

Le fabuleux destin du préjudice d'agrément (Heurts et malheurs d'une variable d'ajustement)

Philippe CASSON

Maître de conférences HDR en droit privé, Université de Haute-Alsace, CERDACC (UR 3992)

Parmi les postes de préjudice dont la victime d'un accident corporel peut obtenir réparation figure le préjudice d'agrément. Apparu dans le courant des années 1950, celui-ci a connu un destin particulier dans la mesure où la définition retenue de ce préjudice varie en fonction des politiques jurisprudentielles adoptées par les tribunaux. Défini de manière extensive comme « *la privation des agréments normaux de l'existence* »¹, il va permettre d'accorder à la victime une indemnité qui échappe au recours des tiers payeurs lorsque celui-ci s'exerce sur toute autre indemnité à l'exception du prix de la douleur et du préjudice esthétique (I). Inversement, sa définition restrictive qui recouvre exclusivement la perte « *d'une activité spécifique sportive ou de loisirs* »² dont la victime devra rapporter la preuve, adoptée lorsque ce péril paraît écarté, l'amène à rentrer dans le rang et à faire figure de parent pauvre (II).

I) L'expansion du préjudice d'agrément

Le préjudice d'agrément, initialement indifférencié (A), a connu un développement en relation directe avec la réforme de 1973 qui faisait échapper au recours de la sécurité sociale les indemnités destinées à compenser le préjudice esthétique, le prix de la douleur et le préjudice d'agrément. A partir de cette réforme, c'est la définition large du préjudice d'agrément qui fut adoptée afin d'accorder à la victime des indemnités substantielles qui échappaient à l'action récursoire des tiers payeurs (B).

A) LE PREJUDICE D'AGREMENT AVANT 1973, UNE NOTION PLURALE

La doctrine³ a démontré qu'avant 1973, le préjudice d'agrément comportait une pluralité de définitions, voire demeurait indifférencié. Définition restrictive, tout d'abord, selon laquelle le préjudice d'agrément consiste dans l'impossibilité pour la victime d'un accident corporel de se livrer à une activité culturelle, ludique ou sportive, précisément déterminée, à laquelle elle s'adonnait régulièrement auparavant⁴. Une telle définition, qui impose à la victime de rapporter la double preuve d'une activité pratiquée antérieurement à l'accident et l'impossibilité de s'y livrer depuis celui-ci, était critiquée car destinée à ne profiter « *qu'à des privilégiés de la fortune ou du milieu social* »⁵. Définition large ensuite, où le préjudice d'agrément consiste dans l'altération des agréments normaux de l'existence qui ne nécessite pas d'être prouvée car susceptible d'affecter tout un chacun dès qu'il ou elle est victime d'un accident⁶. Et d'ailleurs, doctrine et jurisprudence ne posaient pas ces deux définitions

¹ Cass. soc. 5 janv. 1995, n° 92-15.958, Bull. civ. V, n° 10, RTD civ. 1995, p. 892, obs. P. Jourdain.

² Cass. civ. 2^e 28 mai 2009, n° 08-16.829, Bull. civ. II, n° 131, RTD civ. 2009, p. 534, obs. P. Jourdain.

³ L. Cadiet, *Le préjudice d'agrément*, thèse droit, Rennes, 1983.

⁴ L. Cadiet, *op. cit.*, n° 11.

⁵ G. Durry, *La notion de préjudice d'agrément*, RTD civ. 1979, p. 800.

⁶ L. Cadiet, *op. cit.*, n° 15.

