'OBLIGATION

Cours-Séminaire

SEANCES N°17 et 18

LE PREJUDICE ET LE LIEN DE CAUSALITE
THEORIE DES DOMMAGES-INTERETS

I. Le préjudice

Le **dommage** peut se définir comme une *atteinte à un intérêt quelconque de la victime*.

Le droit français ne distingue pas entre le **dommage** et le **préjudice**, et paraît considérer les deux expressions comme synonymes. Un important courant doctrinal, représenté notamment par le professeur Philippe Le Tourneau propose cependant de distinguer ces deux notions :

1. Le **dommage** représenterait la *lésion* en elle-même, c'est à dire un fait constatable en tant que tel.
2. Le **préjudice** représenterait la *conséquence* de cette lésion, seule prise en compte par le droit.

Si cette distinction paraît tout à fait pertinente d'un point de vue notionnel, son impact pratique demeure limité. En effet, on en tire principalement la conséquence que le préjudice ne peut être indemnisé que par une somme d'argent, alors que le dommage permettrait une réparation en nature. Mais il s'agit là d'une proposition qui n'est pas totalement vérifiée en droit positif, et qui mérite certainement d'être encore raffinée.

Nous parlerons donc indifféremment du préjudice ou du dommage par la suite. Il suffira d'indiquer que le dommage est une **condition de la responsabilité**, qui a pris énormément d'importance à mesure que le droit de la responsabilité civile se développait. La victime doit donc prouver qu'elle a subi un préjudice causé par le fait générateur pour obtenir réparation. La constatation de ce préjudice est d'autant plus importante que le droit français de la responsabilité civile prévoit que la victime ne peut pas obtenir de dommages et intérêts pour une autre raison que le préjudice subi : c'est ce qu'on appelle le **principe de réparation intégrale**, selon lequel la victime doit obtenir la réparation de tout le dommage, mais rien que le dommage.

Pourtant, certains auteurs ont pu proposer d'écarter la condition tenant au préjudice dans certaines hypothèses. La proposition a été faite en matière contractuelle, où la seule chose qui compterait serait l'inexécution, mais la Cour

de cassation a expressément refusé cette suggestion : Civ. 3Ème, 3 décembre 2003, BC III, n°221. Mais il faut observer que les règles propres à la responsabilité contractuelle facilitent parfois la preuve du dommage, en la présumant. Le contrat peut également anticiper le dommage, par le biais d'une clause pénale. La proposition a également été avancée pour promouvoir l'idée d'une responsabilité préventive, qui interviendrait avant que le dommage soit réalisé.

Pour que le préjudice soit démontré par la victime, il faut d'abord démontrer qu'il s'agit d'un dommage, puis qu'il présente tous les caractères permettant d'être indemnisé. C'est pourquoi nous étudierons tout d'abord la notion de dommage (Section 1), puis les caractères du dommage (Section 2). Nous verrons enfin les différentes sortes de dommages (Section 3).

Section 1 : La notion de dommage

La plupart des ouvrages, et la plupart des auteurs, ne s'intéressent guère à la notion de dommage elle-même, pour se concentrer sur ses caractères. Cette attitude peut s'expliquer pour deux raisons. La question est difficile, tout d'abord. Elle paraît ensuite inutile, puisque la Cour de cassation laisse une grande marge d'appréciation aux juges du fond, en ce qui concerne la détermination du préjudice.

La démarche est pourtant erronée : une notion, quelle qu'elle soit, ne se définit pas seulement par ses caractères. En outre, bien que la question soit difficile, bien que la réponse paraisse inutile, il n'en reste pas moins une réalité : on ne peut admettre la réparation d'un préjudice qu'à supposer qu'il s'agisse réellement d'un préjudice. C'est tout particulièrement vrai en présence d'un handicap : un handicap est-il un préjudice dont une personne peut se prévaloir contre une autre, lorsqu'elle est née handicapée ?

Après avoir brièvement évoqué le fait que le dommage s'entend de la lésion d'un intérêt (§1), nous étudierons plus particulièrement la question de l'indemnisation d'un enfant né handicapé (§2).

§1. La lésion d'un intérêt

La survenance d'un préjudice suppose **la comparaison des situations antérieure et postérieure au fait générateur du dommage.**

La victime doit donc démontrer qu'à la suite du fait générateur, elle a subi une perte quelconque. La Cour de cassation a une vision très large de cette perte, puisqu'elle admet, par exemple, que l'épouse d'une personne décédée dans un accident, contrainte de prendre un emploi après cet accident qui lui assure une subsistance équivalente à celle que lui assurait son époux, a tout de même subi un préjudice consécutif à la perte de revenus liée au décès de son mari (Crim 15 mars 1993, Bull. Crim n°97). Mais la solution est logique dans la mesure où, si le mari était vivant, les revenus de son épouse qui aurait recommencé à travailler auraient augmenté d'autant.

La Cour de cassation a en revanche refusé d'admettre le préjudice résultant pour l'héritier de la victime décédée de la dépense liée à l'obligation d'acquitter les droits de succession, puisqu'il hérite précisément d'une certaine somme : Civ. 1Ère, 13 octobre 1999, RTD Civ. 2000, p.124.

Il n'en reste pas moins que ce **principe de comparaison est primordial pour apprécier l'existence ou non d'un préjudice.** Sa mise en oeuvre est aisée dans

la plupart des cas, tout particulièrement lorsqu'il résulte du fait dommageable une blessure physique, la dégradation d'un bien matériel de la victime ou encore une perte de revenus.

Mais la difficulté paraît plus grande lorsque le préjudice s'analyse dans une situation moins bonne que celle d'une personne, considérée comme « normale », c'est à dire une personne moyenne, sans qu'il s'agisse d'une perte, c'est à dire d'une diminution de sa situation initiale. C'est tout particulièrement le cas quand un enfant naît handicapé.

§2. La question de l'indemnisation de l'enfant né handicapé

Cette question se pose lorsqu'un enfant naît handicapé. Ce handicap est perçu comme une injustice par les parents, et pour l'enfant, à tel point qu'elle peut conduire les parents à reprocher à l'une des personnes intervenue dans le suivi de l'enfant, et tout particulièrement l'équipe médicale, une faute en corrélation avec ce handicap.

Il faut en réalité distinguer deux hypothèses. La première est la plus simple : il s'agit du cas où **le handicap est provoqué lors de la grossesse ou de l'accouchement**. Dans ce cas, l'auteur d'un accident de la route a par exemple blessé le fœtus, ou encore le médecin, en procédant à un examen exploratoire ou à un avortement, a provoqué une infirmité chez l'enfant. Dans ces différentes hypothèses, il y a bien une faute à l'origine du handicap de l'enfant, qui a l'origine était parfaitement sain. C'est d'ailleurs ce que reconnaît l'article 1, I, alinéa 2 d'une loi du 4 mars 2002.

Plus difficile est l'hypothèse où le handicap de l'enfant **n'a pas été causé par une quelconque faute, mais où il n'a pas été révélé aux parents avant la naissance**. Il faut ici envisager la question selon la chronologie de son traitement juridique, en étudiant d'abord la position initiale de la jurisprudence (A), puis la loi du 4 mars 2002 (B) et enfin les suites jurisprudentielles de la loi du 4 mars 2002 (C).

A. La position initiale de la jurisprudence

A l'origine, la jurisprudence envisageait distinctement la question du préjudice des parents (1), et celui des enfants (2).

1. Le préjudice des parents

Les tribunaux ont toujours considéré ce préjudice comme indemnisable, tant en droit civil qu'en droit administratif d'ailleurs : Civ. 1^{ère}, 16 juillet 1991, BC I, n°248 ; CE 14 février 1997, *Quarez*, JCP 1997 II, 22828.

Ce préjudice consiste dans l'indemnisation du préjudice résultant pour les parents du handicap de l'enfant. Ce préjudice s'analyse à la fois dans la charge financière que représente le handicap de l'enfant pour les parents, et dans les troubles de l'existence qui s'ensuivent (les difficultés à avoir des loisirs normaux par exemple, ou plus généralement une vie sociale normale). Il résulte du fait que les parents n'ont pas été averti par le médecin du handicap de l'enfant, qui aurait justifié un avortement pour motif médical.

2. Le préjudice de l'enfant

La question de l'indemnisation du préjudice de l'enfant suscite bien plus d'hésitation que celle du préjudice des parents, car il s'agit alors d'indemniser **le**

fait même, pour l'enfant, d'être handicapé. On peut pourtant se demander si ce handicap constitue bien un préjudice, puisque l'enfant est né handicapé.

La Cour de cassation a jugé, à ce sujet, que les parents pouvaient agir contre le responsable en leur nom personnel, et au nom de leur enfant : Civ. 1^{ère}, BC I, n°155 et 156, D.1997 p.35.

Le Conseil d'Etat adoptait une position inverse, en n'admettant que l'action des parents, tout en octroyant une indemnisation comparable à celle octroyée dans l'ordre judiciaire : CE 14 février 1997, *Quarez*, précité.

L'une des affaires jugées en 1996 avait donné lieu à cassation. La cour d'appel avait cependant refusé de s'incliner, ce qui donna lieu à la réunion d'une Assemblée Plénière : Ass. Plén. 17 novembre 2000, *Perruche*, D.2001, p.332. Dans cette affaire, un médecin et un laboratoire d'analyses n'avaient pas averti les parents du risque de malformation qui existait pour l'enfant. A la naissance, l'enfant est né hydrocéphale, c'est à dire dans un état végétatif.

Dans cet arrêt, l'Assemblée Plénière censure l'arrêt d'appel en estimant que la mère avait été empêchée d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint du handicap concerné, et qu'en conséquence **l'enfant peut demander réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues.**

L'arrêt lui-même fit couler beaucoup d'encre, à la fois au sein de la communauté des juristes, mais aussi dans la presse généraliste.

En ce qui concerne la controverse juridique autour de l'arrêt Perruche, deux arguments ont notamment été avancés :

1. Tout d'abord, le handicap de l'enfant ne constituerait pas un préjudice indemnisable, tout simplement parce qu'il ne s'agit pas d'un préjudice. Il faudrait en revanche se concentrer sur le préjudice subi par les parents. Mais d'autres auteurs ont alors objecté le risque de voir les parents, une fois indemnisés, se désintéresser de l'enfant. En outre, que se passe-t-il si l'enfant est abandonné par ses parents : n'a-t-il pas droit à une indemnisation qui lui soit propre ?

2. Ensuite, la Cour de cassation affirme clairement que la faute du médecin et du laboratoire ont causé le préjudice de l'enfant. Il s'agit là d'une application particulièrement sévère de la théorie de l'équivalence des conditions. En effet, la faute considérée n'est pas à l'origine du handicap, mais a conduit à la naissance de l'enfant, cette naissance conduisant elle-même ce dernier à subir pleinement son handicap. Il y a donc un lointain rapport entre la faute et le handicap, sans que ce lien de causalité en paraisse véritablement évident, compte tenu de la prudence habituelle de la Cour de cassation en la matière.

En ce qui concerne la controverse sociale autour de l'arrêt Perruche, elle a emprunté deux directions :

1. D'un côté, certains ont ouvertement critiqué l'apologie que réaliserait l'arrêt de l'interruption de grossesse. En effet, l'indemnisation offerte aux parents comme à l'enfant est liée à la circonstance que la mère aurait pu choisir l'avortement pour motif médical. Les partisans du « droit à la vie » ont donc vivement protesté. Il faut toutefois observé que cette attitude relevait essentiellement du « coup médiatique », n'hésitant pas à parler de l'indemnisation du fait d'être né, alors que

l'avortement visé ne concernait pas l'IVG, mais l'avortement pour motif médical, qui n'est pas réellement contesté, même dans les milieux conservateurs. D'autres auteurs ont également critiqué la dérive eugénique que représenterait cet arrêt, en posant comme principe que les parents peuvent choisir de se séparer de leur enfant à naître s'il ne leur convient pas.

2. D'un autre côté, plusieurs associations de défense des personnes handicapées se sont émues de ce la décision de la Cour de cassation considérait le handicap comme un préjudice, c'est à dire une infériorité, alors que précisément leur combat porte sur une meilleure égalité entre les personnes saines de corps et les personnes handicapées.

Malgré ces critiques, la Cour de cassation maintint sa position par plusieurs arrêts, les 13 juillet et 28 novembre 2001. C'est pourquoi le législateur est intervenu, face à l'émotion sociale suscitée par cette jurisprudence, pour y mettre fin.

B. La loi du 4 mars 2002

Plusieurs parlementaires médecins profitèrent du vote d'une loi importante réformant le droit médical en cours d'examen pour saisir le Parlement de la question, en proposant deux articles qui furent adoptés au sein d'une loi votée le 4 mars 2002.

L'article 1er, I, alinéa 1 de la loi dispose ; « *Nul ne peut se prévaloir d'une indemnisation du fait de sa naissance* ». La formulation recherchait bien évidemment à condamner l'indemnisation du préjudice de l'enfant, encore que la formulation est maladroite, puisque la Cour de cassation n'a jamais prononcé l'indemnisation de la naissance, mais l'indemnisation du handicap.

L'article 1er, I, alinéa 3 de la loi dispose que les parents ne peuvent agir contre un médecin, lorsque l'enfant est né avec un handicap non décelé au cours de la grossesse en raison d'une faute caractérisée, que pour demander l'indemnisation **d'un préjudice qui ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap**. En effet, la compensation de ce handicap relève de la solidarité nationale. En définitive, la loi ne semble autoriser que l'indemnisation du préjudice moral subi par les parents, désormais, qui consiste dans la privation du choix de la mère concernant une interruption éventuelle de grossesse.

C. Les suites jurisprudentielles de la loi du 4 mars 2002

L'affaire *Perruche* ne devait pas se clore aussi rapidement pour autant.

En effet, l'application de la loi nouvelle avait conduit au rejet de demandes formulées par plusieurs parents d'enfants nés handicapés après une erreur de diagnostic prénatal. Ces parents se tournèrent alors vers la Cour européenne des droits de l'homme. Par deux arrêts rendus le 6 octobre 2005 (JCP 2006, II, 10061), la CEDH a décidé que, compte tenu de la limitation très importante de l'indemnisation du handicap lui-même, il en résultait une violation de l'article 1 du Protocole n°1 de la CEDH, qui garantit le droit au respect des biens, et notamment des créances de réparation. Avant la loi, les parents disposaient d'un droit réparation supprimé par la loi, qui s'applique aux instances en cours.

Par conséquent, la Cour de cassation, prenant en compte cette jurisprudence qui s'impose aux juges nationaux, décida que les instances introduites avant le 7

mars 2002, date d'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, devaient être soumises à la jurisprudence ancienne (issue du 17 novembre 2000) : Civ. 24 janvier 2006, BC I, n°29 à 31, JCP 2006 II, 10062. Le Conseil d'Etat a opté pour une approche identique : CE 24 février 2006, RCA 2006, comm. n°127.

