

N°s 303422 et 304214
M. L... et Consorts G...

SECTION

Séance du 25 mai 2007

Lecture du 4 juin 2007

CONCLUSIONS

M. Luc DEREPAS, commissaire du gouvernement

« Il paraît difficile de sortir par la voie prétorienne d'une situation juridique qui n'est pas satisfaisante. On peut seulement émettre le souhait que le législateur se ressaisisse de cette question ». Ainsi notre collègue Didier Chauvaux résumait-il son sentiment devant votre formation de jugement dans ses conclusions sur la décision M. S... du 01/07/05, n° 234403, au Recueil, à propos de l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale relatif au recours des caisses de sécurité sociale contre les auteurs des dommages causés aux assurés sociaux. Il a été entendu puisqu'il vous est demandé aujourd'hui de statuer sur les modalités nouvelles de recours des caisses organisées par l'article 25 de la loi du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale, qui a modifié notamment l'article L. 376-1 que nous venons de mentionner.

Vous êtes plus particulièrement saisis de deux demandes d'avis fondées sur l'article L. 113-1 du code de justice administrative et transmises pour l'une par le tribunal administratif de Grenoble et pour l'autre par la cour administrative d'appel de Versailles. Ces demandes comportent trois questions relatives à l'application de la nouvelle loi dans le temps, à la date de son entrée en vigueur et à l'interprétation des critères nouveaux qu'elle pose.

L'article L. 113-1 soumet la procédure de demande d'avis à trois conditions. En premier lieu, elle doit poser une question de droit nouvelle : cette condition est ici satisfaite puisque sont en cause les dispositions récentes de la loi du 21 décembre 2006. En deuxième lieu, la question soulevée doit présenter une difficulté sérieuse : vous constaterez à travers la suite de nos développements que tel est le cas. En troisième lieu, la question soumise doit se poser dans de nombreux litiges, et cela est manifestement le cas s'agissant de dispositions relatives à l'indemnisation des victimes et au droit au recours des caisses, qui donnent lieu chaque année à de très nombreux contentieux devant les juridictions administratives et judiciaires.

L'un des requérants devant le tribunal administratif de Grenoble, la commune de La Clusaz, vous demande de censurer le jugement par lequel ce tribunal vous a saisis et de lui renvoyer l'affaire, car il reproche à ce tribunal de ne pas l'avoir convoqué à l'audience à

l'issue de laquelle a été prononcée la demande d'avis. De telles conclusions sont irrecevables, car l'article L. 113-1 indique expressément que les décisions renvoyant une demande d'avis

au Conseil d'Etat sont « insusceptibles de recours », ce dont vous avez d'ailleurs inféré qu'elles avaient la nature non de jugements mais de « mesure d'administration de la justice » (06/07/00, Clinique chirurgicale du Coudon, n° 199324, au Recueil).

Afin de situer le cadre des questions posées, nous devons, avant de les aborder, vous entretenir dans un premier temps de la situation juridique qui prévalait avant l'intervention des dispositions de la loi du 21 décembre 2006.

*

Comment organiser la situation dans laquelle, après que la victime d'un dommage a bénéficié de prestations de sécurité sociale qui ont réparé en tout ou partie ce dommage, la caisse qui a versé les prestations entend se retourner contre le tiers responsable du dommage ? Cette situation aurait pu se trouver réglée par application des règles de droit commun de la subrogation civile : en vertu des articles 1249 et suivants du code civil, la caisse, en réparant le préjudice causé à la victime, se serait trouvée subrogée dans les droits de celle-ci à due concurrence du montant de réparation accordée ; elle aurait pu alors se retourner contre l'auteur du dommage pour récupérer sa créance.

Mais l'application du régime civiliste de la subrogation a pour conséquence que le subrogé ne peut faire valoir sa créance auprès du tiers responsable que dans la limite des droits du subrogeant. Il en résulte deux conséquences principales : d'une part, le subrogé ne peut récupérer les sommes versées au titre d'un préjudice que dans la limite de l'indemnité mise à la charge du tiers responsable pour ce préjudice. D'autre part, en cas de partage de responsabilité entre la victime et l'auteur du dommage, le subrogé ne peut récupérer sa créance que dans la limite des droits de la victime, ce qui entraîne notamment qu'un partage éventuel de responsabilité lui est opposable : si p. ex. la victime et l'auteur du dommage sont responsables du dommage par moitié, le subrogé qui a réparé intégralement un chef de préjudice ne pourra récupérer sur le responsable que la moitié de l'indemnité qu'il a versée (ex. S., 13/10/72, Caisse régionale de réassurances mutuelles agricoles de l'Est et Société mutuelle d'assurances l'auxiliaire, n°s 82202 82203, p. 635 ; 07/02/79, Société entreprise électrique, n° 94563, aux tables).