exclusives l'une de l'autre mais à même de coexister⁷. Notion indifférenciée⁸, enfin, à une époque où les tribunaux n'étaient pas contraints de distinguer les postes de préjudices et statuaient toutes causes de préjudices confondus. Dans une telle circonstance, le préjudice d'agrément n'était même pas réparé en tant que tel mais confondu avec l'ensemble des préjudices subis par la victime⁹. Cette situation d'indétermination du préjudice d'agrément, partagé entre des conceptions multiples, résultait d'une jurisprudence qui autorisait les tiers payeurs à exercer leur recours sur les indemnités destinées à réparer, notamment, des dommages comme le prix de la souffrance, le préjudice esthétique et le préjudice d'agrément, non pris en charge au titre des prestations sociales. Constante¹⁰, mais contestée par certaines juridictions du fond¹¹, cette jurisprudence reçut l'aval des Chambres réunies de la Cour de cassation qui dans un arrêt du 27 avril 1959 retinrent que « *l'article 68, paragraphe 3 [de la loi du 30 octobre 1946 (article 470 du Code de la sécurité sociale)], ne faisant aucune distinction entre les éléments matériels ou moraux du préjudice qu'elle a pour objet de réparer, l'indemnité mise à la charge du tiers, même réduite en raison du partage de responsabilités, doit être intégralement affectée, à due concurrence, au remboursement des dépenses effectuées par les caisses, par suite de leurs obligations légales* »¹². Cet arrêt de principe ne mit cependant pas un terme à la contestation des juges du fond qui n'admettaient pas que les organismes sociaux puissent exercer leur recours sur des indemnités destinées à compenser des postes de préjudice que les prestations sociales n'indemnisent pas¹³. Le salut vint d'un groupe de sénateurs qui déposèrent dès 1968, une proposition de loi tendant à rendre opposable à la sécurité sociale le partage de responsabilité intervenu entre le tiers responsable et la victime. La solution aurait été radicale et fut donc écartée mais un compromis intervint, destiné à ménager les intérêts de l'organisme social et de la victime.

B) LA REFORME DE 1973, CAUSE DIRECTE DE L'EXPANSION DU PREJUDICE D'AGREMENT

La loi 27 décembre 1973¹⁴ disposait que « *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 endurée et au préjudice esthétique et d'agrément* ». La solution énoncée par les chambres réunies de la Cour de cassation en 1959 était donc battue en brèche afin d'assurer à la victime de recevoir la partie de l'indemnité qui répare des préjudices qui ne le sont pas par les prestations sociales. Les indemnités compensant les souffrances endurées, le préjudice esthétique et le préjudice d'agrément échappaient désormais au recours de la sécurité sociale. La Cour de cassation

⁷ L. Cadet, *op. cit.*, n° 15, 16 et 17.

⁸ Il est significatif de relever que ni le traité du Doyen Savatier dans son édition de 1951 ni le traité des Professeurs Mazeaud dans leur dernière édition de 1965 (Tome 1), 1970 (Tome 2) et 1983 (Tome 3) ne font état du préjudice d'agrément dans leurs tables analytiques.

⁹ Pour un exemple de cette pratique antérieure à la réforme de 1973 : Cass. crim. 29 nov. 1972, n° 72-90.899, Bull. crim. n° 367. Et pour la condamnation de cette pratique après l'entrée en vigueur de la loi de 1973 : Cass. crim. 27 nov. 1974, n° 73-90.167, Bull. crim. n° 350 ; Cass. crim. 14 mai 1975, n° 74-91.978, Bull. crim. n° 127.

¹⁰ Cass. crim. 10 mars 1953, JCP 1954, II, 8007, note PA ; Cass. civ. 2^e 3 juin 1955, JCP 1955, II, 8814, note Esmein ; Cass. soc. 16 juill. 1958, Bull. civ. V, n° 572.

¹¹ CA Grenoble 8 nov. 1950, JCP 1951, II, 6007 ; CA Rennes, 12 juill. 1954, GP. 1954, 2. 246.

¹² Chambres réunies, 27 avr. 1959, Bull. civ. Ch. réunies, n° 1, D. 1959, p. 345, note Esmein, GP 1959, 2. 5, S. 1959, p. 153, JCP 1959, II, 11176, note GB, Rev. gén. ass. terr. 1960, note AB, A. Tunc, L'arrêt des chambres réunies du 27 avril 1959 et l'imputation sur le « pretium doloris » du recours de la sécurité sociale, JCP 1959, I, 1520. La solution fut maintenue par les différentes chambres de la Cour de cassation : Cass. crim. 11 janv. 1967, n° 66-90.807, Bull. crim. n° 229 ; Cass. soc. 10 déc. 1970, n° 69-13.247, Bull. civ. V, n° 714.

¹³ CA Paris 29 juin 1965, JCP 1965, II, 14296, D. 1965, p. 567, note H. Benoit-Guyot.