Section 2 : Les caractères du dommage

Pour être indemnisé, un préjudice doit présenter plusieurs caractères. Il doit d'abord être certain (§1), mais également direct (§2) et enfin légitime (§3).

§1. Le dommage certain

L'affirmation peut paraître évidente : la victime doit bien évidemment démontrer que le préjudice existe pour en obtenir réparation.

Mais si la certitude du dommage ne suscite pas de difficulté en tant que telle, encore faut-il, tout d'abord, déterminer le degré de certitude exigé par le droit pour permettre la réparation du dommage. Or, il arrive parfois que le dommage considéré par la victime soit affecté d'un aléa, soit dans sa réalisation (c'est la question du préjudice futur A), soit dans son existence même (c'est la question de la perte de chance B).

A. Le préjudice futur

En principe, le juge saisi d'une demande en responsabilité n'est tenu qu'à l'indemnisation du **préjudice actuel**, c'est à dire *du préjudice qui a déjà été subi par la victime au moment où elle forme sa demande en indemnisation*.

On en déduit traditionnellement que **n'est pas réparable le préjudice simplement éventuel**, c'est à dire *le préjudice qui n'est pas réalisé au moment de la demande en indemnisation, et dont la réalisation future apparaît très improbable* : Civ. 2^{ème}, 3 novembre 1971, D.1972 p.666, note C. Lapoyade-Deschamps. Ainsi, le dommage susceptible de résulter, pour la victime d'un accident corporel, d'une éventuelle suppression de la pension d'invalidité versée par la sécurité sociale, si son aptitude à obtenir des revenus se trouve reconstituée, est purement hypothétique (Crim. 5 juillet 1976, JCP 1976 IV, p.196).

Pour autant, la jurisprudence n'a pas entendu exclure l'indemnisation **du préjudice futur dont la réalisation est cependant certaine**. On parle alors également de préjudice virtuel, c'est à dire qu'il n'est pas encore réalisé, mais le sera ultérieurement. La solution est bonne, pour différentes raisons :

- la solution contraire impliquerait pour la victime de revenir vers le juge à chaque fois qu'elle subit effectivement le dommage, ce qui serait une perte d'argent pour elle, et une perte de temps pour le juge
- Il serait en outre injuste de permettre à l'auteur du dommage d'échapper temporairement à son obligation d'indemniser, car l'indemnisation doit être suffisamment forte pour que la sanction apparaisse réelle. Il faut aussi éviter de donner le temps à certains responsables malhonnêtes d'organiser leur insolvabilité.
- Enfin, il serait injuste d'exclure l'indemnisation du préjudice futur, car certains préjudices n'apparaissent que bien plus tard. La contamination par le virus du SIDA ou l'exposition à des radiations cancérogènes ne feront pas nécessairement naître immédiatement la pathologie.

La solution est admise par la Cour de cassation depuis longtemps : Civ. 1^{er} juin 1932, S.1933, 1, p.49. Pour qu'un préjudice futur ou virtuel soit réparable, **deux conditions doivent être réunies** :

1. Le préjudice futur résulte de la **prolongation d'un état des choses actuel**, c'est à dire qu'il constitue une conséquence normalement prévisible de l'événement dommageable. Il peut s'agir d'une aggravation certaine du dommage, ou encore de l'apparition d'un nouveau dommage consécutif au préjudice initialement subi par la victime. Par exemple, la victime d'un accident qui devient tétraplégique devra bénéficier de l'assistance d'une tierce personne pour le restant de ses jours (il n'y a pas lieu, dans ce cas là, à tenir compte d'une éventuelle aide familiale), ou la veuve d'un mari décédé qui assurait son entretien matériel subit un préjudice économique (même si elle se remarie plus tard, cette circonstance ne devant pas être prise en compte puisqu'elle est postérieure à l'événement dommageable).

2. Le préjudice futur est **susceptible d'une estimation immédiate**. Cette condition n'est cependant pas entendue sévèrement par la jurisprudence : le juge peut très bien, s'il ne dispose pas encore d'éléments d'estimation suffisant, allouer une provision à la victime, et surseoir à statuer le temps que ces éléments soient à sa disposition. En outre, il peut arriver que la prolongation de l'état actuel des choses conduise à l'apparition d'un nouveau dommage qui est probable mais pas certaine. C'est notamment le cas si le dommage engendre un risque de maladie. Ainsi, en cas de contamination par le VIH, qui peut conduire à un SIDA déclaré, la jurisprudence autorise le juge à allouer une indemnité réparant la contamination elle-même, et une autre indemnité réparant les conséquences d'un SIDA déclaré, mais seulement si la maladie se déclare effectivement : Civ. 2^{ème}, 20 juillet 1993, D.1993 p.526.

B. La perte de chance

Nous avons déjà étudié la perte de chance en tant qu'elle a parfois été envisagée par la Cour de cassation comme un **substitut de causalité**, même si cette tendance paraît en voie de résorption.

Mais, pour l'essentiel, la perte de chance est envisagée comme un chef de préjudice, qui *consiste dans le fait pour la victime de perdre une chance de bénéficier d'un événement favorable ou d'éviter un événement défavorable à cause du fait dommageable*.

La situation est fréquente en pratique. Ainsi, prenons l'exemple d'une jeune femme qui subit un accident corporel grave, qui la défigure et la contraint à plusieurs mois de rééducation. Il s'agit d'une étudiante en médecine, sur le point de passer son internat. Au-delà du préjudice actuel et futur qu'elle subit du fait de l'accident, cet accident la prive également de certaines opportunités. Elle ne peut passer l'internat que l'année d'après et se trouve moins bien classée qu'elle n'aurait pu l'être dans d'autres circonstances, ce qui restreint ses choix de carrière. En outre, défigurée, elle aura plus de difficulté à nouer des relations sociales et surtout amoureuses, et par conséquent de fonder une famille. A chaque fois, il n'est pas certain qu'elle aurait obtenu un meilleur classement ou trouvé un mari, mais il n'en reste pas moins que l'accident a pour conséquence d'amoindrir ses chances d'y parvenir dans de bonnes conditions.

L'indemnisation de la perte de chance a pourtant été abondamment débattue en doctrine :

- Certains auteurs y étaient défavorables, puisqu'il s'agit d'un préjudice éventuel, dont la réalisation n'est pas certaine. En outre, un tel préjudice serait difficile à évaluer.
- D'autres auteurs y étaient au contraire favorables dès lors que la chance perdue était suffisamment sérieuse, et dès lors que le droit n'est pas sans ignorer les hypothèses dans lesquelles on accorde de la valeur à une simple probabilité (par exemple, il est tout à fait possible de commercialiser des billets de loteries). Quant au problème de l'évaluation de la perte de chance, il n'est pas plus difficile à traiter que celui de l'évaluation du préjudice futur ou du préjudice moral.

En définitive, la jurisprudence admet depuis longtemps l'indemnisation de la perte de chance : Req. 17 juillet 1889, S.1891, 1, p.399. Nous étudierons d'abord le domaine de la perte de chance (1), puis ses conditions (2).

1. Le domaine de la perte de chance

La jurisprudence a reconnu l'indemnisation de la perte de chance **dans de nombreuses hypothèses** :

1. Elle a d'abord reconnu la perte de chance de poursuivre une procédure judiciaire (et donc de gagner le procès) : cf arrêt de 1889. Cette responsabilité concerne tous les auxiliaires de justice (avoués, avocats) ou encore les huissiers de justice.
2. Plus largement, elle sanctionne également la négligence du notaire, de l'avocat conseiller juridique, qui conduit à perdre une chance d'obtenir la conservation d'un droit (Civ. 1^{ère}, 18 février 1997, BC I, n°65).
3. Les juges indemnisent également le fait de perdre une chance de gagner à un jeu de hasard ou au cours d'une compétition.
4. Assez fréquemment est indemnisée la perte de chance d'une réussite professionnelle. Cela s'entend d'une perte de chance d'obtenir un emploi ou une promotion, ou encore, plus en amont, d'une perte de chance de réussir un examen ou un concours qui permette d'obtenir un bon emploi.
5. La jurisprudence indemnise également la perte de chance de conclure un contrat espéré, ou de continuer l'exécution d'un contrat intéressant, par exemple en cas d'acte de concurrence déloyale. En revanche, la jurisprudence refuse d'indemniser la perte de chance de conclure le contrat en cours de négociation, en cas de faute dans la rupture des négociations : Com. 26 novembre 2003, BC IV, n°186.
6. L'hypothèse qui a donné lieu à l'intervention la plus fréquente de la perte de chance demeure **la perte de chance de guérison ou de survie à la suite d'une faute médicale**. C'est dans cette hypothèse que la perte de chance confond à la fois le chef de préjudice et le substitut de causalité. Quoiqu'il en soit, lorsqu'un médecin, par une faute médicale directe (par ex. une erreur de manipulation) ou par un manquement à son obligation d'information, fait perdre une chance de survie ou de guérison à son patient, il doit en réparer les conséquences. V. par ex. : Civ. 1^{ère}, 4 novembre 2003, BC I, n°224. V. aussi F. Descorps Declère, *La cohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la perte d'une chance consécutive à une faute du médecin*, D. 2005, chr. p.742.

Il résulte de ces différentes hypothèses d'application de la perte de chance, qui ne sont pas exhaustives du reste, **que le domaine d'indemnisation de la perte de chance est général**, et non pas cantonnée à quelques hypothèses particulières.

2. Les conditions de la perte de chance

Si l'indemnisation de la perte de chance n'est plus discutée aujourd'hui, **il n'en reste pas moins nécessaire de l'encadrer par certaines conditions, dans la mesure où on ne peut pas indemniser non plus tout et n'importe quoi au titre de la perte de chance.**

Deux conditions distinctes sont requises pour l'indemnisation de la perte de chance. On exige traditionnellement que la chance perdue soit **réelle** (a) et **sérieuse** (b).

a. La réalité de la chance perdue

Pour qu'une perte de chance puisse être invoquée, encore faut-il que la chance considérée soit réelle.

Tel n'est pas le cas **lorsque la chance a en réalité déjà été courue**. Par exemple, la jurisprudence est réticente à indemniser le candidat qui passe néanmoins le concours, mais dans de plus mauvaises conditions en raison de l'événement dommageable. En effet, le candidat court alors sa chance (il passe le concours).

Tel n'est pas non plus le cas lorsqu'il n'existait aucun aléa créateur d'une chance d'obtenir un événement favorable ou d'éviter un événement défavorable. Ainsi, si la perte du procès est certaine, le fait dommageable qui conduit alors à fermer la poursuite de la procédure n'a en réalité aucune incidence sur l'issue du procès.

b. Le sérieux de la chance perdue

Outre la réalité de la chance perdue, il faut également démontrer que cette chance était **sérieuse**. Si la chance perdue était infime, par exemple parce que la personne passe un concours qui n'est pas de son niveau, ou auquel elle ne s'est pas préparée alors qu'il est réputé particulièrement difficile, alors la chance courue ne sera pas jugée suffisamment sérieuse. De la même manière, il n'y a pas perte de chance de promotion professionnelle si la perspective de cette promotion était très improbable. **En d'autres termes, la probabilité de réalisation de la chance considérée doit être suffisamment importante pour justifier l'indemnisation de la victime.**

La détermination de cette probabilité a du reste un autre rôle à jouer. En effet, la perte de chance ne permet pas d'obtenir l'indemnisation de la totalité de la perte subie (par exemple l'échec à un concours) dans la mesure où il est toujours possible de subir cette perte, même en l'absence de tout dommage. Par conséquent, **l'indemnisation offerte à la victime ne pourra consister que dans une fraction de ce préjudice, le calcul s'effectuant en pondérant le préjudice tel qu'il aurait été évalué s'il y avait eu 100% de chance d'obtenir ou d'éviter l'événement considéré, par la probabilité réelle de survenance de cet événement.**

Par exemple, une personne est empêchée de passer un concours auquel elle avait, compte tenu de ses bons résultats et des statistiques de réussite à ce concours, 30% de chances de réussite. Si elle avait été sûre d'obtenir ce concours, elle aurait obtenu 100000 €. Comme elle n'a perdu qu'une chance de 30%, elle obtiendra 30000 €.

§2. Le dommage direct

Il est traditionnellement exigé que le préjudice **soit direct**. Nous avons déjà évoqué, en étudiant la notion de causalité, que l'exigence de causalité directe se

confond en réalité avec celle d'un préjudice direct. Nous avons en outre précisé que cette condition du caractère direct était appréciée très soupagement par la jurisprudence.

En effet, exiger que le préjudice soit direct revient à requérir **qu'il soit personnel à la victime du fait dommageable**. Cette condition ne pose donc aucune difficulté dès lors que la victime directe, c'est à dire immédiate, du dommage, subit tel ou tel préjudice personnellement.

On a pu en revanche s'interroger sur la possibilité pour d'autres personnes d'invoquer le préjudice subi par la victime initiale pour obtenir une indemnisation propre. Cette interrogation recouvre en réalité deux hypothèses différentes :

- On peut d'abord se demander si les proches de la victime immédiate peuvent demander réparation, soit parce qu'ils ont moralement souffert de l'atteinte subie par la victime initiale, soit parce qu'ils ont subi une perte matérielle ou le plus souvent économique, car ils étaient entretenus par la victime qui elle-même subit une perte de revenus. C'est la question de l'indemnisation des victimes par ricochet (A).
- On peut ensuite se demander s'il est possible de demander la réparation d'un préjudice non pas individuel (c'est à dire subi par une personne donnée) mais collectif (subi par un ensemble de personnes). Cette question du préjudice collectif (B) suscite une difficulté, car il faut alors désigner qui est habilité à représenter la collectivité lésée en justice.

A. Les victimes par ricochet

La **victime par ricochet** désigne la *victime qui subit un préjudice propre du fait d'un préjudice initialement causé à autrui, avec lequel elle entretient des rapports d'affection ou d'intérêt*.

Le principe de l'indemnisation du préjudice par ricochet, encore appelé préjudice réfléchi, est admis depuis longtemps en France, mais ne l'est pas dans d'autres pays (par exemple la Suisse). Il est vrai que l'indemnisation du préjudice par ricochet suscite deux séries de difficultés, tenant d'une part à la délimitation de la catégorie des victimes par ricochet (1) et d'autre part à la mise en oeuvre de l'indemnisation du préjudice par ricochet (2).

