

Responsabilité civile

Le statut normatif de la nomenclature *Dintilhac* des préjudices¹

par **Matthieu Robineau**,
maître de conférences à l'université d'Orléans,
Centre de recherche juridique Pothier – EA 1212

La nomenclature *Dintilhac* est devenue un élément essentiel du droit du dommage corporel en ce qu'elle propose une typologie claire et plutôt consensuelle des préjudices indemnisables. Son rôle s'est d'ailleurs accru à la suite de la réforme du recours des tiers payeurs. Cependant, cette importance pratique remarquable pose question sous l'angle des sources du droit : quelle est la nature de ce référentiel issu d'un rapport remis au Garde des Sceaux ? quelle est sa place dans l'ordre juridique ?

C'est à ces questions que la présente étude tente de répondre. A cette fin, la normativité de la nomenclature *Dintilhac* est d'abord démontrée et analysée, avant que ne soit examinée sa force normative, d'ores et déjà considérable.

1 - Une typologie officielle des préjudices paraît nécessaire pour assurer l'effectivité de la réforme du recours des tiers payeurs² et l'uniformisation de l'indemnisation du dommage corporel. Pourtant, malgré la nomenclature *Dintilhac*³, le pas n'a pas été franchi. Ainsi, la loi du 21 décembre 2006⁴ n'y fait pas allusion et aucun décret n'est pour l'heure intervenu. De même, si une loi du 12 mai 2009 a promu au sein du Code de la santé publique l'atteinte permanente à l'intégrité physique et psychique, elle n'a pas retenu l'expression « déficit fonctionnel permanent », pourtant au cœur de la nomenclature⁵. Plus regrettable, l'article D. 1142-1 2° de ce code continue de faire référence aux troubles dans les conditions d'existence. Enfin, si une proposition de loi prévoit l'adoption par décret d'une typologie des préjudices applicable à tout

¹ Ce texte s'inscrit dans le prolongement d'une contribution à un colloque organisé en 2008 par le Centre de droit de la santé d'Aix-Marseille : A. Leca, G. Léonetti et G. Rebecq (dir.), *L'expertise médicale et l'indemnisation des préjudices corporels : Les études hospitalières*, 2009.

² H. Groutel, *Le recours des tiers payeurs : on recolle les morceaux : Resp. civ. et assur.* 2007, étude 4 ; Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel : Dalloz*, 6^e éd., 2009, n° 141 ; Ph. Brun : *Lamy Droit de la responsabilité*, n°s 224-255 et 224-65.

³ M. Dintilhac, dir., *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, juill. 2005.

⁴ L. n° 2006-1640, 21 déc. 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007 : JO 22 déc. 2006.

⁵ L. n° 2009-526, 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures : JO 13 mai 2009, p. 7920. V. Rapport Blanc, AN, n° 1145 et la volonté de « conférer valeur législative » à la nomenclature.

dommage corporel⁶, rien n'impose que le texte futur soit calqué sur le rapport *Dintilhac*. En d'autres termes, la nomenclature n'a « aucune force contraignante »⁷, « aucune valeur juridique »⁸, elle « ne s'impose pas en l'état »⁹. Elle paraît donc hors du droit. Cependant, la doctrine l'a accueillie favorablement¹⁰ et surtout, associations de victimes, médecins-experts, avocats et magistrats en ont rapidement pris acte.

2 - Si une telle réception est un signe de normativité¹¹, elle ne permet pas, à elle seule, de se prononcer sur le statut de la nomenclature *Dintilhac* : doit-elle être considérée comme une norme voire une règle de droit ? Le cas échéant, quelle est sa place dans l'ordre juridique ? Ces questions ne doivent pas être négligées car c'est de l'office de chacun qu'il s'agit : juges, médecins experts, avocats et tiers payeurs sont-ils tenus de raisonner sur la nomenclature lorsqu'ils traitent un dossier d'indemnisation ou bien peuvent-ils privilégier des méthodologies alternatives, comme celle du rapport *Lambert-Faivre*¹² ou celle du rapport *Catala*¹³ voire conserver leurs pratiques antérieures ?

3 - Pour répondre, c'est à la théorie des sources du droit qu'il faut faire appel. Autant dire qu'au-delà d'enjeux pratiques évidents, c'est le droit lui-même qu'il faut interroger, ambition aussi déraisonnable qu'exaltante tant les sources du droit « touchent à l'ontologie » de celui-ci¹⁴. Dans cette perspective, le statut actuel de la nomenclature *Dintilhac* peut-être défini en insistant d'abord sur sa nature juridique – c'est la question de la normativité (1), puis sur son importance dans l'ordre juridique – c'est la question de la force normative (2).

1. La normativité de la nomenclature *Dintilhac*

⁶ Proposition de loi AN 5 nov. 2009, visant à améliorer l'indemnisation des victimes de dommages corporels à la suite d'un accident de la circulation.

⁷ J. Saison-Demars, *Les « troubles dans les conditions d'existence » dans le droit de la réparation des accidents médicaux* : RD sanit. soc. 2008, p. 890.

⁸ M. Poumarède, *Processus d'indemnisation des victimes de catastrophe industrielle : divergence quant aux pouvoirs du juge (NCPC, art. 145)* : JCP G 2007, II, 10112.

