

# *Les conceptions de la temporalité dans la réparation du préjudice*

Pierre-Michel Menger  
Collège de France

Argument : les victimes possèdent le droit d'être totalement à l'abri de certains types de risques. La solution Pareto-optimale du problème de l'accident est déterminée par le calcul de la situation où l'auteur maximise son utilité sous la contrainte que la victime ne soit pas dans une situation plus mauvaise que si l'auteur de l'accident ne s'engage pas dans l'activité risquée. Ceci paraît impliquer que les réparations pour dommage doivent compenser pleinement la victime de ses pertes et préjudices, par l'allocation d'une indemnité suffisante pour lui permettre de revenir à son niveau d'utilité antérieur à l'accident.

Ceci n'est pas nécessairement le cas.

- **Dans un schéma déterministe** de programmation intertemporelle des états individuels, lorsqu'un acteur (individu, firme) a été affecté par une perte ou un dommage imputable à la responsabilité d'un tiers ou à l'intervention d'un choc exogène aléatoire (e.g. catastrophe naturelle), il s'agit de concevoir le mécanisme de rééquilibrage qui restaure l'état antérieur. Le raisonnement assurantiel simple est qu'il s'agit d'égaliser la situation ex ante et ex post de l'individu victime du dommage.

Il s'agit de rétablir une symétrie entre passé et présent et entre l'état de la victime et l'état de l'auteur du préjudice, autrement dit d'annuler le déroulement temporel. Le dommage advenu résulte du fait que l'auteur a imposé un risque à sa victime, sans qu'aucun risque de préjudice ne lui soit imposé. Compenser intégralement la victime exige apparemment que l'indemnité place la victime dans une situation qui ne peut pas être pire que lorsqu'elle était en bonne santé.

- dans un système déterministe, il s'agit de symétriser passé et avenir, autrement dit de maintenir les individus dans un éternel présent, un présent gros de tous les avènements possibles, pourvu que ceux-ci aient été probabilisés et donc escomptés et, à cette condition, soumis à assurabilité.

- dans un tel système, pour que les grandeurs demeurent finies, il faut que le déroulement du temps soit infini, ou, ce qui en est l'approximation, qu'on se situe indéfiniment dans le type de présent évoqué à l'instant, le présent qui contient en lui les paramètres de la probabilisation de tous les avènements possibles;

- pour qu'on puisse se maintenir dans un tel système déterministe à temporalité logique, intégralement probabilisable et intégralement assurable et compensable, il faut que les individus soient parfaitement identifiables et paramétrisables (condition de la définition de la réparation intégrale, par retour à l'état antérieur). C'est l'argument qui permet de symétriser la position d'auteur d'un dommage et de victime d'un dommage, car les deux sont impliqués dans un horizon de risque, l'un

pour le réaliser, l'autre pour en être affecté, mais le risque est contenu dans les paramètres du modèle pourvu que chacun soit potentiellement affecté d'un coefficient identifié de producteur ou de victime du risque, ouvrant la possibilité de l'assurabilité et de la compensation Pareto-optimales, autrement dit de compensation maintenant la situation de distribution des niveaux individuels de bien-être à son point d'équilibre, où personne ne sera dans une situation pire qu'avant que le risque se soit réalisé en un préjudice dommageable.

L'objection qui peut être adressée à ce modèle déterministe est du même ordre que l'objection adressée à un modèle d'équilibre général intertemporel de concurrence parfaite, à la Arrow-Debreu, qui suppose des marchés complets et une domestication parfaite du futur par l'outil probabiliste. Créer un système d'indemnisation *ex ante* de dommages est certainement impraticable, parce qu'un tel système exigerait de calculer par avance les risques infligés par une énorme variété d'activités et qu'il exigerait d'administrer de constants versements de liquidités à des millions d'individus.