¹⁴ Loi n° 73-1200 du 27 décembre 1973 relative à l'étendue de l'action récursoire des caisses de sécurité sociale en cas d'accident occasionné à un assuré social par un tiers, JO 30 déc. 1973, p. 14152.

saisie sur ce point admit l'extension de cette réforme, qui ne concernait que le seul régime général de la sécurité sociale, à l'ensemble des organismes de protection sociale¹⁵, mais l'écarta pour les mutuelles régies par le Code de la mutualité¹⁶ et pour les employeurs payant à leurs salariés des indemnités venant en complément des prestations de sécurité sociale¹⁷. Ces deux dernières restrictions se révélèrent particulièrement dommageables pour les victimes, notamment en cas de concours entre l'organisme social de base, d'une part, et de l'employeur ou de la mutuelle, d'autre part sur une dette d'indemnité insuffisante pour désintéresser chacun d'eux. Dans une telle hypothèse, la Cour de cassation permit aux employeurs ainsi qu'aux mutuelles d'exercer tout d'abord leurs recours sur la part d'indemnité non soumise au recours social destinée à réparer le préjudice esthétique, le prix de la douleur et le préjudice d'agrément, puis de venir en concours avec l'organisme social de base pour le solde de leur créance sur la fraction d'indemnité soumise à l'action récursoire de ce dernier. La victime, dans ce cas de figure, ne recevait rien¹⁸. C'est la loi du 5 juillet 1985¹⁹ qui, après avoir recensé dans son article 29 les organismes sociaux admis à exercer un recours contre le tiers responsable ainsi que les prestations recouvrables à ce titre, prévoit dans son article 31 que ces recours s'exercent dans les limites de la part d'indemnité 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 ». Le législateur étendait ainsi à l'ensemble des tiers payeurs la restriction apportée en 1973 à l'assiette du recours de la sécurité sociale. Aucun tiers payeur ne pouvait plus exercer son recours sur les indemnités compensant le préjudice esthétique, le prix de la douleur et le préjudice d'agrément hormis l'assureur avance-recours de l'article 33, alinéa 3, de la loi du 5 juillet 1985, devenu l'article L. 211-25 du Code des assurances, qui est admis à exercer son recours subrogatoire sans autre limite que le solde subsistant après paiement des tiers payeurs de l'article 29 de ladite loi et qui en pareil cas comprend non seulement l'indemnité complémentaire leur revenant au titre de l'atteinte à l'intégrité physique, mais encore la part d'indemnité de caractère personnel échappant au recours desdits tiers payeurs²⁰.

Parallèlement à cette évolution législative, la jurisprudence décida d'adopter une conception large du préjudice d'agrément lequel devait désormais s'entendre comme « résultant de la diminution des plaisirs de la vie causée notamment par l'impossibilité ou la difficulté de se livrer à certaines activités normales d'agrément »²¹. La Cour de cassation adopta cette conception extensive du préjudice d'agrément qui ne devait pas être limité au domaine des activités sportives, ludiques ou sportives et résulte de la « privation des agréments d'une vie normale, distincte du préjudice objectif résultant de l'incapacité constatée »²². Cette conception extensive du préjudice d'agrément permettait d'accorder à la victime une indemnité davantage conséquente que celle autorisée par la définition restrictive de ce préjudice. Elle « ne tendait en effet qu'à empêcher les tiers payeurs d'exercer leurs recours sur ce poste de préjudice à caractère personnel, à une époque où la jurisprudence admettait que

¹⁵ Cass. soc. 17 juin 1976, n° 75-10.361, Bull. civ. V, n° 382.

¹⁶ Cass. soc. 1^{er} fév. 1978, n° 76-12.782, Bull. civ. V, n° 77.

¹⁷ Cass. soc. 28 janv. 1981, n° 79-15.188, Bull. civ. V, n° 76 ; 23 nov. 1983, n° 82-13.653, Bull. civ. V, n° 571, JCP 1984, éd. CI, 14338, note G. Vachet.

¹⁸ Cass. soc. 23 nov. 1983, préc.

¹⁹ Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, JO 6 juill. 1985, p. 7584.

²⁰ Cass. crim. 22 mars 1995, n° 94-81.852, Bull. crim. n° 119 ; 23 janv. 2003, n° 00-18.324 ; Cass. civ. 2^e 5 avr. 2007, n° 04-19.098.

²¹ CA Paris 2 déc. 1977, GP 1978. 1. 36, note M. Le Roy, D. 1978, p. 285, note Y. Lambert-Faivre, RTD civ. 1979, p ; 357, obs. G. Durry.