Comme le montre très bien l'article publié par Mme Questiaux sur ces questions à l'AJDA 1962, p. 1, les auteurs du droit moderne de la sécurité sociale ont estimé que ces principes étaient incompatibles avec l'architecture du nouveau système créé en 1945-1946. D'une part, la généralisation de la sécurité sociale impliquait que les prestations soient calculées de façon uniforme pour tous les assurés ; il en résultait potentiellement un découplage entre le montant des prestations et la valeur des préjudices réparés par ces prestations. Cette situation se présente aujourd'hui notamment dans le cas des rentes d'invalidité, dont le montant peut être supérieur au préjudice qu'elles réparent. Dans cette situation, la limitation de l'action subrogatoire au montant du préjudice effectif aurait systématiquement contraint la caisse à récupérer sur le tiers responsable une somme inférieure au montant des prestations. D'autre part, si la survenue du dommage déclenche le versement des prestations, leur cause juridique

n'est pas ce dommage, mais le droit ouvert à l'assuré par la législation de sécurité sociale. Par suite, lorsqu'il y a partage de responsabilité entre la victime et le tiers responsable, ce partage est sans influence sur les droits à prestation : une victime qui est responsable de son dommage à 50% n'en a pas moins droit à 100% des prestations de sécurité sociale. Or si les caisses avaient dû agir dans le cadre de la subrogation civiliste classique, le partage de responsabilité leur aurait été opposable, et elles n'auraient jamais pu récupérer la part de prestation correspondant au pourcentage de responsabilité de l'assuré.

Pour éviter ces situations, les créateurs du système d'assurance sociale ont imaginé un dispositif dont les fondements ont été pour l'essentiel maintenus jusqu'à la loi du 21 décembre 2006. Ce dispositif est issu, pour l'assurance maladie, de l'ordonnance du 19 octobre 1945. Les textes ont été codifiés et modifiés à plusieurs reprises, et ils figurent aujourd'hui aux articles L. 376-1 et suivants du code de la sécurité sociale. Ils visent à régler les deux cas dans lesquels la caisse et la victime sont en concurrence pour récupérer une indemnité : celui dans lequel le montant de la prestation est supérieur au montant du préjudice ; et celui dans lequel, la victime ayant une part de responsabilité dans le dommage, l'indemnité mise à la charge du tiers responsable est inférieure au montant du préjudice.

Dans sa rédaction en vigueur avant la loi du 21 décembre 2006, les trois premiers alinéas de l'article L. 376-1 se lisaient comme suit : « Lorsque, sans entrer dans les cas régis par les dispositions législatives applicables aux accidents du travail, la lésion dont l'assuré social ou son ayant droit est atteint est imputable à un tiers, l'assuré ou ses ayants droit conserve contre l'auteur de l'accident le droit de demander la réparation du préjudice causé, conformément aux règles du droit commun, dans la mesure où ce préjudice n'est pas réparé par application du présent livre. / Les caisses de sécurité sociale sont tenues de servir à l'assuré ou à ses ayants droit les prestations prévues par le présent livre, sauf recours de leur part contre l'auteur responsable de l'accident dans les conditions ci-après. / Si la responsabilité du tiers est entière ou si elle est partagée avec la victime, la caisse est admise à poursuivre le remboursement des prestations mises à sa charge à due concurrence de la part d'indemnité mise à la charge du tiers qui répare l'atteinte à l'intégrité physique de la victime, à l'exclusion de la part d'indemnité, de caractère personnel, correspondant aux souffrances physiques ou morales par elle endurées et au préjudice esthétique et d'agrément. De même, en cas d'accident suivi de mort, la part d'indemnité correspondant au préjudice moral des ayants droit leur demeure acquise. »

Ces dispositions ont été précisées par les jurisprudences judiciaire et administrative, qui leur ont donné leur plein effet. Il s'en dégage trois principes. Le premier, contenu dans les termes « la caisse est admise à poursuivre le remboursement des sommes mises à sa charge », est que la caisse a priorité sur la victime pour la récupération de sa créance (ex. 01/07/59, Caisse régionale de sécurité sociale de Normandie et sieur Véret, p. 418 ; 08/04/61, secrétaire d'Etat aux PTT c/ C..., p. 227). La seule limite à ce recouvrement est le montant de l'indemnité mise à la charge du tiers responsable. Le second principe est que le partage de responsabilité n'est pas opposable à la caisse, qui peut donc récupérer l'ensemble de sa créance même alors même que la victime serait partiellement à l'origine du dommage : ex. 08/02/57, Caisse régionale de sécurité sociale de Paris, p. 98 ; Cass. Crim., 10/03/53, Bull. crim. 1953 n° 92. Le troisième principe est que l'assiette du recours subrogatoire est constituée par l'indemnité mise à la charge de l'auteur du préjudice dans sa globalité, c'est-à-

dire sans distinction selon les postes de préjudices que cette indemnité est censée réparer : ex. 25/05/55, Payan, p. 214 ; SNCF et Royer, p. 215 ; Cass. Ch réunies, 27/04/59, D. 1959, p. 345, note Esmein.