1. La délimitation de la catégorie des victimes par ricochet

Prenons l'hypothèse de l'accident automobile d'un chef d'entreprise. Celui-ci est gravement blessé, et perd l'usage de ses jambes. Outre l'indemnisation qui lui est due, il est incontestable que cet accident a fait souffrir sa femme et ses enfants, qui subissent en outre le contrecoup de sa propre perte de revenus. Ses parents, mais aussi ses amis ont également souffert de l'inquiétude relative à son état. De plus, il est probable qu'il ne pourra pas honorer certaines commandes, ce qui cause un préjudice à ses clients habituels.

Comment, dès lors, délimiter le cercle des personnes qui seront admises à demander une indemnisation à l'auteur du dommage, et écarter celles qui ne le seront pas ?

A l'origine, la jurisprudence exigeait la preuve par la victime d'un préjudice réfléchi de démontrer **l'existence d'un lien de droit entre elle et la victime immédiate**.

S'agissant d'un dommage d'ordre patrimonial (une perte de revenus liée au fait que la victime immédiate entretenait la victime par ricochet), la Cour de cassation exigeait un lien d'obligation alimentaire : la victime par ricochet devait pouvoir demander, le cas échéant, à la victime immédiate le paiement d'aliments. S'agissant d'un dommage d'ordre moral (la souffrance liée à la perte de l'être cher par ex), la Cour de cassation exigeait un lien de parenté ou d'alliance.

Cette exigence d'un lien de droit est apparue au fil du temps insatisfaisante, car elle ne correspondait plus à l'évolution de la société. Elle empêchait en effet la prise en compte de personnes très proches de la victimes initiale mais sans être liées à elle d'un point de vue juridique : par exemple, amis très proches, parents de substitution, ou encore concubin.

C'est pourquoi, depuis un arrêt du 27 février 1970 que nous étudierons par ailleurs, la Cour de cassation a totalement modifié sa jurisprudence **en posant comme règle que toute personne qui a souffert d'un dommage personnel résultant du préjudice ayant frappé la victime initiale peut en obtenir réparation**. La notion de victime par ricochet est donc plus large aujourd'hui qu'hier, et inclut notamment :

1. Les **proches de la victime**, c'est à dire les personnes entretenant un lien particulier d'affection avec la victime initiale. Il s'agit bien évidemment du conjoint et des enfants, mais aussi des autres membres de la famille, des alliés, des concubins et fiancés ou même des amis proches. La question est désormais jugée au cas par cas, la victime devant prouver la réalité du préjudice qu'elle invoque. Cela dit, plus la victime par ricochet est proche de la victime initiale, plus la preuve de ce préjudice sera facilement acceptée par le juge.
2. Les **personnes qui entretenaient des relations d'intérêt avec la victime initiale** : il peut s'agir de créanciers de la victime, ou de ses salariés, ou encore de son employeur.

2. La mise en oeuvre de l'indemnisation du préjudice par ricochet

Deux questions sont relatives à la mise en oeuvre de l'indemnisation du préjudice par ricochet. Tout d'abord, la jurisprudence a apporté certaines limites au principe même de l'indemnisation du préjudice par ricochet (a). Ensuite, se pose la question des rapports entretenus entre le préjudice par ricochet et le préjudice subi par la victime initiale (b).

a. Les limites apportées au principe de l'indemnisation du préjudice par ricochet

Deux limites peuvent être considérées :

1. Lorsque la victime n'est pas décédée, les juges réduisent en règle générale l'indemnisation accordée aux victimes par ricochet (considérant qu'il est plus douloureux, par exemple, de perdre un enfant, que de le conserver en vie mais handicapé). Mais la jurisprudence demeure généreuse dans tous les cas.
2. *A priori*, la Cour de cassation ne prend pas en compte les ricochets successifs, c'est à dire le préjudice subi par un proche de la victime par ricochet. « Ricochet sur ricochet ne vaut » pourrait-on dire.

b. Les rapports entre le préjudice par ricochet et le préjudice subi par la victime initiale

En principe, le préjudice subi par la victime par ricochet est considéré comme **autonome** par rapport à celui subi par la victime initiale. Par conséquent, la

victime par ricochet doit démontrer l'existence d'un préjudice propre, dont la consistance est appréciée sans considération du préjudice subi par la victime.

Mais le lien entre préjudice par ricochet et préjudice subi par la victime initiale ressurgit parfois. Par exemple, le droit des transports prévoit fréquemment un plafond légal d'indemnisation qui s'impose aussi aux victimes par ricochet (par exemple pour le transport aérien). En outre, nous avons déjà évoqué **l'opposabilité de la faute de la victime initiale à la victime par ricochet, pour diminuer sa propre indemnisation** : Ass. Plén. 19 juin 1981, D.1982, p.85.

B. Le préjudice collectif

Le **préjudice collectif** peut se définir comme *le préjudice résultant de l'atteinte à un intérêt collectif*.

Cette conception usuelle n'est pas unanimement partagée, et certains auteurs (G. Viney, L. Boré) proposent une conception plus large, selon laquelle le préjudice collectif correspondrait à une atteinte à un intérêt collectif, ou à une atteinte à l'intérêt d'un membre d'une collectivité.

Il ne s'agit pas de la même hypothèse :

1. Dans le premier cas, il s'agit de l'atteinte à un intérêt d'une communauté, prise en tant que telle. Par exemple : atteinte à l'environnement (qui est une atteinte à la nation), atteinte d'une personne morale, atteinte à l'intérêt des consommateurs.
2. Dans le second cas, un préjudice est subi par un individu, mais qui appartient à une collectivité donnée. Par exemple, plusieurs personnes ont subi un dommage par pollution. On parle alors parfois de dommage de masse. Dans ce cas, on autorise parfois certaines associations ou certains syndicats à représenter ces personnes lors d'une action commune. Le droit français n'autorise cependant pas, aujourd'hui, ce qu'on appelle une **action de groupe** (en anglais : *class action*), qui permet d'agir au nom des différentes victimes d'un même dommage, mais seulement une action en représentation conjointe, qui facilite l'assistance des victimes. Deux systèmes sont concevables pour l'action de groupe. Le système de l'*opt in* nécessite que chacun des plaignants ait donné son accord à l'action. Il est donc contraignant. Mais le système de l'*opt out* permet d'agir au nom de toutes les victimes, sans recueillir leur accord, chaque victime ayant la faculté de se retirer le cas échéant de l'action dès qu'elle en est avertie. La procédure d'une *class action* se déroule en deux phases : une phase où le juge doit déterminer si une telle procédure peut être utilisée, puis une phase de procès proprement dit.

Nous n'étudierons pas ce second volet, pour nous concentrer sur le préjudice collectif au sens strict du terme. En principe, ce préjudice, parce qu'il est collectif, ne peut pas être défendu par la victime elle-même, puisqu'il ne s'agit pas d'un individu. **Le droit d'agir en réparation du préjudice doit être alors attribué à une personne particulière. En la matière, le principe est qu'il ne suffit pas de se proclamer défenseur de l'intérêt considéré pour agir en justice : il faut disposer d'une habilitation légale spéciale pour exercer une telle action en justice :**

1. L'article L411.11 du Code du travail donne une telle habilitation pour les syndicats professionnels, en cas d'atteinte à l'intérêt collectif de la profession.

Mais cette habilitation n'a pas été octroyée aux ordres professionnels. C'est pourquoi certains ordres disposent d'une habilitation (ordre des vétérinaires, ordre des notaires, ordre des médecins), et d'autres non (ordre des avocats, ordre des architectes).

2. Les associations ne disposent pas non plus d'une habilitation générale : Ch. Réunies : 15 juin 1923, DP 1924, 1, p.153. Mais la loi a reconnu, à plusieurs reprises et pour des cas particuliers, une habilitation spéciale, par exemple au bénéfice des associations de défense de la moralité, des auteurs, de la famille ou de la jeunesse, puis plus récemment de l'intérêt des consommateurs, de défense des personnes subissant des violences physiques, ou une discrimination raciale ou sexuelle.

3. Enfin, certaines personnes publiques ont vocation à défendre un intérêt collectif considéré comme particulièrement important. C'est par exemple le cas du Conservatoire de l'espace littoral ou de l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie.

§3. Le dommage légitime

Pour être réparable, **le préjudice doit enfin être légitime, ou licite, c'est à dire conforme à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.**

A l'origine, la condition de légitimité s'appliquait principalement pour délimiter le cercle des personnes autorisées à invoquer un préjudice par ricochet, **en exigeant la démonstration d'une atteinte à un « intérêt juridiquement protégé ».**

Cet intérêt juridiquement protégé supposait la démonstration d'un lien de droit entre la victime par ricochet et la victime initiale, ce qui conduisait à l'exclusion de l'indemnisation du concubin ou de la concubine. A la suite d'une opposition jurisprudentielle entre la chambre criminelle et la chambre civile de la cour de cassation, une chambre mixte fut réunie, qui autorisa l'action de la concubine ayant perdu son compagnon dans un accident de voiture : Ch. Mixte 27 février 1970, *Dangereux*, D. 1970, p.201. La question de l'indemnisation du concubin devait même faire l'objet d'un autre assouplissement jurisprudentiel, avec l'admission de l'action de la concubine adultère : Crim. 19 juin 1975, D. 1975, p.679 (s'agissant d'un concubinage d'une certaine durée), mais un autre arrêt Crim. 8 janvier 1985, JCP 1986, II 20588 refuse l'indemnisation en raison de la pluralité de partenaires du défunt.

On aurait pu penser que la condition de légitimité du préjudice aurait disparu avec l'évolution de la jurisprudence concernant l'action du concubin. En réalité, la question s'est largement déplacée à certaines hypothèses dans lesquelles il paraît injustifié d'accorder une indemnisation à la victime, **dans la mesure où elle demande l'indemnisation d'un préjudice qui n'est pas considéré par le droit, non pas parce qu'il n'existe pas, mais parce qu'il ne mérite pas d'être indemnisé.**

C'est par exemple le cas lorsque la victime demande l'indemnisation d'un préjudice résultant de la perte de revenus illicites : Civ. 2^Ème, 24 janvier 2002, JCP 2002 II 10118 (la personne qui travaille « au noir » ne peut réclamer, à la suite d'un accident de la circulation, l'indemnisation liée à la perte de ses rémunérations). De la même manière, il n'est pas possible d'obtenir une

indemnisation fondée sur la naissance de l'enfant à la suite de l'échec d'une interruption volontaire de grossesse : Civ. 1^{Ère}, 25 juin 1991, D.1991, p.566.

Il faut cependant préciser que l'attitude de la Cour de cassation, en la matière, est casuistique. Il peut arriver qu'elle accepte l'indemnisation, même si la victime est dans une situation illicite. Ainsi, celui qui subit un dommage lors d'un transport en train peut demander réparation, même s'il n'a pas payé son billet : Civ. 2^{Ème}, 19 février 1992, JCP 1993, II, 22170.

Section 3 : La catégorisation du dommage

Le droit français de la responsabilité civile est un droit généreux pour la victime, car il prend en considération de nombreux préjudices différents.

Au-delà de la diversité des préjudices indemnissables, il est possible de procéder à leur catégorisation. D'emblée, une *summa divisio* s'impose entre dommage économique et dommage moral.

En effet, certains dommages affectent la *situation économique* de la victime, d'une manière ou d'une autre. C'est le cas par exemple d'une blessure, qui va nécessiter des soins qu'il faut payer, ou qui va conduire à un arrêt de travail, ce qui cause une perte de revenus. On parle alors de **dommage économique**.

D'autres dommages affectent la *situation psychologique* de la victime. Une blessure cause inévitablement de la douleur à la victime, et plus généralement un dommage peut affecter son moral ou lui causer une certaine tristesse. On parle alors de **dommage moral**.

§1. Le dommage économique

Le **dommage économique** est le *dommage qui a une répercussion quelconque sur la situation économique de la victime*. Le dommage économique est aussi désigné par l'expression « dommage patrimonial ».

On associe deux types de pertes au dommage économique :

- la **perte éprouvée**, ou *damnum emergens*, représente un amoindrissement du patrimoine de la victime, directement causé par le préjudice. Par exemple, la destruction d'un bien de la victime la prive de la jouissance de ce bien.
- Le **gain manqué**, ou *lucrum cessans*, représente la perte de la perspective d'un revenu futur. Par exemple, si un propriétaire bailleur voit ses locaux détruits, il perd non seulement la valeur des locaux (c'est une perte éprouvée), mais aussi les revenus qu'il peut en tirer (c'est un gain manqué).

Que l'on soit en présence d'une perte éprouvée ou d'un gain manqué, on peut identifier trois catégories de préjudice économique : le dommage à un bien (A), le dommage résultant des conséquences économiques d'une atteinte à l'intégrité corporelle (B), et enfin le dommage purement pécuniaire (C).

A. Le dommage à un bien

Le dommage à un bien est souvent également désigné par l'expression **dommage matériel**, car il touche une chose, et non une personne.

Le dommage à un bien peut prendre des formes multiples. Classiquement, il peut s'entendre de la destruction du bien considéré, par exemple la destruction d'une voiture ou d'un immeuble. On y associe la diminution de l'utilité d'un bien : un ordinateur endommagé fonctionne moins bien, une voiture endommagée ne

pourra pas être revendue le même prix qu'une voiture en parfait état de fonctionnement.

Il peut également consister dans un trouble de jouissance du bien considéré : par exemple, un voisin qui empiète sur votre terrain et l'occupe sans aucun titre.

Il peut enfin s'agir de la perte de revenus liés à l'utilisation du bien (par exemple s'il est loué).

Le préjudice matériel peut concerner n'importe quel type de bien, qu'il s'agisse d'un bien corporel, ou d'un bien incorporel (comme une marque, un savoir faire, plus généralement un droit de propriété intellectuelle, ou encore une clientèle).

B. Les conséquences économiques d'une atteinte à l'intégrité corporelle

Lorsque la victime subit une atteinte à son intégrité corporelle, on parle de préjudice **physique**, car elle est blessée dans sa chair.

Ce type de préjudice peut se manifester de deux manières :

- Il s'entend d'abord des frais occasionnés pour les soins de la victime (frais d'hospitalisation, coût des médicaments, mais aussi frais de rééducation ou encore des frais rendus nécessaires par l'état de la victime, par exemple une assistance d'une tierce personne).
- Il s'entend ensuite des pertes de revenus consécutives à l'incapacité de travail temporaire ou définitive, partielle ou totale, subie par la victime.

Le préjudice résultant d'une atteinte à l'intégrité corporelle de la victime représente un préjudice qu'il faut indemniser en priorité. C'est pourquoi, lorsqu'il existe un régime spécial de responsabilité (par exemple la loi de 1985 sur les accidents de la circulation), l'indemnisation de ce type de préjudice est intégrale, alors qu'elle peut être plafonnée pour les autres types de préjudices, et notamment le préjudice matériel.

C. Le dommage purement pécuniaire

Le dommage purement pécuniaire, également nommé **préjudice économique pur**, désigne l'ensemble des préjudices de nature économique *qui ne résultent pas d'une atteinte à un bien ou à la personne*.