⁹ Ph. Casson, *Le recours des tiers payeurs : une réforme en demi-teinte* : JCP G 2007, I, 144.

¹⁰ Ainsi, Ph. Brun, *Colloque CNB, Réparation intégrale, Mythe ou réalité ?* : Gaz. Pal. 10 avr. 2010, p. 31 : « peut-être pourrions-nous suggérer d'exporter à l'échelle de l'Europe la nomenclature *Dintilhac* dont nous sommes si fiers ? » – Comp., H. Groutel, évoquant « un certain recul » (*étude préc. note [2], p. 21*) et P. Sargos, *L'amélioration de l'indemnisation des victimes d'un accident de la circulation* : D. 2010, p. 273 à propos du déficit fonctionnel.

¹¹ Sur l'importance de la réception, J. Chevallier, *Vers un droit post-moderne ?* in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique* : LGDJ, 1999, p. 21 ; M. Mekki, *Propos introductifs sur le droit souple*, in Association H. Capitant, *Le droit souple* : Dalloz, 2009, p. 1, spéc. n° 14.

¹² Y. Lambert-Faivre, dir., *Rapport du Cons. nat. de l'aide aux victimes de l'indemnisation du dommage corporel, juin 2003* : Doc. fr., 2003.

¹³ P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription* : Doc. fr., 2006.

¹⁴ F. Zénati, *L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil* : D. 2002, p. 15.

4 - Bien que les deux termes soient souvent pris pour synonymes, il est possible de distinguer entre les normes et les règles. Dans cette optique, une norme est un instrument susceptible de remplir une fonction de guide et/ou de mesure, selon qu'elle offre à ses destinataires un modèle de comportement et/ou une référence pour juger¹⁵. Elle n'est une règle que si elle remplit ces deux fonctions de concert. Autrement dit, les règles constituent un sous-ensemble au sein de la catégorie des normes. À l'aune de cette distinction, la nomenclature *Dintilhac* apparaît clairement comme une norme juridique (A) et potentiellement comme une règle de droit (B).

A. - Incontestablement, une norme juridique

5 - Parce que la nomenclature *Dintilhac* a vocation à servir de référence dans tout dossier d'indemnisation, elle constitue une norme. Toutefois, écrire qu'elle est dotée d'un caractère normatif est une chose ; en déterminer la nature en est une autre. Affiner l'analyse suppose alors de se prononcer sur sa juridicité puis de rechercher, le cas échéant, son identité au sein des normes juridiques.

6 - Il est parfois délicat de rattacher une norme au droit plutôt qu'à un autre ordre normatif (morale, religion, etc.). Les raisons en sont notamment que la norme juridique ne présente pas d'originalité par rapport à celles des autres ordres normatifs et que l'obéissance à la norme, quelle qu'elle soit, relève de phénomènes d'ordre sociologique. Pour autant, si l'atteinte à la personne humaine relève du fait, les préjudices qui en résultent « relèvent de l'ordre du droit »¹⁶. L'objet de la nomenclature *Dintilhac* est donc proprement juridique.

7 - Cependant, il peut être objecté que la juridicité d'un rapport adressé au Gouvernement, fût-il commandé par lui, est douteuse. En effet, de prime abord, un tel document n'engage pas son commanditaire, quelle que soit l'autorité scientifique de ceux qui l'ont rédigé ; un acte de ratification paraît nécessaire pour que les propositions faites deviennent du droit. Une façon de traiter l'objection est alors de considérer un tel rapport comme une manifestation ou une composante du droit souple bien que, dans les études consacrées à celui-ci¹⁷, celui-là ne soit généralement pas évoqué. À dire vrai, ce rattachement est assez aisé. D'une part, faute de définition consensuelle du droit souple, il est possible sans trop forcer les mots d'accueillir en son sein toute norme qui ne relève pas du droit dur mais dont l'objet est juridique. D'autre part, un tel rapport a un caractère recommandatoire et relève du « droit proposé »¹⁸.

¹⁵ C. Thibierge, *Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit* : Arch. Phil. Droit, Dalloz, 2008, t. 51, p. 341.

¹⁶ Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *op. cit. note (2)*, n° 86.

¹⁷ Association H. Capitant, *op. cit. note (11)* ; C. Thibierge, *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit* : RTD civ. 2003, p. 599 ; J.-M. Jacquet, *L'émergence du droit souple (ou le droit « réel » dépassé par son double)* in *Études B. Oppetit : LexisNexis Litec*, 2009, p. 331.

¹⁸ Expression empruntée à A.-S. Barthez, *Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes* in Association H. Capitant, *op. cit. note (11)*, p. 59.

8 - Au-delà, la juridicité de la nomenclature *Dintilhac* ne peut être niée aujourd'hui, pour trois raisons qui, chacune, accroissent sa valeur normative. D'abord, une circulaire du ministère de la Justice invite les juridictions de l'ordre judiciaire à s'y reporter¹⁹. Ensuite, le site internet du ministère de la Justice en fait « une référence majeure, utilisable par l'ensemble des acteurs de l'indemnisation du dommage corporel »²⁰. Enfin, nombre de réponses ministérielles insistent sur le rôle de référentiel de la nomenclature²¹ et annoncent sa consécration par voie de décret²², même si des réponses plus récentes concluent que « la prise d'un décret qui établirait notamment une nomenclature des postes de préjudice n'apparaît pas nécessaire dès lors que la Cour de cassation a précisé les modalités d'imputation de la rente AT-MP sur les postes de préjudice personnels qui seuls posaient problème »²³.