En réalité, ce qui est présent dans ce schéma argumentatif, c'est l'équivalent d'une auto-assurance. L'idée est d'établir un système qui accorde des dommages uniquement *ex post* mais qui sont basés sur la valeur *ex ante* de la vie. Selon le raisonnement d'un article très cité de David Friedman, les victimes obtiendraient une compensation intégrale des pertes et dommages subis mais une compensation dont le niveau serait moindre, dès lors que des mécanismes existeraient qui permettraient aux victimes potentielles d'obtenir le bénéfice de la compensation dans leur état valide, avant la survenue du préjudice, quand l'argent a toute sa valeur pour eux. Dans ce cas, le calcul de la réparation intégrale serait le montant payé à la victime une fois qu'elle a subi le dommage pour l'indemniser intégralement, étant donné qu'elle aura obtenu le bénéfice d'une partie ou de la totalité de cette somme pendant qu'elle est pleinement valide. S'il existait des marchés d'assurance complets (couvrant tous les agents, pour tous les risques et pour toutes les occurrences prévisibles de ces risques, dans tous les états possibles du monde), les individus s'approcheraient d'une telle situation en vendant une assurance sur eux-mêmes. Fiction typique d'un système intertemporel d'équilibre général avec marchés complets.

- **Dans un schéma de temporalité séquentielle**, l'individu n'a pas un horizon intertemporel fixé *ab initio* : sa fonction d'utilité peut n'être plus la même après le dommage qu'avant. Certaines victimes obtiennent une utilité très faible de la réparation de leurs dommages, voire une utilité nulle en cas de décès ou de chute dans un coma irréversible. Dans beaucoup de cas, l'accident réduit donc l'utilité marginale du revenu pour la victime.

Mais **une autre hypothèse peut être faite** : celle qui place le Soi individuel invalidé par le dommage dans la perspective d'un futur incertain, dépendant d'événements susceptibles d'améliorer ou de dégrader son état et face à un horizon qui peut être plus court que ne l'était son espérance de vie antérieure à l'accident : dans ce cas,

l'utilité marginale de revenu sera plus élevée que dans la situation antérieure à son accident et le Soi individuel se révélera attacher une moindre valeur aux dépenses de consommation faites par le Soi pré-accidenté. Dans ce dernier cas, la loi pénale agit comme une sorte de tuteur (trustee) pour le Soi invalidé, pour parler comme Posner.

Prenons le cas de l'aggravation situationnelle d'une victime.

Placé dans une situation nouvelle, celle de victime plus ou moins lourdement invalidée, l'individu est tout à la fois

- sujet à de possibles modifications de son système de préférences et de ses représentations de ce qui est primordial ou désirable pour lui (sa fonction d'utilité, affectée par un nouvel échelonnement de son horizon temporel, de son espérance subjective de bien-être),
- placé dans une situation de réparation des dommages qui peut modifier son comportement à l'égard d'initiatives ou de prises de risque socialisables,
- confronté à un environnement dynamique : les connaissances médicales et les techniques de réparation thérapeutique de ses dommages peuvent évoluer et appeler des coûts supplémentaires, mais aussi favoriser peut-être une sortie plus rapide de l'état invalidant sur lequel est assis le calcul de la réparation, voire susciter des connaissances qui viendront remettre en cause le lien de causalité sur lequel sont assis l'imputation de responsabilité et l'action pénale génératrice du dispositif d'indemnisation initial. D'autre part, le contexte légal et juridique peut évoluer : la doctrine et la jurisprudence en matière de réparation des dommages peut se modifier, le comportement des assureurs évoluer en conséquence vers de nouveaux dispositifs de couverture des risques et de réassurance contre le risque de réouverture périodique ou de non-clôture d'un répertoire de cas révisables d'indemnisation lui-même susceptible d'extensions.

Il existe un cas traditionnellement complexe, celui des préjudices latents, qui est posé par les préjudices dont la manifestation intervient avec un décalage important par rapport à la cause déclenchante. L'une des difficultés que pose le traitement des cas d'aggravation situationnelle est de préciser le mécanisme causal. On peut mentionner les cas où un préjudice est indemnisé au titre d'une cause responsable et où il s'avère que c'est en réalité une cause non observée, ou latente, qui est responsable de la dégradation de l'état de la victime, voire du préjudice lui-même, ou alors que cette cause latente est un co-facteur, qui précipite l'aggravation. Dans ce cas, c'est l'environnement juridique et social de la situation qui est tout entier impliqué. Au moment du règlement du cas, le niveau de la préférence sociale pour la couverture des risques, ou le niveau de mutualisation des risques collectifs pouvaient être différents; et l'état du droit, de la pratique juridique et le comportement du juge sont un autre facteur d'incertitude, si le mécanisme de la révision, qui déclenche une forme de réversibilité temporelle dans la recherche des causes et l'imputation des effets, est asymétrique. Il est logique en effet de supposer que l'instruction du cas, au vu d'informations nouvelles, conduise à réestimer le cheminement causal, l'imputation et l'estimation des dommages, en présence de