Cette dernière jurisprudence est d'ailleurs à l'origine de la principale modification apportée à l'article L. 376-1 entre 1945 et 2006. Ainsi que nous venons de l'indiquer, l'interprétation retenue de l'article L. 376-1 donnait à la caisse une priorité sur l'assuré pour la récupération de ses créances sur l'ensemble de l'indemnité mise à la charge du tiers responsable. Or dans leur rédaction en vigueur jusqu'en 1973, les textes ne prévoyaient aucune limitation à cette captation de l'indemnité par les caisses ; ainsi le recours des caisses pouvait-il absorber non seulement l'indemnité correspondant aux préjudices réparés par les prestations – pour l'essentiel les frais de santé et les pertes de revenus – mais aussi s'étendre à toutes les indemnités accordées au titre des préjudices purement personnels, comme le trouble dans les conditions d'existence (ex. 25/04/55, Payan, p. 214 ; SNCF et Rouyer, p. 215) ou le *pretium doloris*. Pour mettre fin à ce qui apparaissait comme une injustice, le législateur a donc, par la loi du 27 décembre 1973, sanctuarisé la partie des préjudices qui était totalement insusceptibles d'être réparés par les prestations de sécurité sociale. C'est ainsi qu'a été exclue de l'assiette du recours, jusqu'en 2006 « la part d'indemnité, de caractère personnel, correspondant aux souffrances physiques ou morales par elle endurées et au préjudice esthétique et d'agrément ».

Toutefois cette sanctuarisation n'empêchait pas totalement les caisses d'exercer un recours sur des indemnités réparant des préjudices qui n'avaient pas donné lieu à prestation. En effet, entre les frais de santé et les pertes de revenus, réparés par les prestations de sécurité sociale, et les préjudices liés à la souffrance et la perte d'agrément, la jurisprudence a reconnu une troisième catégorie, que nous nommerons par commodité les troubles physiologiques, c'est-à-dire l'atteinte objective et irrémédiable portée au corps de la personne, indépendamment des conséquences psychologiques ou financières qui peuvent en découler. Les indemnités réparant cette atteinte n'ayant pas été exclues de l'assiette du recours des caisses par la modification législative de 1973, elles ont continué à faire l'objet de tels recours. Vous avez ainsi considéré que le recours des caisses pouvait s'exercer sur partie de l'indemnité due au titre du trouble dans les conditions d'existence qui réparait le trouble physiologique (Ass., 14/02/75, Sté des eaux de Marseille, n° 90598, p. 124), ainsi que sur l'indemnité réparant la perte de chance d'éviter un préjudice corporel (Ass., 19/05/04, CRAMIF, n° 216039, au Recueil). La Cour de cassation a développé une jurisprudence similaire, fondée sur l'idée que le préjudice physiologique était comme le préjudice économique inclus dans l'assiette du recours des caisses (ex. Cass. Crim., 05/03/85, Bull. crim. 1985 N° 105, Dalloz, 9 octobre 1986, N° 33, note Hubert GROUDEL. ; Cass. Civ. 2^e, 20/11/96, n° 95-11430).

Un exemple chiffré vous montrera les conséquences de cette situation. Imaginons un préjudice de 100 réparé par la caisse à hauteur de 80, et un de 100 non réparé par la sécurité sociale mais inclus dans l'assiette du recours ; et un partage de responsabilité de 50/50 entre la victime et le tiers responsable. Le tiers voit mis à sa charge une indemnité de 200 divisé par 2, soit 100. La caisse récupère prioritairement et intégralement sa créance, soit 80, dont 50 sur l'indemnité réparant le préjudice qu'elle a réparé, et 30 sur l'autre, qui correspond à un préjudice qu'elle n'a pas réparé. Le solde, soit 20, revient à la victime. Ce

système n'est pas insatisfaisant globalement pour la victime, qui, si l'on cumule les prestations (80) et la part d'indemnité qui lui revient (20) a touché 100 ce qui équivaut à l'indemnité mise à la charge de l'auteur du dommage ; mais il empêche la victime de récupérer une partie de l'indemnité correspondant au préjudice non réparé par la caisse : sur les 50 qui lui sont dus à ce titre par l'auteur, elle n'en touchera que 20 et la caisse les 30 restants.

Ce système, qui a valu pendant cette période pour l'assurance maladie sur le fondement de l'article L. 376-1 valait également pour d'autres régimes en application d'autres textes. L'article L. 454-1 du code de la sécurité sociale, issu de la loi du 30 octobre 1946 instituait un régime similaire pour les accidents du travail, qui jusqu'en 1973 était fondé explicitement sur la notion de subrogation. L'ordonnance n° 59-76 du 7 janvier 1959 instaure un mécanisme identique pour les recours de l'Etat contre les tiers responsables à raison des dommages commis sur ses agents. EDF et la SNCF disposaient d'un droit de subrogation identique à raison des régimes spéciaux de leurs agents. Ultérieurement, la loi dite Badinter du 5 juillet 1985 a instauré des règles identiques pour ces différents régimes (art. 25 à 34), en recourant d'ailleurs expressément au terme de subrogation même si, comme nous l'avons dit, ce terme ne peut être utilisé ici dans son acception civiliste classique puisque les règles de priorité et d'assiette posées par ces différents textes dérogent aux dispositions du code civil, au détriment des victimes.