9 - Relevant ainsi très certainement de la sphère du droit, la nomenclature *Dintilhac* entre cependant difficilement dans une catégorie connue de norme juridique. Il est seulement acquis qu'elle est davantage qu'un extrait d'un rapport au Gouvernement, en raison d'au moins trois facteurs. Pour n'en retenir qu'un, et laisser de côté les réponses ministérielles, au statut incertain²⁴, et le communiqué Internet du ministère, qui n'a que peu de valeur, il convient d'insister sur l'importance de la circulaire précitée.

10 - Certes, le gain de normativité n'est pas considérable dans la mesure où une circulaire administrative ne crée pas de règles de droit mais a pour fonction de guider les agents publics en général et les juges en particulier dans l'application des lois et des règlements²⁵. Une circulaire a ainsi peu de valeur aux yeux du juge judiciaire²⁶, qui considère qu'elle ne saurait lier ni les juges ni les particuliers, parce qu'il s'agit d'une mesure interne à l'Administration²⁷, nonobstant ses incidences sur le fonctionnement de la justice²⁸.

11 - Néanmoins, deux éléments conduisent à retenir ici le gain normatif. D'abord, rien n'interdit au juge judiciaire de tenir compte d'une circulaire pour asseoir son interprétation d'une règle de droit²⁹ ou valider une pratique qui s'y est conformée³⁰.

¹⁹ *Circ. DASC n° 2007-05, 22 févr. 2007 : BO min. Justice 30 avr. 2007.*

²⁰ <http://www.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10047&ssrubrique=10049&article=11945>.

²¹ Par ex., *Rép. min. n° 30015 : JOAN Q 10 févr. 2009.*

²² 29 réponses du Garde des Sceaux en ce sens entre novembre 2008 et janvier 2010.

²³ *Rép. min. n° 28541, 19907 et 19122 : JOAN Q 26 janv. 2010.*

²⁴ *B. Oppetit, Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l'interprétation des lois : D. 1974, p. 107 ; F. Terré, Introduction générale au droit : Dalloz, 8^e éd., 2009, n° 338.*

²⁵ *F. Terré, op. cit. note (24), n° 336.*

²⁶ Par comparaison, un recours pour excès de pouvoir peut être formé contre une circulaire à caractère impératif : *CE, 18 déc. 2002, Mme Duvignères : GAJA, n° 112.*

²⁷ *Cass. com., 23 oct. 1950 : GAJ civ., n° 12*

²⁸ *F. Terré, op. cit. note (24), n° 336, note 1, p. 273.*

²⁹ *Cass. soc., 13 mai 1981 : JurisData n° 1981-701353 ; Bull. civ. 1981, V, n° 424.*

Ensuite, une circulaire lie en principe ses destinataires. Or le texte en cause est adressé non seulement au Parquet mais aussi aux magistrats du siège. Immédiatement, ce constat soulève une nouvelle difficulté, en raison de l'indépendance statutaire de ces derniers³¹. Toutefois, la circulaire examinée ici ne paraît pas rogner leurs pouvoirs : elle indique comment appliquer au mieux la loi ; elle ne dicte aucunement les solutions.

12 - En somme, même si son identité demeure incertaine, la nomenclature *Dintilhac* est indubitablement une norme juridique parce qu'elle est un guide pour les acteurs de la réparation du dommage corporel. Est-elle pour autant une règle de droit ?

B. - Potentiellement, une règle de droit

13 - Afin de pouvoir répondre par l'affirmative, il faut que la nomenclature soit également un guide pour le jugement. Or l'examen montre que la jurisprudence est partagée : si la nomenclature jouit d'une réception par le juge judiciaire, elle subit un refus de la part du juge administratif.

14 - Les premiers commentaires de la loi du 21 décembre 2006 l'avaient mis en évidence : la nomenclature *Dintilhac* – comme du reste la nomenclature *Lambert-Faivre* – ne s'impose nullement aux juridictions³². Pourtant nombre d'entre elles l'ont rapidement mise en œuvre, y compris dans des affaires médiatiques³³, et l'appliquent avec constance³⁴. La réforme de 2006 n'a fait qu'accélérer le processus de réception. Quant à la Cour de cassation en particulier, sa position n'est pas très ferme. Elle a d'abord considéré que si le recours à la nomenclature n'est pas obligatoire, « il est, au moins pour partie, nécessaire depuis la loi du n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 »³⁵. Puis elle s'est attachée à la promouvoir selon des modalités variables. Ainsi, à propos de l'imputation de prestations dites hybrides, comme la rente accident du travail, elle a mis en œuvre la trilogie pertes de gains professionnels/incidence professionnelle/déficit fonctionnel, comme l'y invite le rapport *Dintilhac*, tout en s'écartant de certaines propositions de celui-ci³⁶. Elle a

³⁰ H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *GAJ civ., obs. ss Cass. com., 23 oct. 1950 préc. note (27)*.

³¹ R. Perrot, *Institutions judiciaires : Montchrestien, 13^e éd., 2008, n° 40*.