co-facteurs ou de facteurs substitutifs. Le système judiciaire serait-il alors conduit à s'assurer contre les erreurs d'imputation causale, pour absorber les coûts de la révisabilité des cas et de l'allocation des dommages aux victimes initiales ou aux victimes de l'imputation de responsabilité qui s'est révélée défailante?

De multiples hypothèses peuvent être faites sur les aspects dynamiques de la situation de réparation, qui trouvent un écho dans les recherches consacrées à la réparation des dommages en économie du droit.

La victime dotée d'une indemnité réparatrice agira différemment selon que le niveau de son indemnisation la place dans un état de sous-compensation ou de sur-compensation du dommage. Il faudrait évoquer les études sur les indemnisations des accidents du travail et des maladies professionnelles, et sur les différences entre les accidents individuels et les maladies professionnelles qui sont liées à une cause générique touchant de vastes collectivités de travailleurs (par ex. l'amiante). Les accidents du travail sont très diversement réparés financièrement, et le plus souvent sous-compensés. Les fonds d'indemnisation de maladies liées à des causes génériques (amiante) ou à des événements catastrophiques peuvent donner lieu à des compensations administrées avec une efficacité sous-optimale en traitant par exemple favorablement des dommages sur-déclarés et défavorablement des invalidités sous-expertisées.

### *Les mécanismes*

Le comportement de la victime peut aussi varier selon que l'indemnité compensatoire du dommage lui est versée forfaitairement, selon un mode de calcul, actuariel ou non, ou par un versement périodique. Faut-il effectuer le règlement compensatoire en un unique versement global à la victime ou octroyer un revenu compensateur payé périodiquement?

Par ailleurs, les indemnités de réparation doivent souvent couvrir non seulement des pertes passées mais aussi des pertes futures, telles que des revenus salariaux perdus en cas d'invalidité permanente. La question se pose donc de savoir quel est le système optimal de versement des indemnités : en une fois, globalement, ou par versement périodique d'un revenu basé sur le montant escompté des pertes futures?

Le débat paraît assez simple s'il s'agit de coûts administratifs de gestion d'un revenu dont le versement est garanti à sa valeur escomptée initiale ou s'il s'agit de traiter des avantages pour le débiteur. Il devient plus intéressant si la forme de versement, autrement dit la manière d'échelonner ou non la réparation du préjudice, agit sur le comportement des acteurs. Certains suggèrent qu'à capital égal, le versement en une fois peut inciter la victime à entreprendre plus d'actions pour surmonter ce qu'il lui est possible de surmonter pour quitter plus rapidement son état d'invalidité. A l'inverse, l'argument mis en balance en faveur du paiement périodique est que l'incitation à exagérer ses dommages devant le tribunal est

moindre dans un contexte de paiement périodique. Autrement dit, une forme de relation d'agence s'instaurerait entre la victime et le débiteur ou son représentant, celle-là étant implicitement placée dans une situation de contrôle, pour autant que le paiement apparaisse conditionné à l'état réel continuellement actualisé des pertes effectives de la victime.

Mais l'argument vient immédiatement : la relation d'agence a un coût, et le dispositif de paiement périodique est par ailleurs plus directement en affinité avec un schéma de réexamen périodique de l'état des pertes et des besoins de la victime, ce qui fait peser sur le niveau (éventuellement révisable à la hausse) et sur les frais de gestion de la situation d'indemnisation, devenue une relation bilatérale durable et explicite, une incertitude dont le coût doit être transformé en un risque assurable par le débiteur ou son représentant.