Sans entrer dans le détail, le préjudice économique pur s'entend souvent d'un gain manqué, c'est à dire une perte d'un profit ou d'une espérance de gain à la suite du dommage. C'est par exemple le cas du préjudice ressenti par une société qui a subi une rupture abusive de pourparlers.

Il faut toutefois faire deux précisions sur ce type de préjudice :

- il s'agit d'un préjudice rarement constaté en tant que tel, car il n'intervient le plus souvent qu'en matière contractuelle ou pré-contractuelle.
- Il s'agit d'un préjudice mal indemnisé, car les tribunaux ne paraissent pas favorables à sa prise en compte, dès lors qu'il ne se rapporte ni à un dommage aux biens, ni à un dommage à la personne. C'est sans doute lié au fait que ce préjudice est difficile à évaluer, et pourrait être exploité par les plaideurs pour réclamer des sommes excessives, sans donner au juge le moyen de vérifier le bien fondé du calcul auxquels ils procèdent.

§2. Le dommage moral

Le **préjudice moral** s'entend de *toutes les atteintes à la psychologie de la victime*. On parle également d'un préjudice **extrapatrimonial**, puisqu'il consiste dans une atteinte à quelque chose qui ne relève pas du patrimoine de la victime.

L'indemnisation même du préjudice moral a été longtemps contestée en doctrine, et refusée en jurisprudence. Plusieurs raisons ont été avancées pour refuser une telle indemnisation :

- Le préjudice moral serait en lui-même irréparable, car la tristesse ou la souffrance ne peuvent être effacées. Cependant, l'argument vaut tout autant pour les autres types de préjudice, car la victime aurait préféré, en tout état de cause, ne pas subir de préjudice du tout. Réparer son préjudice n'est pas l'effacer.
- Le préjudice moral serait également impossible à évaluer. Cet argument est tout à fait exact, car il n'est pas possible de donner un prix à une émotion humaine. Pour autant, doit-on admettre l'absence de réparation d'un préjudice tout à fait réel, sous prétexte qu'on ne peut pas l'évaluer ?
- Enfin, il serait immoral d'indemniser le préjudice moral, car on ne commercialise pas les sentiments. Mais la réponse est identique au grief d'impossibilité d'évaluation : ne pas indemniser le préjudice, c'est nier la tristesse ou la souffrance, et non pas mieux les considérer.

Il existe deux variétés de préjudice moral : celui résultant d'une atteinte à l'intégrité corporelle (A), et celui résultant d'une atteinte aux sentiments (B).

A. Le dommage moral résultant d'une atteinte à l'intégrité corporelle

Il s'agit du préjudice associé à une quelconque blessure ou maladie du corps humain.

Au premier chef de cette catégorie de préjudice moral, on trouve le *pretium doloris*, ou le **prix de la douleur**. Il prend en compte les souffrances physiques ressenties par la victime, du fait de son état.

On trouve également le **préjudice esthétique**, qui est le *préjudice affectant l'apparence physique de la victime*.

Enfin, on intègre au préjudice consécutif à une atteinte à l'intégrité physique le **préjudice d'agrément**. Il s'agit du préjudice résultant *de la privation pour la victime d'un agrément de la vie*.

Ce dernier type de préjudice est particulièrement hétérogène. A l'origine, le préjudice d'agrément était utilisé essentiellement pour réparer la privation d'une activité spécifique à laquelle la victime s'adonnait, comme par exemple une activité sportive ou artistique. Puis la Cour de cassation y a intégré l'ensemble des privations des agréments d'une vie normale (pouvoir pratiquer une activité de loisir quelconque, notamment)

Il faut remarquer que, si les frontières du préjudice d'agrément sont mouvantes, elles n'incorporent pas encore certains types de préjudice qui paraissent pourtant devoir l'être :

- le préjudice « physiologique », c'est à dire *le préjudice résultant des troubles ressentis dans les conditions d'existence* (par exemple, le plaisir de lire pour une

personne devenue aveugle, le plaisir de manger pour une personne contrainte à un régime alimentaire strict, etc.) : Ass. Plén. 19 décembre 2003, JCP 2004, II, 10008.

- le préjudice sexuel, c'est à dire *le préjudice résultant de la privation d'une vie sexuelle normale* : Civ. 2^Ème 6 janvier 1993, RTDCiv. 1993, p.587.
- Il faut d'ailleurs indiquer que la jurisprudence reconnaît l'autonomie, dans l'hypothèse particulière d'une contamination par transfusion sanguine, du **préjudice spécifique de contamination**, qui regroupe *l'ensemble des troubles ressentis à la suite d'une contamination transfusionnelle*, c'est à dire à la fois un préjudice sexuel, mais également le préjudice résultant de la privation d'une vie familiale ou professionnelle normale.

Le risque attaché à cet éclatement du préjudice d'agrément, et à son défaut de cohérence, est celui de la double indemnisation éventuelle d'un même préjudice, ce qui représente une atteinte au principe de réparation intégrale.

B. L'atteinte aux sentiments

Le préjudice moral peut également s'entendre, plus largement, comme l'atteinte à un sentiment quelconque, sans que le terme « sentiment » soit véritablement défini. Il faut alors distinguer le préjudice moral direct (A), du préjudice d'affection (B).

1. Le préjudice résultant d'une atteinte aux droits de la personnalité

Le préjudice moral peut résulter, pour la victime, d'une atteinte à un droit de la personnalité, comme le droit à la vie privée, le droit à l'honneur, le droit à l'image, le droit au nom, etc.

La catégorie est particulièrement hétéroclite, car il ne faut y rechercher une quelconque cohérence. Les droits de la personnalité sont des droits dits « extrapatrimoniaux », il est par conséquent impossible de les réparer au titre des préjudices patrimoniaux ou économiques. Il faut donc les réparer au titre du préjudice moral, sans d'ailleurs qu'il soit nécessaire de démontrer la consistance du préjudice en cause. La Cour de cassation estime en effet que ce type de préjudice est induit par la violation du droit considéré : sa preuve n'est donc pas nécessaire par la victime : Civ. 1^Ère, 5 novembre 1996, JCP 1997 I, 4025.

2. Le préjudice d'affection

Le **préjudice d'affection** est le *préjudice ressenti du fait de la perte d'une personne ou d'une chose pour laquelle la victime manifestait un attachement particulier*.

En premier lieu, ce type de préjudice peut donc être invoqué par les victimes par ricochet, **pour le préjudice ressenti du fait de la perte de la victime initiale, ou même des blessures qu'elle a subies**.

Mais le préjudice d'affection, s'il est invoqué le plus souvent par les victimes par ricochet, peut également être invoqué comme un préjudice initial. **C'est le plus souvent le cas pour la perte d'un animal domestique**. Ce peut être le cas pour la perte d'un cheval : Civ. 1^Ère, 16 janvier 1962, D.1962, p.199.

II. La causalité

Le **lien de causalité** désigne *la relation de cause à effet qui s'établit entre le fait générateur de responsabilité et le dommage consécutif à ce fait*.

Ce lien de causalité est traditionnellement considéré comme l'une des trois conditions nécessaires à l'établissement d'une responsabilité civile. Il présente à cet égard deux facettes :

- Sous un angle positif, il convient de démontrer la causalité pour obtenir la condamnation du responsable. C'est donc une condition positive de la responsabilité civile.
- Sous un angle négatif, il est possible au responsable de démontrer qu'une autre cause a pu contribuer, voire totalement causer le dommage, afin de s'exonérer, partiellement ou totalement, de sa propre responsabilité.

Ces deux points de vue conduisent à s'interroger d'abord sur la notion de causalité (Section 1) en tant que condition positive de la responsabilité civile, puis sur les différentes circonstances exonératoires (Section 2).

Section 1 : La notion de causalité

La notion de causalité est extrêmement difficile à cerner, pour plusieurs raisons :

- Nous verrons que la jurisprudence s'est bien gardée de définir la notion, qui n'a donc aucun contenu positif.
- Contrairement au préjudice ou au fait générateur, la causalité n'est qu'un lien. Elle n'a donc aucune matérialité, ce qui la rend difficile à prouver, puisque sa preuve réside dans un processus inductif (telles circonstances démontrent en amont la causalité), et non sur sa constatation directe.
- Elle est souvent employée pour répondre en même temps à deux questions pourtant radicalement différentes. Esmein a, le premier, évoqué cette confusion dans un célèbre article : Paul Esmein, *Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité*, D. 1964, Chr. p.205. D'une part, une première question se pose : le fait considéré a-t-il causé le dommage ? On parle souvent à cet égard de causalité « matérielle » ou « scientifique ». D'autre part, une seconde question se pose : le fait considéré représente-t-il une cause suffisamment significative pour justifier la condamnation du responsable ? On parle plutôt à cet égard de causalité « juridique ». Aujourd'hui, ces deux questions sont contractées pour n'en faire plus qu'une : le fait est-il une cause « efficiente » du dommage ? Il s'ensuit que la réponse est elle-même un mélange des deux réponses qui devraient être apportées séparément aux deux questions initiales.

Afin de définir la causalité, la doctrine a proposé deux grandes théories (§1). Ces deux théories s'opposent encore aujourd'hui, ce qui explique la position nuancée de la jurisprudence (§2).

§1. Les différentes théories en présence

Les deux principales théories de la causalité sont l'oeuvre de la doctrine allemande.

A. L'équivalence des conditions

Il s'agit d'une théorie défendue par le professeur Von Buri au XIX^{ème} siècle.

Selon cette théorie, *tout événement sans lequel le dommage ne se serait pas produit*. On dit que la théorie de l'équivalence des conditions considère comme une cause **tout cause sine qua non du dommage**.

Par exemple, un automobiliste cause un accident de la circulation, et blesse un piéton dans l'accident. Ce piéton subit une transfusion sanguine, au cours de laquelle il est contaminé par le virus du SIDA. Cette contamination est certes liée à une inexécution par le centre de transfusion sanguine de son obligation de sécurité dans la fourniture de produits sanguins. Mais la personne contaminée peut-elle également demander l'indemnisation du préjudice consécutif à la contamination à l'assureur de l'automobiliste ?

Dans la conception retenue en application de l'équivalence des conditions, la responsabilité de l'automobiliste sera retenue, puisque la victime n'aurait pas été contaminée si elle n'avait pas subi l'accident.

La théorie de l'équivalence des conditions présente certains avantages et certains inconvénients :

1. Au titre des **avantages**, l'équivalence des conditions paraît être à la fois la plus logique et la plus facile à mettre en oeuvre. Il est en effet relativement facile de déterminer si la cause considérée est ou non une cause nécessaire du dommage.
2. Au titre des **inconvénients**, l'équivalence des conditions n'est pas une théorie toujours juste en pratique. Dans la mesure où elle ne sélectionne pas les causes susceptibles d'engendrer une responsabilité, elle peut conduire à condamner une personne qui n'est qu'une cause très lointaine du dommage, ou qui n'a commis qu'une faute très légère à l'origine du dommage, alors que d'autres personnes y ont très largement contribué. Elle justifie notamment le mécanisme de la responsabilité de la victime, qui permet de reprocher à la victime sa propre faute et de diminuer son indemnisation en conséquence.

B. La causalité adéquate

Il s'agit d'une théorie défendue par Von Kries et Rümelin à la fin du XIXème siècle.

Selon cette théorie, *seuls les événements qui étaient de nature à provoquer le dommage selon le cours normal des choses sont considérés comme une cause de ce dommage*.

Dans notre exemple précédent, on peut se demander si un accident de la circulation est susceptible de causer, par sa nature même, une contamination par le virus du SIDA. Au contraire, c'est bien plus le cas d'une transfusion sanguine.

Ici encore, la théorie de la causalité adéquate présente des avantages et des inconvénients :

1. Au titre des **avantages**, cette théorie permet une sélection des causes du dommage, ce qui la rend *a priori* plus juste, puisqu'elle permet de sanctionner seulement les personnes véritablement responsables du dommage.
2. Au titre des **inconvénients**, la théorie de la causalité adéquate est tout d'abord difficile à mettre en oeuvre. Il est en effet difficile de savoir ce que signifie

« le cours normal » des choses. En outre, la causalité adéquate ne procurerait qu'une apparence de justice, puisqu'elle est suffisamment floue pour permettre au juge de décider ce qui lui chante : on fait donc grief à cette théorie de favoriser l'arbitraire du juge.

3.

§2. La position de la jurisprudence

La Cour de cassation n'a jamais opté pour l'une des deux théories définissant la causalité. Elle n'a pas plus énoncé une quelconque définition de la causalité.

Elle n'a donc aucune position de principe à ce sujet, mais n'abandonne pas pour autant le contrôle de la causalité à l'appréciation souveraine des juges du fond (A). Ces derniers disposent cependant d'une assez grande marge de manoeuvre qui se manifeste au stade de la preuve de la causalité (B).

A. L'absence de position de principe en jurisprudence

Si la Cour de cassation n'a jamais défini la causalité, elle n'en décide pas moins de contrôler l'appréciation que font les juges du fond de la condition de causalité : Civ. 7 août 1895, DP 1896, 1, p.82.

Ce contrôle est dit « étendu » :

1. Il ne s'applique pas, certes, aux constatations de fait effectuées par le juge du fond.
2. En revanche, les juges de cassation contrôlent les déductions faites par le juge du fond à partir de ces premières constatations. Ce contrôle s'entend de celui de la motivation des juges du fond (il faut expliquer en quoi résulte la causalité), et du bien-fondé des déductions qu'ils ont fait.

La Cour de cassation ne se prive donc pas de censurer une cour d'appel pour une appréciation erronée de la causalité. Si elle ne formule jamais de principes clairs à ce sujet pour autant, elle exige traditionnellement que la causalité soit **directe (1) et certaine (2)**.

1. La causalité doit être directe

L'exigence d'une causalité directe semble s'évincer de l'article 1151 du Code civil, qui demande, qu'en matière contractuelle, les dommages et intérêts doivent être la « suite immédiate et directe du fait dommageable ».

Cette exigence est contestable, à deux égards :

1. Exiger une causalité directe reviendrait à exclure les causes indirectes, ou moins directes du dommage. En réalité, les tribunaux acceptent très souvent de reconnaître une causalité lointaine, comme par exemple un dommage qui survient plusieurs années après le fait dommageable. Plus généralement, on admet la notion de préjudice par ricochet.
2. En outre, l'exigence d'une causalité directe se confond en réalité avec l'exigence d'un préjudice direct, c'est pourquoi nous la traiterons au titre du préjudice.

En définitive, l'exigence d'une causalité directe représente une exigence vide de sens, du point de vue de l'appréciation de la causalité.