Des voix se sont élevées ces dernières années pour qu'il soit mis fin aux situations dans lesquelles, en raison d'une prestation élevée ou d'un partage de responsabilité inopposable aux caisses, ces dernières pouvaient soustraire à leur profit des indemnités représentatives de préjudices qu'elles n'avaient pas réparés. Ont notamment établi des propositions en ce sens un groupe de travail constitué en juin 2003 au sein du Conseil national d'aide aux victimes sous la présidence de Mme le Pr Lambert-Faivre, le Médiateur de la République dans son rapport de 2003 (proposition n° 03-R 10), et la Cour de cassation dans son rapport annuel pour 2004 (p. 12).

Ces propositions ont abouti, de façon étonnamment rapide, dans la modification de l'article L. 376-1 effectuée par l'article 25 de la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007. Le troisième alinéa de cet article, qui créait le mécanisme de recours prioritaire et globalisant que nous venons de décrire, a été remplacé par trois alinéas qui se lisent comme suit : « Les recours subrogatoires des caisses contre les tiers s'exercent poste par poste sur les seules indemnités qui réparent des préjudices qu'elles ont pris en charge, à l'exclusion des préjudices à caractère personnel./ Conformément à l'article 1252 du code civil, la subrogation ne peut nuire à la victime subrogeante, créancière de l'indemnisation, lorsqu'elle n'a été prise en charge que partiellement par les prestations sociales ; en ce cas, l'assuré social peut exercer ses droits contre le responsable, par préférence à la caisse subrogée./ Cependant, si le tiers payeur établit qu'il a effectivement et préalablement versé à la victime une prestation indemnisant de manière incontestable un poste de préjudice personnel, son recours peut s'exercer sur ce poste de préjudice. »

L'article 31 de la loi du 5 juillet 1985 a été modifié dans les mêmes termes, ce qui implique, pensons-nous, que les autres tiers payeurs mentionnés par cette loi sont désormais soumis aux mêmes dispositions.

On constate de prime abord que ces dispositions introduisent deux changements fondamentaux dans le régime du recours des caisses. Il est tout d'abord mis fin à l'approche globalisante qui prévalait naguère : les caisses ne peuvent plus exercer leur recours contre l'ensemble des indemnités qui n'ont pas été sanctuarisées au profit de la victime, mais elles doivent désormais l'exercer « poste par poste sur les seules indemnités qui réparent des préjudices qu'elles ont pris en charge ». D'autre part, lorsqu'il y a concurrence entre la victime et la caisse pour la récupération d'une indemnité mise à la charge du responsable, il est mis fin au privilège de la caisse, et c'est la victime qui est désormais servie en priorité jusqu'à ce que son préjudice soit intégralement réparé, conformément aux principes de la subrogation définis à l'article 1252 du code civil. Les dommages extra-patrimoniaux à caractère personnel restent exclus de l'assiette du recours des caisses, mais le nouveau 5^{ème} alinéa de l'article L. 376-1 prévoit la possibilité inverse si la caisse établit qu'elle a indemnisé « de manière incontestable » un tel poste de préjudice.

La conséquence du droit de priorité de la victime est que la question de l'opposabilité du partage de responsabilité à la caisse est désormais inopérante : celle-ci étant créancier de dernier rang, et son recours étant limité par le montant d'indemnité mise à la charge du tiers responsable, il n'est plus nécessaire de se demander si le partage de responsabilité doit lui être opposé pour respecter les droits des deux autres parties.

Il est temps d'en venir maintenant aux trois questions dont vous êtes saisis par les juridictions du fond, et qui portent sur la mise en œuvre de ce nouveau régime.

*

La première, qui n'est pas la moins délicate, porte sur le champ d'application dans le temps de la réforme. Dans les deux affaires qui ont suscité les demandes d'avis, les faits dommageables à l'origine des préjudices se sont produits respectivement en 1996 et 2000, soit bien avant l'intervention de la loi du 21 décembre 2006. Les juridictions du fond vous demandent si les dispositions de cette loi sont applicables aux recours formés par les caisses de sécurité sociale dans ces affaires, ou si la loi nouvelle ne sera applicable qu'aux conséquences des dommages survenus postérieurement à son entrée en vigueur.

Les termes de la loi ne vous seront d'aucune aide sur ce point : elle ne dit rien de son champ d'application dans le temps, contrairement à la loi déjà mentionnée du 27 décembre 1973, qui prévoyait en son article 3 qu'elle était applicable « aux accidents survenus avant la date de sa publication, dès lors que le montant de l'indemnité due à la victime n'a pas été définitivement fixé ».

Il vous faut donc faire usage, pour répondre à cette question, des principes habituels permettant de déterminer l'application de la loi dans le temps.

Première question : sommes-nous en présence d'une loi de procédure, par principe directement applicable aux instances en cours, ou d'une loi qui régit le fond du droit, dont le statut est plus complexe ? Il ne fait pas de doute que la loi du 21 décembre 2006 a, sur le point qui nous occupe, touché au fond du droit. Plus précisément, si elle n'a pas modifié les droits

de la victime au regard de l'auteur du dommage et de la législation de sécurité sociale, elle a modifié les règles de répartition des indemnités entre les victimes et les caisses. Compte tenu de cet impact financier, elle ne peut être regardée comme une loi de procédure.