Inversement, l'un des arguments à mettre en balance avec cette préférence théorique pour le versement unique de l'indemnité est, je l'ai dit, que l'incitation à exagérer ses dommages devant le tribunal est moindre dans une situation de versements périodiques.

Autre aspect dynamique qui peut être cité. L'indemnisation de la perte salariale escomptée d'un actif assez sévèrement invalidé pour être contraint de demeurer durablement voire définitivement hors du marché du travail peut-elle prendre en compte le niveau de risque de chômage et ses effets? Ce risque peut s'élever, en cas de conjoncture défavorable, et il augmente le risque d'inactivité contrainte ou de sous-emploi par passage sur des emplois précaires ou à temps partiel contraint, et il fait varier à la baisse le salaire de réserve. Quand le risque diminue, le risque de discontinuité de la trajectoire professionnelle diminue corrélativement. Une rente d'invalidité qui est acquise à cette victime sur un horizon long agit de manière complexe sur sa probabilité de retour vers l'emploi : elle peut jouer le rôle d'un actif sûr, qui autorise l'individu à changer son comportement à l'égard du risque à prendre pour retourner sur le marché du travail, et qui peut modifier aussi ses préférences et son salaire de réservation (celui en-deçà duquel il n'acceptera pas les emplois qui peuvent lui être proposés). Les régulations publiques de l'emploi peuvent elles-mêmes agir sur cette dynamique, si par exemple les conditions d'insertion ou de réinsertion de personnes handicapées évoluent sous l'effet de nouveaux dispositifs publics et/ou d'accords entre partenaires sociaux, et qu'ils modifient sensiblement la donne pour les salariés et pour les employeurs.

On peut aller plus loin en élargissant le réseau des causes et des effets. Situons l'individu dans son environnement familial, dans le déséquilibre réparable de son foyer. La décision de travailler ou non dépend à la fois de la situation de la victime, comme nous venons de l'évoquer brièvement, mais aussi des arbitrages intra-familiaux. Le conjoint valide qui n'était pas actif peut être conduit à le devenir, le transfert des activités domestiques vers l'individu invalidé provoquer des variations de son niveau de bien-être ou de son utilité espérée, selon les adaptations négociées ou imposées par la nouvelle donne.

D'une manière générale, dans une approche en temporalité séquentielle, le futur devient une grandeur dynamique, à la fois parce que les agents se comportent à l'égard de ce futur d'une manière qui peut avoir varié plus ou moins profondément par rapport à ce qu'était leur comportement temporel antérieur à l'événement "accident" et "dommage réparable" (hypothèse des Sois multiples), et parce que c'est dans le cadre d'une temporalité séquencée qu'apparaissent les relations interindividuelles autour desquelles se structurent les mécanismes d'adaptation, d'apprentissage face à une situation nouvelle, de rééquilibrage de la situation de la victime dans son contexte immédiat, d'arbitrage impliquant des négociations, des choix, des transferts, des variations interindividuelles de bien-être (solidarité positive ou dégradée). Pour le dire dans un autre vocabulaire, l'incertitude dans une temporalité séquentielle est double et inégalement sujette à probabilisation porteuse d'un calcul des compensations certaines d'un dommage certain : l'incertitude est exogène et endogène.

Dans l'approche déterministe, le futur, pour autoriser l'estimation de la perte compensable, doit être intégralement (ou maximale) probabilisable, et absorber toutes les incertitudes, grâce à la réduction de tous les situations imaginables (celles qui enveloppent le cours le plus simplement prévisible des choses dans une constellation de scénarios multiples, diversement probables) à leur équivalent certain : s'il y a défaut, il tient aux imperfections d'information (faute de temps et de minutie de l'enquête et de l'estimation), aux erreurs des parties impliquées dans l'expertise (limites cognitives, manque d'acribie), et à la difficulté du juge à arbitrer entre des usages stratégiques contradictoires de ces imperfections de la part des parties (sur- ou sous-estimation des dommages). Dans ce monde déterministe, un calcul est aisé à imaginer pour chercher à déterminer les gains et les pertes de procédures beaucoup plus minutieuses, bref pour estimer le rendement marginal de l'allongement de la procédure.