2. La causalité doit être certaine

A nouveau, exiger en soi la certitude de la causalité n'a guère de sens. En effet, la causalité n'est certaine que si on en est sûr. Or, il n'est pas possible d'établir la causalité avec certitude, puisqu'elle résulte d'un processus intellectuel, et non d'une démonstration factuelle. Il y a un paradoxe à accoler causalité et certitude.

Cela ne signifie pas qu'il n'est pas possible de se rapprocher le plus possible de la certitude. Afin d'effectuer ce rapprochement, le droit français a emprunté deux voies complémentaires :

- Il faut tout d'abord sécuriser le processus intellectuel permettant d'établir la causalité. Cela relève essentiellement du contrôle de la Cour de cassation.
- Il est ensuite possible de faciliter la preuve de la causalité, en l'assouplissant ou en la présumant. Nous l'étudierons au titre de la preuve de la causalité.

S'agissant de la sécurisation du processus intellectuel permettant d'établir la causalité, la Cour de cassation a posé quelques règles plus ou moins faciles à mettre en oeuvre :

1. La causalité suppose que le fait générateur ait été **nécessaire** à la réalisation du dommage. Par conséquent, la Cour de cassation applique toujours la théorie de l'équivalence des conditions pour identifier les causes d'un dommage. Par conséquent, la causalité sera écartée si la cause considérée n'apparaît pas nécessaire. Il faut préciser que l'appréciation du rapport de nécessité est relativement souple par la Cour de cassation, puisqu'elle considère que la cause qui a aggravé le dommage est une cause nécessaire.

2. Le plus souvent, **le rapport de nécessité est jugé suffisant**. Le plus souvent, la jurisprudence applique donc la théorie de l'équivalence des conditions : elle ne sélectionne donc pas selon les différentes causes identifiées du dommage. Il en résulte notamment que l'existence d'une pluralité de causes n'est pas de nature à exclure l'une de ces causes, sauf en cas de force majeure ou de faute de la victime. Par conséquent, le fait d'un tiers ou un fait quelconque qui ne présente pas les caractères d'une force majeure n'est pas de nature à exclure les autres causes du dommage. De la même manière, s'il existe plusieurs causes, il en résultera autant de responsabilités, le juge n'ayant pas à choisir une cause parmi toutes celles qui apparaissent comme des causes *sine qua non* du dommage.

3. Mais la Cour de cassation écarte parfois une cause pourtant nécessaire, parce qu'elle n'est pas jugée adéquate. Cette attitude demeure très casuistique, elle intervient au cas par cas. On peut cependant tenter de systématiser cette tendance jurisprudentielle. Tout d'abord, certains arrêts considèrent, en présence de plusieurs fautes d'inégales gravité, d'exclure la responsabilité de l'auteur d'une faute très légère. C'est par exemple le cas lorsqu'un dommage est causé par une automobile volée, le vol ayant pour cause une légère négligence du propriétaire : Civ. 2^{ème}, 4 mars 1981, BC II, n°84. Ensuite, un arrêt a privilégié la prise en compte de la cause la plus proche, en écartant la cause du dommage la plus lointaine : Civ. 2^{ème}, 8 février 1989, JCP 1990 II 21544. Dans cette affaire, une personne fut gravement handicapée à la suite d'un accident. Elle décéda plusieurs années plus tard sur son lit, à la suite de l'incendie de ce lit. La faute de l'auteur de l'accident ne fut pas considéré comme une cause du dommage.

B. La preuve de la causalité

Il existe deux questions principales s'agissant de la preuve : celle de la charge de la preuve, celle des modes de preuve. Nous n'examinerons pas les modes de preuve de la causalité, puisqu'il suffit d'indiquer que la causalité se prouve par tout moyen.

S'agissant de la **charge de la preuve de la causalité**, elle incombe à la victime. Le doute sur la relation causale profite donc en principe au défendeur, lorsque la victime ne peut la démontrer.

Cette règle, qui est conforme aux principes les plus classiques du droit de la preuve, peut paraître dure pour la victime qui ne parvient pas à établir la causalité, dans la mesure où la preuve de la causalité est précisément difficile à établir, puisqu'elle est nécessairement indirecte.

C'est pourquoi la jurisprudence et la loi ont facilité la tâche de la victime, de deux manières. Tout d'abord, il est parfois prévu un allègement de la charge de la preuve (1). Ensuite, sont parfois posées des présomptions de causalité (2). Enfin, la jurisprudence a élaboré un régime spécial de la preuve lorsque le dommage est causé par un membre inconnu d'un groupe connu (3).

1. L'allègement de la charge de la preuve de la causalité

La jurisprudence a parfois allégé la charge de la preuve de la causalité qui incombe la victime. Cet allègement consiste pour le juge à se contenter de la preuve d'un fait qui rend suffisamment probable la causalité, sans l'établir avec certitude pour autant.

Elle emploie ce procédé principalement en utilisant la notion de **perte de chance**. Il faut faire attention, car la perte de chance présente une double nature :

- Elle est d'abord considérée comme un **chef de préjudice**, c'est à dire qu'elle représente un préjudice subi par la victime qui peut être indemnisé. Ce préjudice consiste dans le fait, pour la victime, d'avoir perdu une chance d'obtenir un événement favorable, ou d'éviter un événement défavorable.
- Elle est également considérée comme un **substitut de causalité**. La perte de causalité se comprend alors comme un procédé d'allègement de la preuve, où la causalité sera jugée comme suffisamment démontrée dès lors que la victime aura prouvé que l'auteur supposé du dommage lui a fait perdre une chance de l'éviter. Elle n'a donc pas prouvé qu'il a causé le dommage, mais simplement que son action a probablement favorisé sa survenance. En principe, l'indemnisation due au titre d'une perte de chance ne devrait être que partielle. Mais la Cour de cassation a parfois admis que la preuve de la perte de chance permette une indemnisation intégrale de la victime, par exemple en cas de manquement d'un chirurgien à son obligation de renseignement (Civ. 1^{ère}, 11 février 1986, JCP 1987 II 20775). Il n'est pas certain, cependant, que cette tendance jurisprudentielle qui s'est observée également dans d'autres domaines dans les années 1980 soit encore d'actualité (elle a été remise en cause en matière médicale : Civ. 1^{ère}, 7 décembre 2004, BC I n°302).

2. Les présomptions de causalité

Dans certains cas, la jurisprudence ou la loi vont jusqu'à reconnaître au bénéfice de la victime une présomption de causalité. Une telle présomption inverse la charge de la preuve, en estimant que la causalité est démontrée, et qu'il appartient au responsable supposé de démontrer qu'en réalité, une telle causalité n'existe pas.

Ces présomptions de causalité interviennent dans plusieurs domaines :

1. L'article 10 de la loi du 30 octobre 1968, en matière d'accidents nucléaires, prévoit l'établissement d'une liste d'affections présumées liées à un accident nucléaire.

2. En droit du travail, toute lésion qui survient au temps et au lieu du travail doit être considérée comme résultant d'un accident de travail : Soc. 14 décembre 1995, BC V, n°351.

3. En matière d'accidents de la circulation, la jurisprudence estime que le véhicule impliqué dans l'accident est présumé avoir causé le dommage résultant de cet accident : Civ. 2^Ème, 28 juin 1989, BC II, n°41. Nous verrons cependant que cette présomption n'est pas parfaitement acquise en droit positif aujourd'hui.

4. Nous avons déjà étudié la présomption de rôle actif (qui est une présomption de causalité) en matière de responsabilité du fait des choses, lorsque la chose est entrée en contact avec le siège du dommage alors qu'elle était en mouvement.

5. L'article 3122-2 du Code de la santé publique, issu de la loi du 31 décembre 1991 relative à l'indemnisation des personnes victimes d'une contamination par le VIH lors d'une transfusion sanguine, pose une présomption de causalité selon laquelle la responsabilité du fonds d'indemnisation est établie, du point de vue de la causalité, dès lors que la contamination par le VIH est établie par la victime (elle n'a donc pas à prouver que la contamination a eu lieu à la suite de la transfusion). La Cour de cassation a même renforcé cette présomption en considérant que, s'il est démontré que la victime a été contaminée par le VIH et qu'il n'existe aucune autre mode de contamination plausible, le centre de transfusion sanguine ne peut s'exonérer qu'en démontrant que le sang transfusé était exempt de vice.

3. Le dommage causé par le membre inconnu d'un groupe d'individus identifiés

Il peut arriver que la victime ne puisse pas identifier l'auteur du dommage qu'elle a subi. Dans ce cas, elle ne peut en principe obtenir réparation, puisqu'elle ne peut établir une causalité entre son préjudice et un quelconque responsable.

La loi supplée parfois cette impossibilité d'établir la causalité en désignant un **responsable par défaut**. Ainsi, plusieurs fonds de garantie interviennent lorsque l'auteur du dommage n'est pas connu : fonds de garantie automobile, fonds d'indemnisation des victimes d'infraction, fonds d'indemnisation des victimes d'actes terroristes par exemple. En outre, la jurisprudence a considéré, en matière de responsabilité du commettant, que l'absence d'identification du préposé n'était pas un obstacle à la responsabilité de son employeur : Civ. 2^Ème, 11 mars 1971, D.1971, somm. p.211. Il en est de même pour la responsabilité des parents : Civ. 2^Ème, 28 avril 1975, BC II, n°122.

Mais surtout, la jurisprudence a considéré que, lorsque le dommage a été causé par une personne appartenant à un groupe d'individus identifiés, mais sans pouvoir déterminer qui a causé le dommage au sein de ce groupe, la victime

pouvait demander l'indemnisation à l'ensemble des membres du groupe. Cela permet de contourner l'impossibilité de prouver la causalité dans ce genre d'affaire.

La jurisprudence a admis cette solution dans deux hypothèses :

1. Elle peut d'abord reconnaître l'existence d'une faute collective, par exemple en matière de chasse (Civ. 5 juin 1957, D. 1957, p.493), ou à l'occasion d'un jeu d'enfants (Civ. 2^Ème, 12 juillet 1971, D.1972, p.227, où les parents des différents enfants sont condamnés), ou encore dans les infractions commises en bande (Crim. 13 novembre 1975, JCP 1976, IV, p.5). Cette première solution recèle cependant une limite, dès lors que certains membres du groupe apparaissent totalement innocents.

2. Elle peut ensuite utiliser la notion de garde commune ou de garde collective en matière de responsabilité du fait des choses. Ce point a déjà été évoqué au sujet de l'étude de la notion de chose objet du dommage.

Section 2 : Les circonstances exonératoires

Il peut arriver que le responsable d'un dommage ne soit pas le seul à l'origine de ce dommage. D'autres personnes ont pu contribuer par leur faute, ou par un fait générateur de responsabilité sans faute, à ce dommage. Il est aussi possible qu'un événement extérieur au fait du responsable ait en réalité causé le dommage, par exemple une tempête ou un soulèvement populaire.

Dans ce genre d'hypothèses, le lien de causalité n'est pas aussi affirmé qu'il le paraît. Lorsque d'autres personnes ont contribué au dommage, on peut penser qu'il n'est pas juste que le responsable désigné soit le seul à indemniser la victime, puisqu'il n'est pas la seule cause de son dommage. Il serait encore moins juste de lui faire supporter l'indemnisation alors qu'il n'est pour rien dans le dommage, si un événement totalement extérieur est à l'origine de ce dommage.

C'est pour cette raison que le droit a forgé le concept de circonstance exonératoire.

On appelle **circonstance exonératoire** *l'événement qui rompt, partiellement ou totalement, le lien de causalité entre le préjudice subi par la victime et le fait générateur du dommage*. Elle a donc pour effet de **décharger, totalement ou partiellement, le responsable de sa responsabilité**.

On parle souvent, pour désigner la circonstance exonératoire, de **cause étrangère**. L'expression n'est pas équivoque : il est *a priori* cohérent d'écarter la responsabilité d'une personne, au moins partiellement, lorsque le dommage n'est pas exclusivement causé par un fait qui lui est imputable.

Il serait faux, toutefois, d'affirmer que la jurisprudence adopte une conception claire de la notion de cause étrangère ou de circonstance exonératoire. Tout particulièrement, la portée de la notion a pu varier selon les époques. Aujourd'hui, tout événement extérieur au défendeur à l'action en responsabilité n'est pas systématiquement considéré comme une circonstance exonératoire. Ainsi :

- Le fait qu'il y ait plusieurs responsables pour un même dommage ne permet pas à l'un d'entre eux de limiter l'indemnisation qu'il doit. Nous étudierons plus tard l'obligation *in solidum*, qui permet au juge de condamner au tout l'ensemble des responsables. Par conséquent, **le fait d'un tiers n'est jamais exonératoire de responsabilité, à moins qu'il ne revête les caractères d'une force majeure**.

- Le fait qu'un événement extérieur, par exemple naturel, ait partiellement contribué au dommage, n'a pas d'incidence sur l'obligation à réparer le dommage mise à la charge du responsable. En d'autres termes, la force majeure ne se conçoit que totalement exonératoire, ce qui implique que la cause de force majeure doit être la cause exclusive du dommage pour avoir un effet juridique. La force majeure n'a pas d'effet partiellement exonératoire, même si la jurisprudence a pu, à une époque, décider le contraire : v. par ex. Com. 19 juin 1951, *Lamoricière*, S.1952, 1, p.89 (un navire avait fait naufrage à la suite d'une tempête très violente, et était chargé d'un charbon de mauvaise qualité suite à une décision de l'autorité administrative – un fait du Prince –, ce qui avait conduit les juges à exonérer le transporteur de sa responsabilité du fait des choses à hauteur des 4/5ème). Cette solution est abandonnée depuis Civ. 2ème, 11 février 1970, D.1970, somm. p.95.

Il en résulte qu'il existe aujourd'hui deux circonstances exonératoires de responsabilité :

1. La faute de la victime, qui est la faute commise par la victime ayant contribué à la réalisation de son propre dommage. Cette faute a en principe un effet seulement partiellement exonératoire, mais peut être totalement exonératoire dans certains cas, si la faute est particulièrement grave.

2. La force majeure, qui est un événement naturel, humain ou encore résultant d'une décision de l'autorité publique, qui est à la fois extérieur au défendeur, et imprévisible et irrésistible pour lui. Dans cette hypothèse, dans la mesure où cet événement apparaît comme la cause exclusive du dommage, la force majeure décharge totalement le responsable supposé de sa responsabilité.

§1. La faute de la victime

La **faute de la victime** représente la *contribution fautive de la victime à la survenance de son propre dommage*.

Nous préciserons d'abord la notion de faute de la victime (A), avant d'étudier la mise en oeuvre de l'exonération résultant d'une telle faute (B).