Dès lors que la loi nouvelle est une loi de fond qui n'indique rien quant à son application dans le temps, la règle qui s'impose est celle posée à l'article 2 du code civil : la loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif. Pour faire application de ce critère aux situations qui vous sont soumises, vous recourez à la notion de « situation juridiquement constituée » : si les droits revendiqués par les parties à l'instance ont été cristallisés avant l'entrée en vigueur de la loi, elle ne sera pas applicable au litige, si cette cristallisation est intervenue après, elle le sera. Ainsi p. ex. en matière fiscale, la loi applicable est celle en vigueur au moment du fait générateur de l'impôt : ex. Ass., 14/05/64, Secr. D'Etat aux finances c/ J..., p. 278 ; 25/03/83, D..., n° 36286, T. p. 534. En matière de récupération sur succession des prestations d'aide sociale, la situation est juridiquement constituée à la date du décès du bénéficiaire de l'aide sociale : S., 04/02/00, Dépt. de la Haute-Garonne, n° 192807, au Recueil.

Qu'en est-il en matière de responsabilité ? S'agissant des litiges relatifs aux droits de la victime, votre jurisprudence et celle de la Cour de cassation sont concordantes : le droit applicable est celui en vigueur à la date du dommage : voir pour l'application des règles applicables en matière de congé maladie : 13/07/63, Epoux M..., p. 430, AJDA 1964 p. 178 ; pour l'appréciation du droit à l'allocation temporaire d'invalidité : 16/05/73, A..., n° 89104, p. 354 ; pour l'application de la loi du 27 février 1958 sur l'obligation d'assurance des véhicules à moteur : Civ. 1e, 30/04/65, Bull. I, n° 279 ; pour les conséquences à tirer de la loi du 5 juillet 1974 abaissant l'âge de la majorité sur l'application de l'article 1384 du Code civil : Crim. , 18/06/75, D. 1975 IR171.

En revanche, votre jurisprudence et celle de la Cour de cassation divergent lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre une loi nouvelle relative aux relations entre les victimes, les tiers responsables et les tiers payeurs : vous estimez, comme pour les droits de la victime, que la loi applicable à de telles situations est la loi en vigueur au moment du dommage, qui est l'acte par lequel les droits des parties sont juridiquement constitués : S., 01/07/66, Sieur A..., n° 60114, p. 436. La Cour de cassation estime quant à elle qu'une loi relative à la relation entre ces trois parties est d'application immédiate aux instances en cours y compris lorsque l'instance porte sur les conséquences d'un dommage antérieur à cette loi : Cass. Crim., 30/05/60, Bull. Crim. N° 294 ; Cass. Civ. 2e, 08/07/04, Bull. Civ. II, n° 344, à propos de l'article 29 de la loi du 5 juillet 1985 qui modifiait l'assiette du recours subrogatoire des assureurs en cas d'accident de la circulation.

La Cour de Cassation a motivé la solution qu'elle a retenue par la circonstance que la loi nouvelle était applicable aux « situations juridiques non contractuelles en cours au moment où elle entre en vigueur », ce qui revient à dire, dans votre terminologie, qu'elle considère que la situation juridique entre les parties n'était pas constituée à la date du dommage. Mais quelle est alors la date à prendre en compte ? Il est difficile de le savoir car la Cour de cassation ne l'explique pas et les commentaires de ses décisions pas davantage (voir not. l'article de M. Descorges à la semaine juridique du 3 septembre 2003, II 10 135).

La date de constitution des droits ne peut être la date à laquelle est défini le montant des indemnités et des créances récupérables, car il est de jurisprudence constante que le calcul de ces montants par le juge ou par la voie d'un accord amiable n'a qu'un caractère récognitif, et n'est pas, en lui-même, susceptible de faire naître des droits. Il nous semble que la seule façon cohérente de justifier l'application de la loi nouvelle aux instances en cours est de considérer qu'elle résulte des principes de la subrogation tels qu'ils sont définis par les articles 1249 et suivants du code civil. La subrogation opère un transfert de créance du subrogeant vers le subrogé lorsque celui-ci règle le montant de la créance à la place d'un tiers. La Cour de cassation comme vous mêmes interprétez ces dispositions comme impliquant que les droits du subrogé naissent à compter de la date à laquelle il paie la victime : Cass. Com., 14/12/65, Bull. III n° 647 ; 3^e Civ., 05/02/85, Bull. III n° 22 ; 05/02/69, Crédit du Nord, p. 73. Dans le cas des assurances sociales, c'est donc le paiement des prestations qui constituerait la cristallisation du droit au recours des caisses. Or, et c'est là le pas logique à franchir, ces paiements sont souvent fractionnés, ils peuvent s'échelonner sur des périodes indéterminées et ne sont souvent pas terminés lorsqu'il est demandé au juge de statuer. Il y a donc lieu dans ce cas, pour le juge, faute de pouvoir déterminer clairement dans chaque situation si les droits des caisses sont définitivement constitués ou pas, de déterminer une fois pour toutes que la loi nouvelle est applicable à tous les litiges qui lui sont soumis postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, et qui n'ont pas encore donné lieu à une décision de justice passée en force de chose jugée. Tel est le seul raisonnement qui peut, semble-t-il, justifier l'application de la loi aux instances en cours.