Dans une approche séquentielle, qui ouvre et ferme des épisodes successifs dans le cours d'une situation évolutive, l'incertitude tient non seulement à des facteurs objectifs malaisément probabilisables, et hors de contrôle direct des parties impliquées (e.g. comment évoluera la blessure d'une victime compte tenu de ses caractéristiques personnelles et de l'état du savoir médical existant et accessible?), mais aussi aux actions des sujets, à leurs initiatives, à leurs choix, à leurs décisions, et à la capacité qu'ils ont à réagir aux actions et décisions de tous ceux avec qui ils interagissent. C'est cette interaction stratégique qui porte une autre variabilité du système d'action dans lequel sont situées les parties prenantes, la victime, son entourage, le responsable du dommage, le juge, l'avocat, l'assureur, le législateur, l'expert, les associations porteuses de la défense des intérêts des victimes. Le comportement des acteurs peut introduire de la variabilité parce qu'ils agissent sur les facteurs susceptibles de provoquer une nouvelle situation, et d'ouvrir une nouvelle séquence temporelle, et parce qu'ils peuvent argumenter, faire valoir leurs intérêts et manoeuvrer pour soutenir ou démontrer que cet épisode est nouveau,

qu'il est porteur d'ingrédients (informations, modifications, changements des paramètres du cas tel qu'il était initialement instruit) qui conduisent à révision.

Dans ce raisonnement, il est important de comprendre que deux facteurs sont liés : d'une part, les individus apprennent, s'adaptent, révisent leurs croyances, modifient leur attitude, et entreprennent éventuellement des actions susceptibles de modifier leur situation dans le sens qui correspond à ces croyances révisées; d'autre part, ce n'est plus simplement l'individu victime qui est l'acteur cible ou le centre unique du dispositif réparateur conçu pour le replacer dans la situation antérieure au dommage. Mais c'est tout un maillage d'acteurs interdépendants qui sont impliqués dans la situation nouvelle créée par l'événement générateur d'une compensation réparatrice. L'approche déterministe n'ignore pas que la victime a un entourage, mais ne peut intégrer dans son calcul indemnitaire que la configuration statique de ce contexte. L'approche séquentielle augmente nécessairement le nombre des acteurs de l'intrigue, en faisant émerger des processus de causalité dynamiques et des incertitudes stratégiques.

Plaçons-nous un instant dans un tout autre contexte, celui des actions en dommages et intérêts pour les infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante. La question a fait l'objet d'un livre vert de la Commission des Communautés Européennes (2005). De nombreuses et importantes questions sont traitées : pour ce qui me concerne, outre celui de la définition et du calcul des dommages et intérêts versés aux victimes directes de ces infractions, se pose la question de la réparation des victimes indirectes. La victime directe, ce sont par exemple les firmes qui effectuent un achat auprès d'un fournisseur dont le comportement est contraire au droit de la concurrence et qui ont pour seul moyen de défense la répercussion des surcoûts provoqués par le comportement du fournisseur sur les clients en aval, dans toute la chaîne de distribution, et jusqu'au dernier acheteur, le consommateur final. Les victimes indirectes sont tous ces clients en aval, sur lesquels est réparti le dommage subi par l'entreprise répercutant les surcoûts.

Autre cas de victime collatérale : l'employeur du salarié qui a été victime d'un dommage dans lequel son employeur n'est en rien impliqué (un accident automobile, un accident domestique, une escroquerie qui plonge la victime dans la dépression, etc). Le problème du dommage compensable gagne en acuité si la victime est un élément clé de l'entreprise, difficilement remplaçable, ou dont la contribution était un facteur complémentaire et non pas simplement additif de la production de l'organisation ou de la firme : un ingénieur génial, un footballeur sans équivalent d'une équipe. Avec l'allongement de la chaîne des acteurs cibles du préjudice, on comprend aussi que la carte de la causalité puisse devenir beaucoup plus complexe et qu'une temporalité plus complexe de la révélation des préjudices, voire de leur réalisation effective et échelonnée, se déploie. L'exploration des cas est la voie par excellence du déploiement de cette carte.