³² P. Jourdain, *La réforme des recours des tiers payeurs : des victimes favorisées : D. 2007, p. 454 ; H. Groutel, Le recours des tiers payeurs, une réforme bâclée : Resp. civ. et assur. 2007, étude 1*.

³³ V. à propos de la catastrophe AZF, les décisions reproduites in M. Poumarède, *art. préc. note (8)*.

³⁴ Par ex., *CA Lyon, 18 oct. 2007 : JurisData n° 2007-350506*. – *CA, Paris, 14 avr. 2008 : JurisData n° 2008-362691*. – *CA Angers, 16 janv. 2008 : JurisData n° 2008-362468*. – *CA Rennes, 21 nov. 2007 : JurisData n° 2007-356437*. – *Contra, CA Montpellier, 11 mars 2008 : JurisData n° 2008-363644*. – *CA Montpellier, 20 mai 2008 : JurisData n° 2008-366066*.

³⁵ *C. cass. rapport 2007 : Doc. fr., 2008*.

³⁶ Le rapport préconise que les tiers payeurs indiquent la part de rente destinée à indemniser le préjudice patrimonial et celle visant à réparer le préjudice extrapatrimonial. À défaut, la rente serait présumée réparer par parts égales les deux catégories de préjudice.

ainsi jugé que les prestations précitées indemnisent, en plus des pertes de gains professionnels et de l'incidence professionnelle, le déficit fonctionnel permanent, préjudice nécessairement pris en charge, selon elle, en l'absence des deux premiers³⁷. De la même façon, elle a retenu que le préjudice de contamination s'indemnise de manière distincte des déficits fonctionnels, sans toutefois adopter la terminologie du rapport *Dintilhac* (préjudice extrapatrimonial évolutif)³⁸. Dans d'autres arrêts, elle a emprunté à la nomenclature ses définitions, comme celle du préjudice scolaire, universitaire ou de formation³⁹ ou, de façon plus révélatrice, les concepts de déficits fonctionnels et de préjudice d'agrément⁴⁰. Ainsi, ce dernier a été entendu étroitement comme celui lié à l'impossibilité pour la victime de pratiquer régulièrement une activité spécifique sportive ou de loisir, même si des arrêts récents sont revenus à une conception plus large en cas d'accident du travail⁴¹. Enfin, on peut constater que la Cour vérifie que les juges du fond ont procédé à l'évaluation préalable de l'ensemble des postes de préjudice et précisé ceux qui sont pris en charge par la prestation que le tiers payeur prétend récupérer⁴².

15 - Nonobstant quelques hésitations ponctuelles, une pratique judiciaire favorable voit donc le jour⁴³, qui contraste avec la position du juge administratif. Le Conseil

³⁷ Cass. crim., 19 mai 2009 (3 arrêts), n^{os} 08-84.261, 08-86.050, 08-86.485 : *JurisData* n^o 2009-048558 ; *JurisData* n^o 2009-048552 ; *JurisData* n^o 2009-048553 ; *Bull. crim.* 2009, n^o 94 à 96. - Cass. 2^e civ., 11 juin 2009 (5 arrêts), n^{os} 07-21.768, 07-16.089, 07-21.816, 08-17.581, 08-11.853 ; *Bull. civ.* 2009, II, n^o 153 à 155, 160 et 161 ; *JCP G* 2009, note 195, S. Porchy-Simon ; *D.* 2009, p. 1789, note P. Jourdain ; *RTD civ.* 2009, p. 545, obs. P. Jourdain ; *Resp. civ. et assur.* 2009, étude 10, par H. Groutel.

³⁸ Cass. 2^e civ., 19 nov. 2009, (3 arrêts), n^{os} 08-15.853, 08-11.622, 08-16.172 : *JurisData* n^o 2009-050442 ; *JurisData* n^o 2009-050439 ; *JurisData* n^o 2009-050440 ; *RD sanit. soc.* 2010, p. 156, note D. Cristol.

³⁹ Cass. 2^e civ., 9 avr. 2009, n^o 08-15.97 : *JurisData* n^o 2009-047775 ; *Bull. civ.* 2009, II, n^o 98 ; *Resp. civ. et assur.* 2009, comm. 163 ; *JCP G* 2009, doct. 248, n^o 1, C. Bloch.

⁴⁰ Cass. 2^e civ., 28 mai 2009, n^o 08-16.829 : *JurisData* n^o 2009-048335 ; *Bull. civ.* 2009, II, n^o 131 ; *Resp. civ. et assur.* 2009, comm. 202 ; *RTD civ.* 2009, p. 534, obs. P. Jourdain ; *JCP G* 2009, doct. 248, obs. C. Bloch.

⁴¹ Cass. 2^e civ., 8 avr. 2010 (2 arrêts), n^{os} 09-11.634, 09-14.047 : « attendu qu'au sens de l'article L. 452-3 du Code de la sécurité sociale, le préjudice d'agrément est celui qui résulte des troubles ressentis dans les conditions d'existence », le second ajoutant « notamment le préjudice sexuel ». – V. P. Sargos, *Le point sur la réparation des préjudices corporels, et notamment le préjudice d'agrément, après deux arrêts rendus le 8 avril 2010* : *D.* 2010, p. 1089.