Cette solution pragmatique est séduisante et nous vous proposons de l'adopter d'autant qu'en l'espèce, la loi nouvelle est plus favorable aux victimes ce qui évite de se demander s'il n'est pas porté atteinte à leurs créances de façon rétroactive. Si vous acceptez de suivre ce raisonnement, vous abandonnez, dans un cas de figure comme celui-ci, le raisonnement qui inspirait la décision *Sieur A...* (n° 60114) du 01/07/66 déjà mentionnée.

Vous pourrez aussi, si vous éprouviez des hésitations, vous fonder sur l'intention du législateur pour estimer que la loi nouvelle est applicable aux situations non encore closes par un accord, ou un jugement définitif statuant sur la répartition des indemnités. Si les travaux parlementaires sont peu diserts, les études qui les ont précédés, notamment au sein du groupe de travail présidé par Mme Lambert-Faivre, et les quelques interventions faites au Parlement montrent que l'ensemble des acteurs concernés ont souhaité modifier en faveur des victimes toutes les situations dans lesquelles les indemnités n'avaient pas encore été fixées. Vous pourriez donc, en tout état de cause, vous fonder sur ce motif pour répondre en ce sens à la première question.

*

Les deuxième et troisième questions qui vous sont posées portent sur la question de savoir si l'entrée en vigueur de l'article 25 de la loi du 21 décembre 2006 est subordonnée à l'intervention d'un décret définissant les postes de préjudices visés par cette loi, et dans la négative, quelle définition le juge doit donner de ces postes, et selon quelles modalités il doit imputer dessus les créances des caisses de sécurité sociale.

Le principe est que l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle, sauf si elle en dispose autrement, est déclenchée par sa publication selon les modalités prévues par l'ordonnance du 20 février 2004. Cette entrée en vigueur n'est subordonnée à l'intervention de dispositions réglementaires d'application que si la mise en œuvre de la loi se révèle, pour reprendre les termes de votre jurisprudence, « manifestement impossible » en l'absence de telles dispositions (Ass., 10/03/61, Union départementale des associations familiales de la Haute-Savoie, p. 172 ; Ass., 16/06/67, M..., n° 65462, p. 256). Il vous faut donc examiner si les éléments juridiques disponibles vous permettent d'ores et déjà d'appliquer la loi, ou s'ils sont insuffisants et nécessitent d'être complétés par des dispositions réglementaires. Notons que dans cette dernière hypothèse, le texte d'application devrait prendre la forme d'un décret en Conseil d'Etat, ainsi que l'exige l'article L. 383-1 du code de la sécurité sociale.

Les termes du débat sont les suivants : d'un côté, vous trouvez les règles nouvelles à appliquer, qui sont, nous l'avons dit, au nombre de deux : l'imputation des créances des caisses sur les indemnités poste de préjudice par poste de préjudice, et le caractère prioritaire du recours de la victime sur celui de la caisse.

Face à cela, on trouve la nomenclature des préjudices possibles, telle qu'elle a été élaborée progressivement par les juridictions administratives et judiciaires en réponse aux demandes des victimes. Il n'existe aucune définition normative des préjudices, et le besoin s'est fait régulièrement sentir d'une harmonisation de leur définition pour assurer l'égalité des victimes devant la loi. A la suite des travaux du groupe de travail présidé par Mme le Pr Lambert-Faivre dont nous avons déjà parlé, le ministère de la justice a demandé à M. Dintilhac, alors président de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation plus spécialement chargée de ces questions, de présider un autre groupe de travail, chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels en vue de créer les bases d'une plus grande homogénéité de la jurisprudence.

Le groupe de travail a rendu ses conclusions en 2005. La nomenclature qu'il a établie distingue les préjudices de la victime directe et ceux des victimes par ricochet. Pour chaque catégorie, la *summa divisio* est la distinction entre les préjudices patrimoniaux, qui correspondent à des dépenses exposées ou des pertes de gain, et les préjudices extra-patrimoniaux, qui correspondent à la souffrance et aux désagréments subis par la victime. A l'intérieur de chaque catégorie, la nomenclature distingue les préjudices temporaires (avant consolidation) et les préjudices permanents (après consolidation). Ce que nous nommerons par commodité la nomenclature Dintilhac comprend ainsi, classés selon ces catégories, 29 postes de préjudices. C'est un travail d'une grande clarté dont le ministre a diffusé le résultat auprès des parquets par circulaire du 22 février 2007 en leur recommandant de désormais s'y référer.

La question qui se pose alors est celle de la correspondance à établir entre les postes de préjudice définis par la nomenclature Dintilhac et les prestations de sécurité sociale pouvant donner lieu à recours des caisses. Il faut ici faire un choix sur le degré de précision de la correspondance entre préjudices et prestations : voulez-vous opter pour une correspondance fine, au plus près de la ventilation en 29 postes de préjudice de la nomenclature, ou pour une correspondance par grandes masses, conservant un certain degré de globalisation des postes de préjudice ?

Trois solutions principales s'offrent à vous pour appliquer la règle de l'imputation des prestations « poste par poste » qui figure au 3^{ème} alinéa de l'article L. 376-1.