²² Cass. crim. 5 mars 1985, n° 83-91.157, Bull. crim. n° 105, D. 1986, p. 445, note H. Groutel.

ces recours pouvaient être exercés sur l'indemnité réparant le préjudice fonctionnel. Il fallait donc étendre autant que possible la notion de préjudice d'agrément pour préserver les droits des victimes »²³. L'inconvénient de cette approche c'est qu'ainsi compris le préjudice d'agrément se différencie mal des conséquences séquellaires de l'atteinte à l'intégrité physique de la victime alors que les indemnités qui la compensent tombent dans l'assiette du recours des tiers payeurs. La Cour de cassation n'en opposait pas moins de manière artificielle « les troubles physiologiques subis par la victime ayant affecté ses conditions de travail et d'existence qui constituent un préjudice corporel de caractère objectif », dont l'indemnisation restait soumise au recours des tiers payeurs, au préjudice d'agrément défini comme « le préjudice subjectif de caractère personnel résultant des troubles ressentis dans les conditions d'existence », exclu de ces mêmes recours. La cour d'appel de Paris dans un arrêt du 17 septembre 2001²⁴ refusant cette contradiction dans les termes décida d'exclure de l'assiette de recours des tiers payeurs l'intégralité de ce qu'elle nomma le préjudice fonctionnel d'agrément non indemnisé par les prestations sociales, en réservant à ce recours les seules indemnités compensant les pertes subies et les gains manqués. L'assemblée plénière de la Cour de cassation censura cette décision au motif que la cour d'appel avait exclu du recours du tiers payeur des indemnités réparant l'atteinte objective à l'intégrité physique de la victime dont il faut distinguer le préjudice d'agrément à caractère subjectif et personnel résultant des troubles ressentis dans les conditions d'existence²⁵. C'était maintenir la contradiction en distinguant deux préjudices qui, au regard de leurs définitions respectives, n'en faisaient qu'un et autoriser les tiers payeurs à exercer leur recours sur des indemnités compensant des préjudices non réparés par les prestations sociales. Ainsi, des indemnités destinées à l'achat de matériels médicaux, d'un fauteuil roulant électrique ainsi que le surcoût d'un appartement plus vaste et des frais d'adaptation²⁶ ou bien encore de celle compensant la cessation de l'activité agricole d'un double actif victime d'un accident du travail en sa qualité d'agent communal et pris en charge à ce titre par la législation sociale²⁷. La réforme s'imposait.

II) La contraction du préjudice d'agrément

La phase de contraction du préjudice d'agrément débute avec l'entrée en vigueur de la loi du 21 décembre 2016 dont l'article 25 bouleverse l'assiette de recours des tiers payeurs avec l'adoption de l'imputation « poste par poste » qui rend caduque la définition extensive du préjudice d'agrément et alors que la nomenclature Dinthilac retient une conception restrictive de ce préjudice (A). Dans le dernier état du droit positif, la Cour de cassation procède à un affinement de la notion de préjudice d'agrément tout en demeurant dans la limite stricte de la définition restrictive adoptée dorénavant de ce préjudice (B).

²³ P. Jourdain, obs. sous Cass. civ. 2^e 28 mai 2009, RTD civ. 2009, p. 534.

²⁴ CA Paris 17 sept. 2001, D. 2001, IR. 2948, RTD civ. 2002, p. 113, obs. P. Jourdain. V. déjà CA Paris 3 mai 1994, D. 1994, p. 516, note Y. Lambert-Faivre.

²⁵ Cass. ass. plén. 19 déc. 2003, n° 02-14.783, Bull. civ. ass. plén. n° 8, RTD civ. 2004, p. 300, obs. P. Jourdain, H. Groutel, Il y a « préjudice d'agrément » et « préjudice d'agrément » !, Resp. civ. et ass. 2004, Chron. 9, P. Delebecque, P. Jourdain, D. Mazeaud, Responsabilité civile, D. 2005, p. 185, I, C, 2.

²⁶ Cass. civ. 2^e 3 févr. 2000, n° 98-12.083, Bull. civ. II, n° 21.