⁴² Par ex. Cass. 2^e civ., 17 sept. 2009, n^o 08-19.323 : *JurisData* n^o 2009-049430 ; *JCP S* 2009, 1541, note D. Asquinazi-Bailleux. – Comp. Cass. 2^e civ., 19 nov. 2009, n^o 08-20.966.

⁴³ P. Mazière, *L'application de la « nomenclature Dintilhac » : une épineuse conséquence du recours subrogatoire poste par poste ? : Médecine et droit* 2008, p. 150 ; J.-C. Bizot, *La nomenclature des postes de préjudice : point de vue du juge judiciaire* : *Resp. civ. et assur.* 2010, dossier 9.

d'État paraît en effet hostile à la nomenclature *Dintilhac*. Par un avis du 4 juin 2007⁴⁴, il a d'abord considéré que la mise en œuvre de la réforme de 2006 n'est pas manifestement impossible en l'absence d'un texte réglementaire⁴⁵. Surtout, tirant parti de « l'absence de dispositions réglementaires définissant les postes de préjudice patrimoniaux » et jugeant la nomenclature en cause excessivement complexe en raison de ses vingt-neuf chefs de préjudice, le Conseil d'État a adopté sa propre typologie⁴⁶. Celle-ci comporte six postes de préjudices, un poste étant un ensemble de préjudices de même nature⁴⁷. Cette position qui a suscité la critique⁴⁸, est sans doute provocatrice dans la mesure où, dans son avis précité, le Conseil d'État avait invité le Premier ministre à faire usage de son pouvoir réglementaire pour établir par décret une typologie des préjudices. En d'autres termes, il lui avait laissé la possibilité de consacrer la nomenclature *Dintilhac*.

16 - En conséquence, il est difficile de considérer que celle-ci est devenue une règle de droit à part entière, à la fois guide pour l'action et guide pour le jugement. Si elle est indubitablement une norme juridique, elle n'est sans doute pas encore une règle de droit, malgré sa réception par les juridictions judiciaires. Il reste que cet exercice de qualification ne suffit pas à se prononcer sur son importance dans l'ordre juridique. Il importe alors d'interroger sa force normative.

2. La force normative de la nomenclature *Dintilhac*

17 - Interroger la force normative⁴⁹ de la nomenclature *Dintilhac* conduit à s'intéresser aux trois pôles qui concourent à approcher, sinon déterminer, celle-ci : la valeur, la portée et la garantie normatives⁵⁰. Le premier pôle est relatif à la force que la norme reçoit de l'ordre juridique, notamment selon son auteur ou sa place dans la hiérarchie des normes ; le deuxième tient compte de l'effectivité de la norme, de sa réception par le corps social. Le troisième enfin s'intéresse à la façon dont le droit garantit le respect de la norme et sa validité, par exemple en admettant qu'elle puisse être mobilisable par le juge, opposable ou invocable par le justiciable.

⁴⁴ CE, avis, 4 juin 2007, n° 303422 et 304214, *Lagier et Guignon* : JCP E 2007, 1897, étude Ch. Guettier ; RTD civ. 2007, p. 577, obs. P. Jourdain.

⁴⁵ Rapp. Cass. avis, 29 oct. 2007, n° 0070015P : *JurisData* n° 2007-041229 ; JCP G 2007, II, 10194, note P. Jourdain ; *Resp. civ. et assur.* 2008, étude 2, par H. Groutel.

⁴⁶ CE, 5 mars 2008, n° 272447, *CPAM Seine-Saint-Denis* : AJDA 2008, p. 941, concl. J.-Ph. Thiellay ; *Gaz. Pal.* 2 avr. 2008, note C. Bernfeld et F. Bihal. – CE, 24 oct. 2008, *CHR Orléans* : JCP A 2009, 2026, note M. Sousse.

⁴⁷ Une distinction inhabituelle est ainsi faite entre poste et chef de préjudices (V. A. Vignon-Barrault, *La notion de poste de préjudice* : *Resp. civ. et assur.* 2010, dossier 5).

⁴⁸ Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *op. cit.* note (2), n° 96-4 ; A. Vignon-Barrault, *dossier préc.* note (47) ; C. Quézel-Ambrunaz, *Deux ans d'application de la réforme du recours des tiers payeurs* : *Gaz. Pal.* 3 mars 2009, p. 10 ; S. Boussard, *Les vicissitudes de la perte de chance dans le droit de la responsabilité hospitalière* : *RFDA* 2008, p. 1023.

⁴⁹ C. Thibierge et a., *La force normative. Naissance d'un concept* : LGDJ-Bruylant, 2009.

⁵⁰ C. Thibierge, *op. cit.* note (49), p. 813.

18 - Le premier pôle a déjà été examiné : lorsque nous avons conclu à la nature normative de la nomenclature *Dintilhac*, c'est à sa valeur normative que nous nous sommes principalement intéressés. Et à dire vrai, « nul n'ignore [plus sa] positivité »⁵¹. Il reste alors à examiner la portée normative (A), relativement simple à déceler, et la garantie normative, plus délicate à mesurer (B).