La première consiste à indiquer dans votre avis que la correspondance entre prestations et préjudices doit se faire sur la base de la nomenclature dite Dintilhac.

La deuxième, qui prend le parti contraire, consiste à adopter une règle de correspondance prenant appui sur les masses de préjudices les plus larges possibles. Cette approche globalisante pourrait reposer sur une ligne de partage entre deux chefs de préjudices patrimoniaux : un poste qui regrouperait l'ensemble des dépenses exposées par la victime, qu'elles portent sur les frais de santé, ceux liés au handicap, ceux nécessités par le reclassement professionnel ou par le décès; et un poste qui regrouperait les pertes de revenus causées par le dommage, que celles-ci soient actuelles ou futures. Les préjudices à caractère personnel, que le cinquième alinéa de l'article L. 376-1 oblige quant à lui à ventiler de façon fine, seraient ventilés selon la grille de lecture qui vous est habituelle et qui distingue les souffrances physiques et morales, le préjudice esthétique et les troubles dans les conditions d'existence.

La troisième solution est intermédiaire, elle consiste à éclater les deux grandes masses de préjudices patrimoniaux par sous-ensemble homogènes recoupant les catégories de prestations existantes, sans aller dans le détail de la nomenclature en 29 points. Seraient ainsi distinguées au sein des dépenses exposées : les frais de santé, les frais liés au handicap et les dépenses diverses, correspondant pour l'essentiel aux prestations en nature de la sécurité sociale ; les pertes de revenus resteraient un ensemble homogène ; serait enfin identifié un ensemble de préjudices relatifs à l'incidence professionnelle et scolaire du dommage, correspondant aux prestations de formation, de reclassement et d'accompagnement scolaire.

Le choix à opérer entre ces trois options n'est pas neutre, pour trois séries de considérations.

La première tient à la simplicité et à l'accessibilité des critères qui gouverneront l'exercice du recours des caisses. C'est un critère qui doit vous guider en toute matière, mais peut-être plus encore ici car d'une part, les mécanismes de calcul du partage des indemnités sont en eux-mêmes complexes, vous l'avez vu, et, d'autre part, la situation des victimes vous fait un devoir de mettre à leur disposition un apparatus juridique qui soit le moins porteur de complexité, d'incertitude et de risque contentieux. Or il ne faut pas se dissimuler que plus vous choisirez un tableau de correspondance fin entre préjudices et prestations, plus il existera de risques d'erreurs à la fois juridiques et mathématiques dans l'application qu'en feront les parties et les juridictions. L'examen de la jurisprudence de votre 5^{ème} sous-section et des décisions juridictionnelles qui lui sont soumises montrent que les règles de partage de responsabilité, d'affectation des prestations aux préjudices et de priorité des créances donnent lieu, en raison de leur complexité, à des erreurs dans une proportion non négligeable de la part des juridictions. Ceci milite plutôt pour un essai de globalisation des préjudices que pour une correspondance littérale avec la nomenclature dite Dintilhac – dont l'objet excédait d'ailleurs la seule application de l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale.

Deuxième série de considérations : la recherche d'une correspondance entre préjudices et prestations est une opération juridique nouvelle et, à ce titre, porteuse d'incertitude. Sous l'empire de la législation antérieure, comme nous l'avons indiqué, les préjudices sur lesquels s'exerçaient les recours des caisses étaient globalisés, de sorte qu'il n'était pas nécessaire d'établir de telles correspondances. La seule question de frontière posée était celle qui séparait les préjudices de caractère personnel, exclus de l'assiette du recours, des autres préjudices. La nouveauté est que les juridictions vont devoir désormais décider à quel préjudice correspond telle ou telle prestation, avec les risques de tâtonnements et d'erreurs qui caractérise une telle situation jusqu'à ce que la jurisprudence soit bien établie. La demande d'avis que vous examinez aujourd'hui doit certes poser les principes de ces correspondances, mais elle ne peut vous permettre de poser un tableau fixe et exhaustif, car ce n'est pas le rôle de cette procédure, et elle ne préjuge pas de l'évolution éventuelle du régime des prestations existantes ou de la création de nouvelles prestations.

Or les questions de correspondance se posent déjà. Pour prendre quelques exemples : les pensions d'invalidité définies à l'article L. 341-1 du code de la sécurité sociale indemnisent-elles la seule perte de gains professionnels futurs ou également l'incidence professionnelle du handicap ? En matière d'accident du travail ou de service, l'indemnisation de l'incapacité permanente prévue à l'article L. 434-1 du code de la sécurité sociale, de même que l'allocation temporaire d'invalidité versée aux fonctionnaires, versées toutes deux même en l'absence de pertes de revenus, réparent-elles un préjudice professionnel ou un préjudice personnel ? L'allocation de veuvage prévue à l'article L. 342-1 répare-t-elle la seule perte de revenus du proche ou également le préjudice d'accompagnement, qui a un caractère personnel ? Ces quelques exemples montrent qu'un essai de correspondance trop fin entre prestations et préjudices pourrait ouvrir une période d'incertitude contentieuse dommageable à l'objectif de simplicité.