A. La notion de faute de la victime

La faute de la victime s'apprécie comme n'importe quelle autre faute, conformément aux règles étudiées à propos des articles 1382 et 1383 du Code civil. Il peut donc s'agir d'une faute intentionnelle ou d'imprudence, ou d'une faute de commission ou d'omission.

Cette précision étant faite, il est utile de distinguer la faute de la victime de **notions voisines** :

1. **Les prédispositions de la victime** : il s'agit d'un *état de la victime antérieur au dommage qui la rend particulièrement réceptive à ce dernier*. Faut-il alors tenir compte de cet état antérieur pour diminuer l'indemnisation due ? Par exemple, si la victime est borgne et devient aveugle à la suite d'un accident, faut-il l'indemniser de la perte d'un œil, ou de la perte de la vue ? En principe, ces prédispositions n'ont pas d'incidence sur la responsabilité, ni sur l'étendue de la réparation : V; par ex. Civ. 2ème, 10 juin 1999, BC II, n°116. Mais cette question concerne également le calcul des dommages et intérêts, et nous verrons qu'à ce stade, les prédispositions de la victime peuvent jouer un rôle qui, sans être exonératoire, conduit à réduire le montant de l'indemnisation due à la victime.

2. **L'obligation de la victime de minimiser ses pertes** : il s'agit de *l'obligation pour la victime de prendre les mesures nécessaires pour éviter l'aggravation de*

son dommage après la survenance de celui-ci. Par exemple, une victime subit un accident qui la blesse gravement à une jambe. Elle refuse un traitement médical proposé par son médecin, ce qui la conduit plus tard à perdre sa jambe par amputation. Peut-on lui reprocher de n'avoir pas accepté ce traitement médical, qui aurait peut-être évité l'amputation ? Bien qu'une partie de la doctrine soit favorable à cette obligation (S. Reifergeste), la jurisprudence a récemment refusé de la consacrer : Civ. 2^{ème}, 19 juin 2003, D.2003, p.2326.

3. **La peine privée** (ou dommages et intérêts punitifs) : certains auteurs (G. Viney, S. Carval), analysent la faute de la victime comme une punition, qui va au-delà des fonctions traditionnelles de la responsabilité civile. En effet, si le fait d'un tiers n'est jamais exonératoire pour le responsable, la faute de la victime l'est pourtant, ce qui la traite plus durement alors même qu'elle a besoin de l'indemnisation espérée. Elle est alors véritablement punie de son comportement. Il faut toutefois indiquer que cette fonction punitive de la responsabilité civile n'est pas consacrée en droit positif français pour l'instant. Il s'agit donc d'une opinion purement doctrinale. Il n'en reste pas moins que la sanction de la faute de la victime peut paraître parfois très injuste, tout spécialement dans le cas où la faute de la victime décédée est opposée aux victimes par ricochet : Ass. Plén. 19 jun 1981, D.1982, p.85.

Il faut enfin préciser que **seule la faute de la victime est une circonstance exonératoire de responsabilité**. Le fait non fautif de la victime (par exemple un fait générateur de responsabilité sans faute) ne diminue jamais la responsabilité du responsable, à moins qu'il ne présente les caractères d'une force majeure. Mais c'est alors que le responsable supposé n'est pour rien dans le dommage, et il est normal qu'il ne soit pas condamné à indemniser la victime, qui doit seule supporter le dommage.

B. La mise en oeuvre de l'exonération résultant d'une faute de la victime

En pratique, la faute de la victime conduit à une réduction de l'indemnisation qui lui est due. La part de cette réduction est déterminée par le juge **en fonction de la gravité de la faute**. Il faut observer que l'appréciation effectuée par les juges du fond dans cette affaire est souveraine, c'est à dire que la Cour de cassation ne la contrôle pas, tant qu'il est indiqué dans l'arrêt qu'il a été tenu compte de la gravité de la faute.

Exceptionnellement, la faute de la victime peut être **totale** **exonératoire**, si elle apparaît particulièrement grave. C'est par exemple le cas d'une faute intentionnelle (Civ. 2^{ème}, 2 avril 1997, JCP 1997 IV, 1160) ou de provocation (Civ. 2^{ème} 4 juin 1992, RTD Civ. 1993 p.141).

Il faut enfin préciser que, dans certains cas, la faute de la victime n'a pas d'incidence sur son indemnisation :

1. Les victimes d'infraction contre les biens ne peuvent se voir reprocher leur faute, sinon cela reviendrait à faire bénéficier, du moins en partie, à l'agent de l'infraction commise : Crim 27 mars 1973, B Crim n°150. Ce principe ne s'applique que si la victime a commis une faute d'imprudence.

2. Les victimes d'accidents de la circulation ne peuvent se voir opposer leur simple faute en ce qui concerne le dommage résultant d'une atteinte à la personne. Nous en verrons le détail ultérieurement.

3. Les victimes d'une contamination transfusionnelle à la suite d'un accident sont également protégées : Civ. 2^Ème, 20 octobre 2005, BC II, n°274 (où la victime était responsable de l'accident ayant rendu nécessaire la contamination)

4.

§2. La force majeure

Nous étudierons d'abord la notion de force majeure (A), avant d'en envisager les caractères (B), puis son effet totalement exonératoire (C).

A. La notion de force majeure

La **force majeure** se définit comme l'« événement imprévisible et irrésistible qui provenant d'une cause extérieure au débiteur d'une obligation ou à l'auteur d'un dommage (force de la nature, fait d'un tiers, fait du prince) le libère de son obligation ou l'exonère de sa responsabilité » (Vocabulaire juridique Capitaneau)

Il est parfois arrivé à la Cour de cassation d'évoquer une « cause étrangère exclusive » pour qualifier une circonstance de force majeure. Le terme est en soi critiquable du point de vue de la théorie de l'équivalence des conditions, puisqu'il est, en pratique, peu probable que le dommage ne soit lié qu'à une seule cause. Il ne se comprend qu'en utilisant la théorie de la causalité adéquate : la force majeure est nécessairement le fait prépondérant qui a conduit à la survenance du dommage, et dont le rôle est si important qu'il éclipse toutes les autres causes envisageables du dommage. D'ailleurs, dans le cas contraire, il n'y aurait tout simplement pas de force majeure.

Concrètement, la force majeure peut résulter d'événements très divers :

- Des événements naturels tout d'abord, comme une tempête, un cyclone, une inondation.
- Des événements humains, comme une guerre, ou parfois, une grève.
- Le fait du Prince, qui est une décision administrative obligatoire qui s'impose aux individus, et conduit à causer le dommage, le plus souvent en les empêchant de faire ce qui est nécessaire pour l'éviter.
- Un fait d'un tiers, qu'il soit connu ou inconnu, qu'il soit générateur ou non de responsabilité civile.

B. Les caractères de la force majeure

On enseigne traditionnellement que la force majeure présente deux caractères principaux, l'imprévisibilité et l'irrésistibilité, et un caractère accessoire, l'extériorité. L'extériorité est souvent considérée comme accessoire parce qu'elle ne serait pas systématiquement exigée.

La doctrine s'oppose parfois férocement sur le sujet. Ce qui est certain, c'est que la force majeure est une cause étrangère, elle doit par conséquent être extérieure dans tous les cas. Encore faut-il savoir par rapport à quoi apprécier cette extériorité, ce qui est finalement le noeud du problème.

Un autre problème s'est plus récemment posé. La force majeure exige habituellement la preuve **cumulée** de l'imprévisibilité et de l'irrésistibilité. Toutefois, un auteur (Ph. Antonmattei) a en développant dans sa thèse une lecture renouvelée de la notion de force majeure, recentrée sur le concept d'inévitabilité.

Selon lui, la force majeure serait constituée dès lors que le dommage était inévitable pour le débiteur de l'obligation ou de la réparation, c'est à dire qu'il n'était pas en mesure d'en prévenir les conséquences. Cette opinion

exerce aujourd'hui une certaine séduction sur une partie de la doctrine (v. par ex. P. Jourdain). En d'autres termes, cette « inévitabilité » constituerait la seule véritable condition permettant de démontrer la force majeure.

Afin d'étayer sa théorie, l'auteur s'appuie sur certains arrêts rendus par la Cour de cassation, qui affirment que « *la seule irrésistibilité de l'événement caractérise la force majeure* » : Com. 1^{er} octobre 1997, BC IV n°240 ; Civ. 1^{ère}, 6 novembre 2002, BC I n°258. Par conséquent, l'irrésistibilité suffirait pour caractériser la force majeure.

Deux observations sont cependant nécessaires pour nuancer la portée de ces arrêts :

- Ces arrêts ne concernent que la responsabilité contractuelle
- D'autres arrêts, également nombreux, continuaient d'exiger l'imprévisibilité et l'irrésistibilité, notamment en matière de responsabilité délictuelle.

La controverse semble désormais close, depuis deux arrêts rendus en Assemblée Plénière : Ass. Plén. 14 avril 2006, D. 2006, p.1577, note P. Jourdain. En effet, ces arrêts affirment, l'un en responsabilité contractuelle, l'autre en responsabilité délictuelle, que dans les deux cas, il est nécessaire de démontrer à la fois l'irrésistibilité et l'imprévisibilité.

Nous envisagerons d'abord l'irrésistibilité (1), puis l'imprévisibilité (2), avant d'examiner la question de l'extériorité (3).

1. L'irrésistibilité

Le dommage est irrésistible, **dès lors que le responsable supposé n'était pas en mesure, lors de la survenance du dommage, de lutter contre cet événement.**

Il est insurmontable, même pour l'homme normalement diligent. Par exemple, le fait du Prince, c'est à dire l'intervention de l'Etat, constitue une circonstance irrésistible pour le particulier, car il ne peut s'opposer à une telle intervention. Il faut observer, à cet égard, que la jurisprudence apprécie en général très sévèrement la condition d'irrésistibilité, en n'admettant qu'un événement n'a été irrésistible qu'assez rarement. Il faut une véritable impossibilité, absolue, de lutter contre l'événement, et non une simple difficulté d'exécution ou si le fait de lutter contre l'événement se révèle onéreux (Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2001, BC I, n°216).

2. L'imprévisibilité

L'événement source du dommage est imprévisible **lorsque sa possible réalisation n'aurait pu être envisagée par une personne normalement prudente.** Par exemple, la présence d'une automobile sur une voie ferrée constitue un événement imprévisible pour l'exploitant de cette dernière. Il faut tenir compte de ce qui constitue des circonstances normales pour estimer si l'événement considéré était imprévisible ou non. Ainsi, dans une région fréquemment soumise aux tempêtes, seule une tempête plus violente qu'à l'habitude sera considérée comme imprévisible.

Contrairement à l'irrésistibilité, l'imprévisibilité est appréciée de manière un peu plus souple. Il suffit, pour caractériser la force majeure, que l'événement ait été raisonnablement imprévisible. En d'autres termes, il suffit de démontrer que la personne supposée responsable n'a commis aucune faute en n'ayant pas prévu l'événement à l'origine du dommage.

Le **moment de l'appréciation de l'imprévisibilité** diffère selon la matière concernée. En matière délictuelle, l'imprévisibilité s'apprécie au moment où le fait dommageable se produit. En matière contractuelle, elle est évaluée au moment de la formation du contrat.

3. L'extériorité

La force majeure se comprend comme un événement extérieur à l'auteur du dommage, c'est à dire hors de sa puissance. Ainsi, la survenance d'un fait naturel, tel qu'un ouragan, est par définition extérieure à toute activité humaine. Au contraire, une personne est *a priori* responsable des circonstances qu'elle peut contrôler.

Par conséquent, l'appréciation de l'extériorité conduit en principe à adopter la répartition suivante :

1. Soit l'événement dommageable n'a pas été influencé, en aucune manière, par le défendeur, et il peut être qualifié de force majeure.
2. Soit l'événement dommageable a pu être influencé par le défendeur, et il n'y aura pas force majeure. Par exemple, un fait de la victime ne peut constituer une force majeure s'il a été provoqué par le défendeur.

Si cette répartition de principe est à la fois simple à comprendre et facile à mettre en oeuvre, elle pose un problème particulier lorsque l'événement considéré ne paraît pas extérieur au défendeur, mais où une hésitation est permise.

Par exemple, une grève survient dans une entreprise qui l'empêche d'honorer une commande. S'agit-il d'un fait extérieur, dans la mesure où les salariés sont employés par l'entreprise ?

Un autre exemple suscite également quelques hésitations. Une personne cause un dommage en raison d'une maladie, par exemple en tombant inconsciente à la suite d'un arrêt cardiaque. *A priori* la maladie n'est pas extérieure à cette personne, mais il peut sembler injuste de ne pas invoquer la force majeure pour l'exonérer de sa responsabilité.

C'est cette difficulté qui conduit certains auteurs à affirmer que l'extériorité n'est pas systématiquement exigée par les tribunaux pour caractériser la force majeure. En effet, la jurisprudence a pu considérer la grève ou la maladie comme une force majeure.

En réalité, il faut considérer les raisons qui ont commandé ces décisions. En ce qui concerne l'admission de la grève comme force majeure, il semble qu'elle soit subordonnée à ce que la grève résulte d'un appel national des syndicats pour lutter contre la politique gouvernementale, et non d'une circonstance propre à l'entreprise : Civ. 1^{ère}, 24 janvier 1995, BC I, n°54, à propos d'une grève des personnels EDF. De la même manière, la Cour de cassation admet que la maladie peut constituer une circonstance de force majeure, mais surtout en matière contractuelle : Civ. 1^{ère}, 10 février 1998, D. 1998, p.539. Si la maladie est interne au défendeur, il n'en reste pas moins qu'elle ne résulte pas d'une volonté de ce dernier. Elle lui est donc extérieure, en ce sens qu'il n'a pas de maîtrise sur cette maladie. Il faut toutefois indiquer que cette solution ne vaut pas en ce qui concerne le trouble mental : Civ. 2^{ème}, 18 décembre 1964, BC II, n°836.

C. L'effet totalement exonératoire de la force majeure

La force majeure a un effet **totalement exonératoire**, c'est à dire qu'elle décharge totalement le responsable supposé de l'obligation d'indemniser la victime (ou de son obligation contractuelle, en droit des contrats).

Séance n°18

I. La réparation du dommage :

Section 1 : Le principe de réparation intégrale du dommage

Nous énoncerons d'abord le principe de réparation intégrale (§1), avant d'en préciser la valeur (§2).

§1. Enoncé du principe de réparation intégrale

Le principe de réparation intégrale représente la pierre angulaire du droit français de l'indemnisation des victimes de faits générateurs de responsabilité. Selon ce principe, **la victime doit obtenir réparation à hauteur du préjudice effectivement subi, ni plus, ni moins**, c'est à dire, selon l'expression consacrée, « tout le dommage, mais rien que le dommage ».