A. - La portée normative de la nomenclature *Dintilhac*

19 - La force normative de la nomenclature *Dintilhac* est avant tout fonction de son effectivité, c'est-à-dire de sa réception par la société et, plus précisément, par les acteurs de l'indemnisation du dommage corporel. Or comme évoqué plus haut, sans doute encouragées par la circulaire du 22 février 2007, les juridictions judiciaires lui confèrent un retentissement certain. Celui-ci est largement corroboré par la pratique non juridictionnelle.

20 - Ainsi, les dirigeants d'organismes d'indemnisation ont tôt fait savoir leur intention d'appliquer la nomenclature⁵². Par exemple, la Commission nationale des accidents médicaux a « demand[é] aux CRCI de procéder selon les préconisations du rapport *Dintilhac* à l'indemnisation des préjudices des victimes dont la demande est recevable »⁵³. Dans cette logique, le « référentiel indicatif d'indemnisation par l'ONIAM » précise que la liste des postes de préjudice sur lequel il s'appuie est celle du rapport *Dintilhac*⁵⁴. De même, le Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et autres infractions a choisi de l'appliquer pour formuler ses offres⁵⁵. Quant aux assureurs, dans leur très grande majorité, ils se sont montrés enthousiastes, vantant cette nomenclature « qui présente le mérite d'apporter un environnement juridique défini et harmonisé »⁵⁶ et réclamant sa légalisation⁵⁷. Dès décembre 2006, ils se sont d'ailleurs engagés à l'appliquer⁵⁸. Enfin, il semble que les médecins conseils de victimes et les avocats ont tendance à y voir un texte de droit positif⁵⁹ et, plus prosaïquement, qu'il existe « une sorte d'entente »⁶⁰ en faveur de

⁵¹ Ph. Pierre, *Nomenclature des postes de préjudices et recours des tiers payeurs. Propos introductifs* : *Resp. civ. et assur.* 2010, dossier 6.

⁵² *Colloque CNB*, 28 nov. 2007 : *Gaz. Pal.* 18 et 19 avr. 2008, pp. 46 et s.

⁵³ <http://www.cnamed.sante.gouv.fr/IMG/pdf/Nomenclature.pdf>.

⁵⁴ http://www.oniam.fr/textes/referentiel_oniam_20090701.pdf

⁵⁵ *V. Rép. min. n° 20604* : *JOAN* Q 27 mai 2008.

⁵⁶ *Association française de l'assurance, Livre blanc sur l'indemnisation du dommage corporel*, <http://www.ffsa.fr/ffsa/upload/reprise/docs/application/pdf/2010-03/livreblanccorporeldef.pdf> – *V. B. Rajot* : *Resp. civ. assur.* 2008, alerte 25.

⁵⁷ *B. Cerveau, L'assurabilité du préjudice extrapatrimonial* (http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/02-07-2007/02-07-2007_cerveau.pdf).

⁵⁸ *Livre blanc préc. note (56)*.

⁵⁹ *Rappr. C. Lienhard, Recours des tiers payeurs : une avancée législative significative* : *D.* 2007, p. 452 – *adde, Les fiches pratiques de l'Anadavi* : *Gaz. Pal.* 31 janv. 2009, p. 20.

⁶⁰ *H. Groutel, Le recours des tiers payeurs : rapport d'étape (déc. 2006-févr. 2008)* : *Resp. civ. et assur.* 2008, étude 2.

son application dans les procédures amiables comme devant les juridictions judiciaires.

21 - Il règne ainsi un consensus⁶¹, à défaut d'une unanimité, puisque des voix discordantes se sont fait entendre, telle celle de la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés en raison d'une certaine hostilité à la réforme du recours des tiers payeurs⁶² ou celles de certains assureurs qui ont formulé des propositions complémentaires⁶³, ou qui, dans une certaine mesure, dénaturent l'esprit du rapport⁶⁴. Plus préoccupant, on peut noter que la mission-type de l'AREDOC ne reprend pas parfaitement les propositions *Dintilhac*⁶⁵, tout comme la mission grand handicap⁶⁶.

22 - Sous ces dernières réserves, la nomenclature est donc d'ores et déjà dotée d'une grande portée normative, parce qu'elle est effectivement appliquée par les acteurs de l'indemnisation du dommage corporel. Ce constat fait même douter de l'utilité d'une consécration légale ou réglementaire, sous réserve de ce que celle-ci pourrait apporter en termes de sécurité juridique, tant il est vrai que « les manifestations de bonne volonté ne garantissent pas toujours une mise en œuvre effective des nouvelles références »⁶⁷.

23 - Cette portée normative s'explique aisément. Il est d'abord habituel d'observer combien la société civile prend une place active dans l'élaboration et la mise en œuvre du droit étatique. En ce sens, la commande de rapports publics peut apparaître comme une forme d'association de la société civile à l'élaboration des textes. Toutefois, cette dimension *a priori* démocratique de la production normative⁶⁸ ne saurait suffire à légitimer le résultat obtenu. Des circonstances supplémentaires paraissent nécessaires. Or en l'espèce, cette légitimité est certaine, en raison de la composition du groupe de travail et des efforts accomplis⁶⁹ ainsi que de l'inscription des conclusions formulées dans la continuité de travaux précédents, comme ceux du groupe *Lambert-Faivre*.

⁶¹ Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *op. cit.* note (2), n° 142.

⁶² CNAMTS, *Répartition de l'indemnisation entre les payeurs* http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2006/05-12-2006_assurance/05-12-06_cnamts.pdf

⁶³ B. Cerveau, *obs. préc.* note (57).