²⁷ Cass. crim. 5 mars 1992, n° 91-82.424, Bull. crim. n° 100. Avant l'arrêt des Chambres réunies de 1959, la Cour de cassation n'osait pas adopter une telle solution et laissait à l'écart de l'assiette du recours du tiers payeur les indemnités compensant le préjudice d'un double actif non couvert par les prestations sociales voir Cass. civ. 2^e 22 avr. 1955, D. 1956, p. 69 (2^{ème} esp.), note A. Tunc.

A) L'ADOPTION DE LA DEFINITION RESTRICTIVE DU PREJUDICE D'AGREMENT

L'article 25 de la loi du 21 décembre 2016²⁸ a réformé le droit des recours des tiers payeurs en imposant l'exercice des recours « *poste par poste* » c'est-à-dire que les organismes sociaux ne peuvent plus recourir que sur les seules indemnités qui compensent des préjudices que leurs prestations contribuent, en tout ou en partie, à indemniser tout en maintenant à l'écart de ces actions récursoires les indemnités tendant à réparer les préjudices à caractère personnel à moins que le tiers payeur ne soit en mesure d'établir de manière incontestable que la prestation servie indemnise un tel poste de préjudice. Dès lors, en principe l'indemnité destinée à compenser le préjudice fonctionnel ne relève plus de l'assiette du recours des tiers payeurs à moins pour ceux-ci de démontrer que les prestations sociales versées correspondent trait pour trait à ce préjudice. Cette réforme rendait donc inutile la construction de la Cour de cassation fondée sur la distinction entre, d'une part, un préjudice corporel de caractère objectif qui doit être compris dans l'assiette du recours et d'autre part, un préjudice d'ordre essentiellement moral réparé sous la qualification de préjudice d'agrément. La définition extensive du préjudice d'agrément, destinée à permettre à la victime de recevoir une indemnité, n'avait donc plus droit de cité, d'autant plus que la nomenclature Dinthilac en retient une définition restrictive en le définissant comme « *la gêne ou l'impossibilité pour la victime de pratiquer régulièrement une activité sportive ou de loisirs* ». C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation dans un arrêt rendu en 2009²⁹, annoncé par un précédent en 2008³⁰, décida que « *la réparation d'un poste de préjudice personnel distinct dénommé préjudice d'agrément vise exclusivement une activité spécifique sportive ou de loisirs* ». Et, en principe, la victime n'a plus rien à y perdre dans la mesure où ce qui était avant la réforme de 2006 indemnisé au titre des pertes des agréments normaux de la vie serait désormais partie intégrante des déficits fonctionnels temporaires et permanents et indemnisé à ce titre sans recours des tiers payeurs sur ces postes à moins de démontrer que les prestations servies visent à les indemniser³¹. Ombre au tableau, la Cour de cassation en 2010³² énonça 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* » ce qui constituait apparemment un revirement. Néanmoins, cette remise en cause n'en était pas une car, limitée à la seule sphère des accidents du travail, elle s'expliquait par le revirement de la position de la Cour de cassation concernant l'imputation des rentes accident du travail sur le déficit fonctionnel en 2009. Après avoir été d'avis et décidé que les rentes accident du travail ne peuvent indemniser que les seules conséquences patrimoniales de l'accident et en aucun cas s'imputer sur les indemnités réparant le déficit fonctionnel permanent³³, la Cour de cassation décida « *que la rente versée à la victime d'un accident du travail indemnise, d'une part, les pertes de gains professionnels et l'incidence professionnelle et, d'autre part, le déficit*

²⁸ Loi n° 2016-1640 du 21 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2007, JO 22 déc. 2006, p. 19315. Sur cette réforme voir notamment C. Lienhard, Recours des tiers payeurs : une avancée législative significative, D. 2007, p. 452 ; P. Jourdain, La réforme des recours des tiers payeurs : des victimes favorisées, D. 2007, p. 454 ; Ph. Casson, Le recours des tiers payeurs : une réforme en demi-teinte, JCP G 2007, I, 144 ; H. Groutel, Le recours des tiers payeurs : une réforme bâclée, Resp. civ. et ass. 2007, étude, 1.

²⁹ Cass. civ. 2^e 28 mai 2009, n° 08-16.829, préc.

³⁰ Cass. civ. 2^e 5 juin 2008, n° 07-15.791, Resp. civ. et ass. 2008, comm. 257.