Troisième série de considérations : l'impact d'une correspondance fine et d'une correspondance globale ne serait pas le même pour les parties en présence. En effet, du fait du principe de priorité de la victime, plus son droit à récupération s'exerce sur une assiette large, plus le système lui est favorable. Prenons un exemple chiffré pour l'illustrer. Soit deux préjudices de 100 chacun, réparés par la caisse pour l'un à hauteur de 80 et pour l'autre à hauteur de 0, avec un partage de responsabilité de 50/50. Si la récupération est effectuée sur la seule indemnité correspondant à la prestation, la victime obtiendra 20 (soit 100-80) pour le premier préjudice, et la totalité de l'indemnité, soit 50, pour le second ; et la caisse percevra les soldes, soit 30 pour le premier préjudice et 0 pour le second. La victime récupère donc 70 et la caisse 30. Si en revanche les deux préjudices sont globalisés, le préjudice global est de 200 pour une prestation de 80, avec une indemnité de 100. La victime a alors droit à la différence entre le montant du préjudice et celui de la prestation, soit 120. Elle absorbera donc la totalité de l'indemnité de 100 et la caisse ne récupérera rien. Ainsi, plus on s'approche du degré de précision de la nomenclature en 29 préjudices, plus on neutralise l'effet bénéfique pour la victime de la règle de priorité résultant du nouveau texte, et plus on s'éloigne de l'idée d'indemnisation maximale de la victime pour chaque poste de préjudice. C'est un effet non négligeable si l'on prend en considération l'esprit de la loi, qui est de renverser la logique du mécanisme antérieur pour le rendre plus favorable aux victimes.

De ces considérations, nous tirons les conclusions suivantes.

Les éléments qui précèdent nous convainquent tout d'abord que l'application de la loi n'est pas « manifestement impossible » en l'absence d'un décret en Conseil d'Etat définissant les postes de préjudice et les règles d'imputation des prestations sur ces postes. L'application des critères que nous venons d'indiquer est certes difficile, et elle nécessite des choix, mais ces critères existent et l'on n'est pas dans une situation où le juge est confronté à un vide que seul le pouvoir réglementaire peut combler.

Pour autant, les solutions précédemment examinées ne nous paraissent pas toutes également praticables.

La solution qui consiste à procéder à l'imputation des préjudices selon la nomenclature en 29 points nous paraît la plus difficile à adopter. Outre qu'elle repose sur un document dépourvu de portée normative, elle est porteuse des nombreuses incertitudes juridiques et des risques contentieux que nous avons indiqués. Surtout, elle induit sur la question de la répartition des indemnités entre les victimes et les caisses un choix qui est clairement favorable aux caisses et éloigne le dispositif de la logique d'indemnisation maximale des victimes qui correspond à l'esprit de la réforme. Elle ne serait pas contraire au texte de la loi, mais le parti qu'elle implique sur ce point, ainsi que le degré de précision qu'elle exige, nous amènent à penser qu'elle ne saurait être édictée que par un texte réglementaire.

Restent les deux autres solutions, également fondées sur une ventilation plus large, mais dont l'une est plus précise que l'autre. La solution la plus globalisante est sans doute celle qui créerait le moins de difficultés et de risques d'erreur pour les parties et les juridictions ; elle peut d'autre part se réclamer de l'esprit de la loi, puisqu'elle donne son plus large effet au droit de priorité de la victime. Mais elle est la plus éloignée de son texte, puisqu'elle a pour effet de quasiment neutraliser la règle d'imputation des prestations poste par poste qui figure au troisième alinéa de l'article L. 376-1. Et elle est la plus lourde de conséquences pour les caisses de sécurité sociale, dont les recours contre tiers représentent entre 0,5 % (pour l'assurance maladie) et 3% (pour l'assurance accidents du travail) des recettes.

C'est finalement la solution intermédiaire qui a notre préférence, qui nous paraît emprunter aux deux autres plus d'avantages que d'inconvénients. Elle limite les risques d'erreurs et de contentieux, même si elle ne les supprime pas. Elle donne un réel effet à la notion d'imputation « poste par poste », sans lui faire produire intégralement ses conséquences négatives sur le droit de priorité des victimes. Et elle nous paraît également réduire le risque d'écart avec la jurisprudence de la Cour de cassation, qui aura sans doute spontanément tendance à s'approcher au plus près de la nomenclature Dintilhac. Enfin, cette solution n'obère pas l'avenir car elle laisse au pouvoir réglementaire la possibilité d'opter pour un système qui serait davantage ou moins précis, sans que cela emporte un changement radical au regard de cette solution.

Par l'ensemble de ces motifs, nous concluons à ce qu'il soit répondu aux juridictions qui vous ont saisis des demandes d'avis :

- que les dispositions de l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale issues de l'article 25 de la loi du 21 décembre 1976 sont applicables aux litiges qui n'ont pas donné lieu à une décision de justice passée en force de chose jugée, quelle que soit la date du dommage ;

- que ces dispositions sont applicables nonobstant l'absence de dispositions réglementaires d'application ;

- que l'imputation des prestations sur les indemnités « poste par poste » doit être faite selon la méthode intermédiaire que nous avons décrite précédemment, et selon les principes que nous avons développés.