⁶⁴ V. la critique du CNB : http://www.cnb.avocat.fr/Indemnisation-des-dommages-corporels-les-avocats-rejettent-toute-idee-de-recours-a-des-baremes-meme-indicatifs_a402.html.

⁶⁵ Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *op. cit.* note (2), n° 31 ; P. Hivert, D. Arcadio et J.-M. Grandguillote, *Regards croisés pour une nouvelle expertise médicale issue de la nomenclature Dintilhac* : *Gaz. Pal.* 17-19 juin 2007, p. 2.

⁶⁶ D. Arcadio, *L'expert médical, l'avocat et le « syndrome du sac plastique »... : Gaz. Pal.* 31 janv. 2009, p. 15.

⁶⁷ Ph. Brun, *op. cit.* note (2), n° 224-150.

⁶⁸ Comp., G. Chantepie, *Les codifications privées in Association H. Capitant, op. cit.* note (11), p. 39, spéc. p. 49, relevant le manque d'« assise démocratique » des codifications privées.

⁶⁹ Pour un témoignage, J.-C. Bizot, *dossier préc.* note (43).

24 - Ensuite, « la qualité intrinsèque » et le « sens de la justice morale⁷⁰ » de la nomenclature confortent sa portée normative. Sous réserve de ne pas considérer que toute norme qualitativement irréprochable doit être pour cette seule raison érigée au rang de règle de droit⁷¹, la qualité de propositions normatives peut apparaître comme « source d'une nouvelle positivité »⁷².

25 - Enfin, les décisions rapportées plus haut ont montré que la majorité des juridictions ont pris pour habitude de motiver leurs décisions en se référant à la nomenclature *Dintilhac*. Est ainsi à l'œuvre une loi sociologique d'imitation et de répétition, qui concourt à la formation de la jurisprudence.

26 - Forte de ces justifications, la portée normative de la nomenclature est certaine. Elle renforce ainsi sa valeur normative aujourd'hui relativement faible, telle qu'elle a été décrite plus haut. Tourner désormais le regard vers le pôle de la garantie normative permettra d'achever de se forger une opinion sur sa force normative.

B. - La garantie normative de la nomenclature *Dintilhac*

27 - Il convient ici de s'interroger sur la manière dont l'ordre juridique garantit la nomenclature *Dintilhac* et notamment de se demander comment celui-là réagit lorsque celle-ci est écartée ou malmenée et s'il est permis aux justiciables d'en réclamer l'application par le juge. Parce qu'on peut présumer qu'à une faible valeur normative correspond une faible garantie normative, une réponse dubitative paraît s'imposer. Toutefois, cette présomption mérite d'être ici écartée, pour deux raisons.

28 - D'abord, si la loi du 21 décembre 2006 n'impose pas à la lettre l'application ou le rejet de la nomenclature, on peut se demander si le législateur n'a pas entendu implicitement faire de celle-ci la référence obligée en matière d'indemnisation du dommage corporel. L'argument est fragile car le silence de la loi peut être compris de deux manières. Il est possible en effet d'estimer que la nomenclature a été implicitement mais nécessairement écartée ou bien, à l'inverse, qu'elle a été nécessairement mais implicitement validée par le législateur.

29 - La première position relève d'une forme de bon sens : en présence d'un rapport commandé par le Gouvernement et favorablement accueilli par les acteurs de l'indemnisation, le simple fait qu'il n'en soit pas fait état dans la loi laisse à penser que le législateur n'est pas satisfait des préconisations formulées. En d'autres termes, le silence de la loi vaudrait désaveu. En ce sens, on peut relever une différence de terminologie entre la loi qui parle de « préjudice personnel » et le rapport *Dintilhac* qui préfère employer l'expression « préjudice extrapatrimonial ». En outre, quand bien même un décret viendrait adopter une typologie des préjudices, force est de constater que la loi ne fixe aucune ligne encadrant les prérogatives du

⁷⁰ C. cass. et a., *Les limites de la réparation du préjudice*, Dalloz, *Thèmes et commentaires, actes*, 2009, spéc. p. 102.

⁷¹ P. Deumier, *La doctrine collective législatrice : une nouvelle source du droit ?* : *RTD civ.* 2006, p. 63.

⁷² P. Deumier, *art. préc. note (71)*, p. 67 ; rappr. G. Chantepie, *art. préc. note (68)*, p. 56 : « La portée des codifications privées, la valeur de modèle des règles dites de droit souple, ne peut résulter que de l'autorité du raisonnement qui les fonde ».

Gouvernement. Autant dire que celui-ci pourrait ne pas suivre les propositions du rapport *Dintilhac* et préférer une autre approche. Rien ne permet donc dans cette optique de considérer que l'ordre juridique offre une garantie à la nomenclature des préjudices.