La règle d'équivalence du dommage et de la réparation est ancienne. Déjà, la loi du Talion prévoyait une sanction équivalente au préjudice subi, selon l'adage « *œil pour œil, dent pour dent* ». Peu à peu, du droit romain au droit de l'Ancien Régime, l'indemnisation du préjudice obéira de plus en plus à une règle de réparation intégrale de ce dommage.

Le principe de réparation intégrale **n'est pas expressément énoncé par le Code civil**. Sa positivité ne fait, cependant, aucun doute : Civ. 2^{Ème} 28 octobre 1954, JCP 1955 II, 8765 énonce que « *le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* ».

On en tire habituellement trois règles complémentaires : tout le préjudice (A), rien que le préjudice (B), une réparation adéquate (C).

A. Tout le préjudice

La réparation intégrale suppose bien évidemment l'indemnisation **de tous les chefs de préjudice**.

Il en résulte plusieurs conséquences :

1. Le juge n'a pas à prendre en compte l'éventuelle vétusté du bien qui a été détruit du fait de l'auteur du dommage : Civ. 2^{Ème}, 23 janvier 2003, JCP 2003, II, 10110. Il n'a pas plus à déduire de l'indemnisation l'éventuelle valeur résiduelle du bien endommagé : Civ. 2^{Ème}, 4 février 1982, JCP 1982, II, 19894.

2. Le juge ne peut se fonder expressément sur des barèmes ou une évaluation forfaitaire pour calculer le montant de la réparation. Cela ne signifie pas qu'il lui soit impossible de s'aider de ces barèmes, mais sa décision ne peut être expressément justifiée par la seule référence à de tels barèmes. En outre, nous verrons que le juge dispose d'un très large pouvoir d'appréciation, tout particulièrement pour le préjudice moral.

3. La victime n'est pas tenue à une quelconque obligation de minimiser son dommage; cf *supra*, Civ. 2^{Ème}, 19 juin 2003.

B. Rien que le préjudice

Si le principe de réparation intégrale implique la prise en compte de l'ensemble des préjudices subis par la victime, **il exclut de la même manière le versement d'une somme d'argent qui ne correspondrait à aucun préjudice.**

On rappellera à cet égard que la responsabilité civile, malgré le souhait d'une certaine partie de la doctrine, ne remplit aucune fonction punitive : **il n'est donc pas possible de prononcer des dommages et intérêts punitifs.**

Il en résulte surtout **une interdiction du cumul des réparations.** La victime ne peut en effet percevoir les sommes allouées par le juge et les sommes allouées par d'autres organismes, au titre de la réparation du même dommage. Par exemple, si une victime perçoit certaines sommes de la Sécurité sociale notamment pour le remboursement des soins octroyés, il conviendra de déduire ces sommes de la réparation prononcée par le juge, la Sécurité sociale étant subrogée dans les droits de la victime pour récupérer directement ces sommes contre le responsable.

Enfin, il résulte de cette règle que la **victime ne peut imposer au responsable la remise en état de la chose endommagée par le responsable, si cette remise en état est plus coûteuse que le remplacement de cette chose** : Civ. 2^{ème}, 18 janvier 1973, JCP 1973, II, 17545.

C. L'adéquation de la réparation au dommage

Certains auteurs (Ph. Le Tourneau) ont tiré du principe de réparation une troisième règle, qui consisterait dans **l'adéquation de la réparation du dommage.** En effet, il n'est guère contestable que la victime recherche, dans la mesure du possible, la meilleure réparation possible, c'est à dire la réparation la plus adéquate.

Cette troisième règle **n'est pas consacrée en droit positif.** On en retrouvera des indices à la fois au sujet de l'évaluation du dommage, et surtout de la forme de la réparation, mais sans que cette recherche de l'adéquation de la réparation soit systématique.

§2. Valeur du principe de réparation intégrale

Quelle est la valeur normative du principe de réparation intégrale ?

La réponse n'est guère évidente car le principe de réparation intégrale n'est consacré par aucun texte, mais seulement énoncé par la jurisprudence. En outre, plusieurs textes législatifs prévoient un plafonnement de l'indemnisation offerte à la victime, par exemple lorsque le dommage est subi à l'occasion d'un accident d'aéronef. On a pu alors croire que le principe était seulement de nature jurisprudentielle, et qu'il pouvait y être dérogé par le législateur assez facilement.

Pourtant, plusieurs décisions rendues par le Conseil constitutionnel ont pu susciter une interrogation sur une éventuelle valeur constitutionnelle du principe de réparation intégrale.

La question fut d'abord soulevée à l'occasion de l'examen, par le Conseil Constitutionnel, de la constitutionnalité d'une loi qui supprimait le droit à réparation des victimes lorsque leur préjudice résultait de certains actes de grève (Cons. Constit 22 octobre 1982, D.1983, p.189). En application du principe d'égalité des

citoyens devant la loi, la juridiction constitutionnelle invalida les dispositions attaquées puisqu'elles privaient certaines victimes de la possibilité d'obtenir réparation. Bien que la décision rendue ne visât pas expressément le principe de réparation intégrale, on a pu légitimement s'interroger sur la place exacte du principe de réparation intégrale au sein de la hiérarchie des normes.

Deux nouvelles décisions du Conseil Constitutionnel devaient relancer le débat, et le clarifier. Tout d'abord, une décision du 13 décembre 1985 (Cons. Constit 13 décembre 1985, D.1986, p.345) a censuré une disposition législative qui limitait la réparation offerte aux victimes d'un ouvrage public, dans le cadre spécifique de l'installation et de l'exploitation sur les propriétés bâties de moyens de diffusion par voie hertzienne afin d'améliorer la communication audiovisuelle. Le principe d'égalité devant les charges publiques interdisait, selon le Conseil Constitutionnel, « *d'exclure du droit à réparation un élément quelconque du préjudice indemnisable résultant des travaux ou de l'ouvrage public* ». A priori, la décision rattache au principe d'égalité devant les charges publiques le principe de réparation intégrale, qui prévoit l'indemnisation de la victime pour tous les préjudices subis. Toutefois, la solution retenue en l'espèce concerne l'hypothèse particulière des dommages de travaux publics, dont l'indemnisation repose traditionnellement sur ce principe d'égalité devant les charges publiques. La généralisation de la solution peut donc paraître hasardeuse.

En outre, une décision du 9 novembre 1999 (Cons. Constit. JCP 2000, I, 280) semble définitivement réfuter l'hypothèse d'une valeur constitutionnelle du principe de réparation intégrale. Invité à examiner la constitutionnalité de la loi relative au pacte civil de solidarité, le Conseil Constitutionnel a indiqué que « *la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre une exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Il est certes possible d'interpréter cette formule dans un sens favorable à la valeur constitutionnelle du principe de réparation intégrale. Toutefois, le Conseil Constitutionnel ne précise pas expressément la mesure de la réparation, et se contente, semble-t-il, d'interdire la suppression totale de la réparation en présence d'un acte dommageable imputable à faute à son auteur, ce qui n'est pas nouveau.

Enfin, le droit européen ne consacre pas plus le principe de réparation intégrale, car il autorise de limiter la réparation due à une personne (cf CEDH, sur l'affaire Perruche).

Section 2 : L'évaluation de la réparation

L'évaluation de la réparation concerne plus particulièrement la réparation par équivalent, c'est à dire consistant dans l'octroi de dommages et intérêts, dont nous verrons qu'il s'agit de la forme la plus répandue de réparation en responsabilité civile.

La Cour de cassation laisse une grande liberté aux juges du fond dans l'appréciation du montant de la réparation, puisqu'elle reconnaît le caractère souverain de cette appréciation (§1). Elle a cependant précisé le cadre dans lequel devait s'effectuer l'évaluation du préjudice, à la fois concernant la date d'évaluation (§2) et concernant la consistance du préjudice (§3).

§1. Le caractère souverain de l'évaluation du préjudice

Le préjudice doit être apprécié *in concreto* à la fois pour son existence et pour son évaluation. Cela signifie que le juge doit prendre en compte les conséquences du fait dommageable pour la victime considérée, et non pas les conséquences qu'on peut habituellement tirer d'un tel fait dommageable. Nous verrons que cette appréciation *in concreto* du préjudice a une influence majeure sur la détermination de sa consistance.

La conséquence la plus directe de cette appréciation *in concreto* est la reconnaissance d'une **appréciation souveraine du préjudice par les juges du fond** : Civ. 3^{ème}, 6 février 2002, BC III, n°34.

Cette souveraineté reconnue au juge du fond est très étendue, et confine à la discrétion pure et simple, puisque la Cour de cassation exerce un **contrôle minimal** sur l'évaluation du préjudice par le juge du fond. En effet, elle n'impose pas au juge d'entrer dans le détail des préjudices indemnisés, et l'autorise à faire une évaluation globale des préjudices. Paradoxalement, la Cour de cassation censure plus facilement les décisions trop précises que celles qui ne le sont pas. Par exemple, elle condamne la référence explicite d'un jugement à un barème quelconque, alors qu'elle n'objectera rien si le juge s'appuie sur un tel barème, mais n'en dit rien.

§2. La date d'évaluation du préjudice

En principe, **on évalue le préjudice au jour le plus proche de la décision judiciaire qui évalue l'indemnité** : Req. 24 mars 1942, DA 1942, p.118.

Cette solution peut paraître étonnante, dans la mesure où il aurait semblé plus logique de retenir la date de survenance du préjudice comme date d'évaluation. Mais une telle solution aurait conduit à ne pas tenir compte d'une éventuelle évolution du dommage, et tout particulièrement d'une aggravation de ce dommage ou de l'apparition de nouveaux dommages.

En outre, la solution adoptée est d'autant meilleure qu'elle permet d'éviter les effets pervers du nominalisme monétaire, en évitant la dépréciation monétaire. La dette de responsabilité civile est donc une dette de valeur.

Il faut enfin préciser que, si la décision des premiers juges est frappée d'appel, le juge d'appel devra évaluer le préjudice au jour où il statue.

Il existe plusieurs exceptions à cette règle d'évaluation du dommage au jour du jugement :

1. Dans le cas d'un dommage à un bien, si la victime décide de remplacer immédiatement le bien, elle ne pourra prétendre qu'au remboursement de la somme décaissée au moment du rachat, sans réévaluation le cas échéant : Civ. 2^{ème}, 27 juin 1984, D.1985, p.321.

2. Dans le cas d'un dommage économique subi pendant la période d'incapacité temporaire, le juge doit prendre en compte les salaires nets non perçus durant la période d'incapacité, sans possibilité de réévaluation : Civ. 2^{ème}, 8 juillet 1992, JCP 1992, I, 3625.

3. Lorsque l'évaluation des conséquences d'une atteinte corporelle n'est pas possible au jour du jugement, le juge peut surseoir à statuer jusqu'à consolidation de l'état de la victime tout en lui octroyant une provision. La date d'appréciation est alors postérieure au jugement qui statue sur la responsabilité.

§3. La consistance du préjudice

En principe, le juge doit prendre en compte la totalité du dommage. Cette directive ne fait pas en principe difficulté, dès lors que la victime était initialement en bonne santé, et dès lors que son état est consolidé au jour du jugement, c'est à dire que le préjudice n'évoluera plus dans le temps.

Il peut cependant arriver que le préjudice change de consistance compte tenu de certains événements.

A. Les prédispositions de la victime

Parfois, **on peut se demander si le juge ne doit pas diminuer l'indemnisation lorsque le préjudice résulte de la conjugaison du fait dommageable et d'un état de fragilité antérieur de la victime.** C'est ce qu'on appelle les **prédispositions de la victime.**

Les prédispositions de la victime peuvent être définies comme *l'état de fragilité ou de faiblesse de la victime, antérieur au dommage, qui a aggravé les conséquences du préjudice résultant du fait dommageable.*

La jurisprudence adopte une position nuancée à ce sujet :

1. En principe, **il n'est tenu aucun compte des prédispositions de la victime.** Cette règle s'impose dans deux hypothèses. D'une part, le juge doit prononcer une indemnisation totale si le dommage a révélé une cause supplémentaire de préjudice, auparavant latente chez la victime. La solution est parfaitement justifiée, puisque le préjudice qui apparaît est nouveau. D'autre part, le juge doit également indemniser totalement le préjudice qui résulte d'une aggravation de l'état antérieur de la victime, mais qui change totalement de nature par rapport à cet état antérieur. C'est par exemple le cas du borgne qui devient aveugle.
2. Toutefois, le juge doit prendre en compte l'existence d'un handicap préexistant pour évaluer le dommage qui aggrave ce handicap, mais sans en changer la nature. La frontière liée au changement de nature de préjudice est parfois difficile à évaluer.

B. L'aggravation du dommage après le prononcé de la condamnation

En outre, il faut examiner ce que le juge doit faire lorsqu'il est confronté à l'aggravation du dommage après le prononcé de la décision d'indemnisation.

Il ne s'agit pas ici du problème de l'apparition de nouveaux dommages ou de l'absence initiale de prise en compte d'un dommage, qui peuvent toujours être indemnisés ultérieurement.

La difficulté réside ici dans une aggravation d'un dommage réparé par le jugement, qui n'a pas été anticipée. La jurisprudence décide qu'il est possible de saisir à nouveau le juge pour prendre en compte une telle aggravation, tant qu'elle ne représente pas un simple prétexte pour remettre en cause l'évaluation du préjudice initialement faite par le juge : Civ. 2^Ème 15 novembre 2001, BC II n°167 (pour un dommage qui se manifeste des années plus tard que le dommage initial). En revanche, la Cour de cassation ne paraît pas favorable à une révision à la baisse de l'indemnisation : Req. 30 décembre 1946, JCP 1947 II 3500. La solution n'est pas évidente, et représente une faveur pour la victime, mais aussi, par voie de conséquence, une sanction pour l'auteur du dommage.

II. Les rapports entre responsabilités civile et pénale

La **responsabilité pénale** est constituée de *l'ensemble des règles ayant pour objet la répression des comportements jugés antisociaux par la loi*.

Historiquement, nous verrons que la responsabilité civile et la responsabilité pénale étaient à l'origine confondues, et ne seront véritablement séparées, du moins conceptuellement, qu'à la période de l'Ancien Régime.

Aujourd'hui, la distinction paraît *a priori* claires :

- La responsabilité pénale n'intervient qu'aux fins de sanction d'une infraction pénale. Cette sanction ne peut intervenir qu'à la condition que la loi pénale définisse clairement l'infraction sanctionnée.
- La responsabilité civile peut intervenir dans n'importe quelle hypothèse, et non seulement dans celles prévues expressément par la loi. On parle de principe général de responsabilité civile. Son objectif est la réparation du préjudice subi par la victime.

La confusion initiale entre les deux responsabilités a laissé subsister des liens puissants entre elles, bien qu'elles poursuivent des objectifs différents.

En outre, et plus important, l'infraction pénale est souvent source de responsabilité civile, car elle cause un préjudice à la personne qui en est victime. Ainsi, la personne volée subit un préjudice matérielle, la personne blessée subit un préjudice corporel.

Il en résulte **deux conséquences principales** :

1. La victime peut demander réparation de son préjudice, au titre de la responsabilité civile, lors de l'instance pénale menée par le ministère public contre l'auteur de l'infraction. Nous envisagerons ces règles particulières lors de l'étude de l'action en responsabilité (Titre II de la première partie).
2. Dans la mesure où les deux responsabilités peuvent intervenir pour une même affaire, le droit positif a instauré une hiérarchie entre elles, faisant prévaloir la responsabilité pénale : **c'est le principe de primauté du criminel sur le civil**. Ce principe a pour corollaire ce qu'on appelle **l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil**, qui signifie **que le juge civil a l'obligation de respecter la décision rendue par le juge pénal**. Du point de vue de la responsabilité civile se pose plus particulièrement la question de **l'identité des fautes civile et pénale** : les constatations faites par le juge pénal s'impose en principe au juge civil. Nous étudierons d'abord le champ d'application de cette règle d'identité (1), avant d'en envisager les effets (2).

1. Le champ d'application de la règle de l'identité des fautes civile et pénale

Une décision pénale n'a autorité de la chose jugée sur le civil qu'à trois conditions :

1. Elle émane d'une juridiction de jugement (ce qui exclut les ordonnances du juge d'instruction par exemple).
2. Elle concerne l'action publique. En conséquence, si le juge pénal a statué sur les intérêts civils, et que la victime saisit ensuite le juge civil, par exemple pour attirer une personne qui n'était pas devant le juge pénal, la première décision rendue au pénal concernant les intérêts civils ne s'impose pas au juge civil.

3. Elle est irrévocable (aucun recours n'est plus possible)

En outre, **seules certaines constatations ont autorité de la chose jugée sur le civil** :

1. La constatation doit être **nécessaire** à la décision rendue au pénal : elle doit donc se rapporter aux éléments constitutifs de l'infraction. Ainsi, l'existence d'un lien de causalité entre l'infraction et le dommage, ou encore le constat de la culpabilité de l'auteur de l'infraction s'imposent au juge civil. En revanche, il ne sera pas lié par les constatations qui n'ont pas de rapport direct avec l'infraction, comme par exemple les considérations relatives au préjudice ou à l'existence d'une force majeure.

2. La constatation doit être également **certaine** : cette exigence ne doit pas être mal comprise. Elle s'entend seulement d'une constatation dont on est sûr que le juge pénal l'a énoncé. En revanche, si le juge relaxe l'auteur de l'infraction en raison de l'adage *In dubio pro reo* (le doute profite à l'accusé), ce doute s'impose au juge civil.

2. Les effets de la règle d'identité des fautes civile et pénale

a. Le juge pénal a déclaré la personne mise en examen coupable

Il s'agit de l'hypothèse la plus simple. En ce cas, la décision du juge a une **autorité absolue de la chose jugée**. Le juge civil devra donc reconnaître la responsabilité de l'auteur de l'infraction à l'égard de la victime, et octroyer à cette dernière une réparation.

b. Le juge pénal n'a pas déclaré la personne mise en examen coupable

En toute logique, la règle d'identité des fautes civile et pénale devrait conduire le juge civil, en cas d'acquittal ou de relaxe de l'auteur du dommage, à nier sa responsabilité civile à l'égard de la victime.

Une telle affirmation serait pourtant excessive, puisque l'absence de responsabilité pénale n'implique pas nécessairement l'absence de responsabilité civile, et cela à deux égards.

1° Le juge civil peut condamner l'auteur du dommage sur le fondement d'une responsabilité sans faute. Si le juge pénal a constaté l'absence de faute de l'auteur du dommage, il existe différents régimes de responsabilité civile qui ne requièrent pas la preuve d'une faute pour être mis en oeuvre, comme nous le verrons ultérieurement. Cela dit, les constatations faites au pénal peuvent, le cas échéant, faire obstacle à l'indemnisation (par exemple, si le juge pénal constate l'absence de lien de causalité).

2° Le juge civil peut condamner l'auteur du dommage sur le fondement d'une faute civile distincte de la faute pénale niée par le juge pénal. Si le juge pénal rejette l'existence d'une faute pénale intentionnelle, le juge civil peut tout à fait relever l'existence d'un quasi-délit (c'est à dire une faute d'imprudence, qui est non intentionnelle).

3° Le juge civil peut parfois condamner l'auteur du dommage pour faute civile, lorsqu'il a été relaxé du chef d'une faute pénale d'imprudence. Cette solution résulte de l'article 4-1 du Code de procédure pénale. Avant une loi du 10 juillet 2000, la négation de la faute pénale d'imprudence par le juge pénal imposait

au juge civil de rejeter l'action en responsabilité de la victime. Depuis cette loi, le rejet de la responsabilité pénale pour faute d'imprudence (article 121-3 CP) n'empêche pas le juge civil de retenir la responsabilité de l'agent de l'infraction sur le fondement de l'article 1383 du Code civil.

III. Responsabilité civile et responsabilité contractuelle

La **responsabilité contractuelle** regroupe *l'ensemble des règles qui permettent la réparation du préjudice subi par un cocontractant, du fait de l'inexécution de son obligation par son partenaire contractuel.*

La responsabilité contractuelle est une responsabilité de nature civile, ce qui explique que certains auteurs l'incorporent dans la responsabilité civile, qui incluerait donc la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. D'autres auteurs contestent une telle approche, car le concept même de responsabilité contractuelle serait erroné. Il ne sera pas ici entré dans le détail de cette critique doctrinale, très intéressante, mais qui dépasse l'objet du présent court. Pour les personnes intéressées, cf. : Ph Rémy, *La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept*, RTD Civ. 1997, p.323. V. également la réponse de G. Viney, *La responsabilité contractuelle en question*, Mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2001, p.921.

La distinction entre ces deux responsabilités tient à l'existence ou non d'un contrat liant l'auteur du dommage et la victime.

Si un contrat existe, et à certaines conditions, c'est la responsabilité contractuelle qui doit s'appliquer, à l'exclusion de la responsabilité délictuelle : c'est ce qu'on appelle le principe de non cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle

Selon ce principe, si les conditions d'application de la responsabilité contractuelle sont réunies, ce régime de responsabilité est exclusif de l'application du régime de responsabilité délictuelle.

Observation préliminaire : le terme de « non cumul » n'est guère approprié, car il laisse entendre que les deux régimes ne peuvent s'appliquer ensemble à de mêmes faits, ce qui n'est pas tout à fait exact (cf 2). Il vaudrait mieux parler de « non option », c'est à dire que la victime n'a pas le choix du régime de responsabilité à invoquer, si les conditions de la responsabilité contractuelle sont réunies.

a. les conditions de la responsabilité contractuelle

En principe, trois conditions sont nécessaires pour que la responsabilité contractuelle soit applicable :

1. Existence d'un contrat valable. Il sera fait renvoi au cours de droit des contrats, au 1^{er} semestre, à ce sujet. On rappellera simplement, par exemple, qu'un contrat nul ne peut fonder une responsabilité contractuelle. Ou encore, que l'accomplissement d'un acte bénévole n'est pas source de responsabilité contractuelle, si l'auteur de cet acte cause un préjudice à la personne secourue.
2. Inexécution d'une obligation née du contrat. Il peut s'agir d'une obligation principale (par exemple une obligation de soin, dans le contrat médical), ou d'une obligation accessoire, qu'elle résulte du contrat (une obligation de livraison dans le

contrat de vente) ou qu'elle y soit rattachée par le juge (cf article 1135 du Code civil, obligation de sécurité ou d'information).

3. Imputabilité du dommage à l'inexécution du contrat, c'est à dire existence d'une relation contractuelle entre l'auteur du dommage et la victime. L'affirmation peut sembler évidente, mais la jurisprudence admet parfois le jeu de la responsabilité contractuelle alors même qu'il n'y a pas de lien entre la victime et l'auteur du dommage. C'est par exemple le cas en application de la stipulation pour autrui (qui offre une véritable option à la victime), ou de la jurisprudence relative aux chaînes de contrats translatives de propriété (où seule la responsabilité contractuelle s'applique, alors même qu'aucun contrat ne lie victime et auteur du dommage)

Il existe quelques **exceptions**, où seule la responsabilité délictuelle est envisageable, malgré l'existence d'un contrat :

1. **La faute dolosive** : elle supprimerait la protection offerte par le contrat. Toutefois, il semble que cette exception soit aujourd'hui abandonnée : Civ.3ème 2 juillet 1975, Bull. Civ. III, n°233 (mais G. Viney est moins affirmative sur la disparition de cette exception)

2. **L'inexécution contractuelle pénalement réprimée** (les tribunaux répressifs n'applique en effet que la responsabilité délictuelle lorsque la victime leur réclame réparation, sauf article 470-1 du CPP en cas de relaxe pénale).

b. mise en oeuvre du principe de non-cumul

La mise en oeuvre du principe du non cumul, dont on rappellera qu'il est quasiment, comme d'autres choses, une exception française, est complexe. Il faut distinguer selon différents cas de figure :

1. **Le demandeur s'est exclusivement placé sur le terrain de la responsabilité délictuelle** : le défendeur peut alors invoquer la règle du non-cumul. S'il le fait, le juge est obligé d'en tenir compte. S'il ne le fait pas, en principe le juge peut invoquer la règle du non-cumul, mais n'est pas obligé de le faire (article 12 NCPC).

2. **Le demandeur s'est exclusivement placé sur le terrain de la responsabilité contractuelle** : hésitation sur le fait de savoir si le juge doit appliquer la responsabilité délictuelle, si la responsabilité contractuelle n'est pas en principe applicable. Mais il peut le faire.

3. **Le demandeur s'est placé sur les deux terrains** : au juge de choisir. Il ne peut se réfugier derrière cette confusion de fondements pour refuser de statuer.

2. La question de l'unité des fautes délictuelle et contractuelle

Lorsqu'un contrat n'est pas correctement exécuté, il en résulte souvent un préjudice pour le créancier qui n'obtient pas satisfaction. Par exemple, un contrat d'entreprise prévoit la construction d'un centre commercial qui n'est pas livré à temps. Le retard dans la construction implique pour le maître de l'ouvrage, c'est à dire celui pour lequel la construction est effectuée, un manque à gagner correspondant aux loyers commerciaux qu'il ne percevra pas avant l'ouverture du centre commercial.

Mais il peut arriver que l'inexécution du contrat cause un préjudice à un tiers au contrat.

C'est par exemple le cas

- lorsqu'un défaut de construction d'une maison cause un dommage à un tiers au contrat de construction (par exemple, si le dommage résulte d'une chute d'une pierre sur un passant)
- lorsqu'une prestation de service défectueuse cause un dommage à un tiers : par exemple, le manquement d'un professionnel de l'immobilier à son obligation d'information à l'égard de son client peut également causer un préjudice à l'autre partie à la négociation immobilière.

Dans cette hypothèse, on peut s'interroger sur ce que doit prouver le tiers victime de l'inexécution d'une obligation contractuelle.

On sait que l'article 1165 du Code civil, qui pose le principe de l'effet relatif des conventions, interdit d'obliger un tiers au contrat, puisqu'il n'y a pas consenti. De la même manière, un tiers ne peut en principe se prévaloir d'une obligation au contrat, puisqu'il n'est pas créancier au titre de ce contrat.

Par conséquent, il semblerait logique d'appliquer la responsabilité délictuelle, en application du principe du non-cumul, et de requérir du tiers qu'il démontre une faute délictuelle, au sens de l'article 1382 du Code civil.

Mais on sait que si un tiers n'est pas partie au contrat, en vertu du principe de l'effet relatif des conventions, il peut tout de même se prévaloir du contrat, et donc d'une éventuelle inexécution de ce contrat, comme un fait. C'est ce qu'on appelle l'opposabilité du contrat.

La question est alors la suivante : un tiers peut-il se prévaloir d'une faute contractuelle pour démontrer une faute délictuelle lui permettant d'obtenir réparation de son préjudice propre ? Plus clairement encore, la démonstration de la faute contractuelle suffit-elle à établir la faute délictuelle ?

La Cour de cassation a longtemps hésité sur cette question, certaines chambres prônant une assimilation des fautes contractuelle et délictuelle lorsqu'il en résulte un préjudice pour un tiers : Civ. 1^{ère}, 18 juillet 2000, Bull. Civ. I, n°221, JCP 2000, II, 10415 ; Civ. 1^{ère}, 13 décembre 2001, RTD Civ. 2001, p.367, obs. P. Jourdain. D'autres chambres, comme la chambre commerciale, s'opposait à une telle assimilation : Com. 17 juin 1997, RTDCiv. 1998, p.113, obs. P. Jourdain.

Ce conflit entre chambres fut finalement tranché en assemblée plénière : Ass. Plén. 6 octobre 2006, BC AP n°9, D.2006, p.2825, note G. Viney ; RTD Civ. 2007, p.123, obs. Jourdain.

Dans cette affaire, un immeuble avait été donné à bail commercial à une société qui avait confié la location gérance de son fonds de commerce à un tiers. Ce dernier a imputé au bailleur un défaut d'entretien des locaux, et l'a assigné en réparation du préjudice subi du fait de ce défaut d'entretien. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé par le bailleur, condamné en appel, au motif que :

« le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage. »

La Cour de cassation consacre donc un **principe d'identité des fautes délictuelle et contractuelle**, qui n'est pas sans susciter plusieurs critiques [cf. obs de P. Jourdain].

IV. L'action de groupe

Nous avons déjà vu que, à des conditions assez restrictives, la loi a conféré à certaines personnes morales le droit d'agir en responsabilité pour obtenir la réparation d'un préjudice dit collectif (par exemple les syndicats professionnels, les associations de défense des consommateurs ou encore un ordre professionnel).

Pour l'heure, il n'est cependant pas reconnu le droit d'agir pour obtenir la réparation d'un préjudice individuel mais dans un cadre collectif, ce qu'on appelle l'action de groupe, même la loi admet pour certaines personnes morales le droit d'agir au nom de personnes les ayant mandaté pour cela.

L'action de groupe présente un intérêt pour obtenir la réparation de micro-dommages, lesquels ne donneraient sans doute pas lieu à indemnisation car les victimes n'agiraient pas en justice.

La Cour de cassation a tenté de pallier l'absence d'action de groupe en élargissant parfois la notion d'intérêt collectif (affaire Free : Civ. 1^{ère}, 13 novembre 2008, n°07.15.000).

Une proposition de loi avait été déposée pour reconnaître l'action de groupe et, selon toute vraisemblance, un nouveau texte devrait être proposé par la chancellerie assez prochainement.