30 - La seconde position est plus convaincante : à l'exact opposé de la première, il est permis de penser que la nomenclature *Dintilhac* a reçu l'approbation implicite du législateur. Cette ratification relèverait de la nécessité et de la logique : « la loi du 21 décembre 2006 met en place le recours subrogatoire poste par poste ; elle suppose en conséquence une indemnisation préalable poste par poste ; le rapport *Dintilhac* offre à l'heure actuelle un détail des postes seul compatible avec la loi nouvelle. Il en résulte que les demandes nouvelles d'expertises ou de réparation doivent être rédigées conformément à la nouvelle nomenclature, à peine d'irrecevabilité »⁷³. Cette position n'échappe pas non plus à la critique dans la mesure où elle fait fi des réponses ministérielles et, dans une certaine mesure, de la jurisprudence. Elle s'inscrit néanmoins en cohérence avec la portée normative observée de la nomenclature.

31 - Ensuite – c'est la seconde raison d'écarter la présomption – il faut bien constater que certaines juridictions exigent désormais que les écritures des parties mettent en œuvre la nomenclature *Dintilhac*, à peine d'irrecevabilité⁷⁴ et que d'autres, certes moins sévères, invitent à présenter les demandes selon la nomenclature⁷⁵ ou se réservent le droit de les reformuler⁷⁶. Quant à la Cour de cassation, elle s'attache à ce que les juges du fond mettent en œuvre une ventilation précise des préjudices (*V. supra*).

32 - Ces éléments traduisent indubitablement une certaine garantie normative qui ne demande qu'à s'accroître, nonobstant une éventuelle consécration légale ou réglementaire. Pour s'en convaincre, il convient de relever le lien potentiel entre la portée normative (l'effectivité de la norme) et la garantie normative (sa protection et sa défense par l'ordre juridique). Ce lien paraît ici avéré en raison de l'usage⁷⁷ qui prend corps dans les pratiques expertales, judiciaires et transactionnelles. Or la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de contrôler le respect d'un usage par les juges du fond, lorsqu'il est commandé par la loi⁷⁸. De plus, depuis un décret du 22 mai 2008, la Cour doit simplement viser « la règle de droit » et non plus le texte de loi sur lequel elle fonde la cassation (*CPC, art. 1020*). Aussi peut-on se demander si la nomenclature *Dintilhac* ne pourrait pas être visée et acquérir ainsi une garantie normative considérable. Surtout, si l'on décèle au-delà de l'usage une règle

⁷³ P. Mazière, *art. préc. note (43)*, p. 152 ; Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *op. cit. note (2)*, n° 96-4.

⁷⁴ P. Mazière, *art. préc. note (43)*, p. 151.

⁷⁵ CA Rennes, 10 oct. 2007 : *JurisData n° 2007-347907*.

⁷⁶ P. Mazière, *art. préc. note (43)*, p. 151 citant deux décisions avignonnaises.

⁷⁷ Le terme est employé par un arrêt au moins : CA Rennes, 21 nov. 2007, *préc. note (75)*.

⁷⁸ L'arrêt est cité par C. Jubault, *Les « codes de conduite privés » in Association H. Capitant, op. cit. note (11), spéc. p. 37. – adde, M.-N. Jobard-Bachellier et X. Bachellier, La technique de cassation : Dalloz, 6^e éd., 2006, p. 82, note 1.*

coutumière (ce qui suppose de distinguer usage et coutume⁷⁹) ou si l'on fait de celui-ci une source du droit (par une quasi-assimilation de l'usage à la coutume), la force normative de la nomenclature s'accroît nécessairement puisque l'ordre juridique impose alors de la mettre en œuvre.

33 - Il convient donc d'interroger la pratique : est-il possible de passer du fait (tel recours à telle méthodologie a lieu régulièrement) au droit (tel recours à telle méthodologie doit⁸⁰ avoir lieu) ? Or il a été montré que la coutume n'est pas nécessairement « fille du temps », mais qu'elle est avant tout le fruit d'un consentement populaire et le résultat de la croyance en son caractère normatif et obligatoire. La manifestation de volonté collective est essentielle, l'écoulement du temps est secondaire⁸¹, au point que certains internationalistes admettent l'hypothèse d'une coutume instantanée⁸². Dans cet esprit, la nomenclature *Dintilhac* pourrait être qualifiée de norme coutumière en raison de l'*opinio necessitatis* établi et recevoir ainsi une meilleure garantie de la part de l'ordre juridique, qu'elle soit mise en œuvre dans un cadre transactionnel aussi bien que juridictionnel.

34 - Nombreuses sont ainsi les pistes évoquées. Elles témoignent de la configuration si particulière de l'ordre juridique dont les frontières interrogent et dont les éléments posent question. Au-delà des doutes qui subsistent, chaque acteur de l'indemnisation du dommage corporel doit pouvoir mettre en œuvre la nomenclature *Dintilhac* en étant rassuré sur son statut juridique : il s'agit indubitablement d'une norme juridique, dotée d'une force normative en développement. De la sorte, chacun participera à la construction de la force normative d'une norme hors norme.

⁷⁹ G. Teboul, *Logique de compétence et logique de validation. Coutume et source formelle de droit* : RDP 1993, p. 939 ; comp. P. Deumier, *Le droit spontané : Economica*, 2002.

⁸⁰ Pour faire simple et neutraliser les degrés de l'obligatorité de la règle de droit.

⁸¹ V. J.-M. Carbasse, *Coutume, temps, interprétation* : Droits 1999, n° 30, p. 15.

⁸² *Contra*, P. Daillier, M. Forteau et A. Pellet, *Droit international public* : LGDJ, 8^e éd., 2009, n° 210.