³¹ Cass. civ. 2^e 17 juin 2010, n° 09-15.842, Bull. civ. II, n° 115 ; 1^{er} juill. 2010, n° 09-68.003 ; 4 nov. 2010, n° 09-69.918 ; 2 juill. 2015, n° 14-18.351, Bull. civ. II, n° 834 ; 10 déc. 2015, n° 14-24.443, Resp. civ. et ass. 2016, comm. 68 ; 17 déc. 2015, n° 14-28.858, Resp. civ. et ass. 2016, comm. 70 ; 8 févr. 2017, n° 15-21.528, FS-P+B.

³² Cass. civ. 2^e 2 avr. 2010, n° 09-11.634, Bull. civ. II, n° 77, RTD civ. 2010, p. 559, obs. P. Jourdain, Resp. civ. et ass. 2010, comm. 240, obs. H. Groutel, D. 2010, p. 1086, 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, P. Brun O. Gout, Responsabilité civile, D. 2011, p. 35, I, A, 1.

³³ Cass. civ., avis, 22 oct. 2007, n° 00-70015, 00-70016, 00-70017, Dr. soc. 207, p. 196, rapport D. Grigou-Dumoulin ; Cass. civ. 2^{ème} 23 oct. 2008, n° 07-18.819, Bull. civ. II, n° 229, JCP S 2009, 1059, note D. Asquenzi-Bailleux.

fonctionnel » et « *qu'en l'absence de perte de gains professionnels ou d'incidence professionnelle, cette rente indemnise nécessairement le poste de préjudice personnel du déficit fonctionnel permanent* »³⁴. La consultation des propositions de l'assurance-maladie sur les charges et produits pour l'année 2012 du conseil de la CNAMTS du 7 juillet 2011 permet d'apporter un élément d'explication à cette volte-face de la Cour de cassation. Le rapport de la CNAMTS pour l'année 2012 relève tout d'abord que la crise économique qui s'est déclenchée à la mi-2008 a généré une récession sans précédent en France avec un recul du PIB de -2, 5% en volume en 2009 entraînant pour l'assurance maladie une perte de recettes massive liée à la montée du chômage et à la contraction de la masse salariale. Celles-ci auraient baissé de 1% ce qui ne serait jamais arrivé depuis la création de la sécurité sociale. Le rapport ajoute que le redressement progressif des comptes avec un déficit ramené de 11, 8 milliards d'euros en 2004 à 4, 4 milliards en 2008 aurait été brutalement interrompu, le déficit ayant plus que doublé en 2009 pour atteindre 10, 6 milliards d'euros, dont la moitié – 5, 4 milliards – serait d'ordre conjoncturel. Concernant plus particulièrement les recours contre tiers, le rapport précise que ceux-ci représentent un enjeu financier de 800 millions à plus d'un milliard d'euros selon les années, soit pour l'année 2010, 894 millions d'euros au titre du risque maladie et 457 millions au titre du risque accident du travail³⁵. Ces quelques éléments chiffrés qui mettent en évidence une concordance étroite entre l'accroissement du déficit de l'assurance-maladie et le revirement opéré par la Cour de cassation durant l'année 2009 expliquent, s'ils ne la justifient pas, la lecture *contra legem*³⁶ que celle-ci retient des textes. Quoiqu'il en soit, l'extension du préjudice d'agrément lorsque la victime est un accidenté du travail réduit l'assiette du recours des tiers payeurs et permet d'allouer à la personne lésée une indemnisation dont elle profitera³⁷. Cette mise entre parenthèse de la définition restrictive du préjudice d'agrément adoptée en 2009 ne dura guère car dès 2013 la cour de cassation revint sur la solution adoptée en avril 2010 pour retenir qu'au sens de l'article L. 452-3 du Code de la sécurité sociale, « *le préjudice d'agrément réparable ... est constitué par l'impossibilité pour la victime de continuer à pratiquer régulièrement une activité spécifique sportive ou de loisir* »³⁸. Il est vrai qu'entre-temps le Conseil constitutionnel, saisi dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, a décidé que, si le système d'indemnisation spécifique prévu par la loi, et notamment la réparation forfaitaire des pertes de salaires, est conforme à la constitution, une réserve d'interprétation s'imposait concernant l'article L.452-3 du Code de la sécurité sociale qui ne saurait faire obstacle à la réparation non seulement des préjudices recensés par cette disposition mais aussi de « *l'ensemble des dommages non couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale* »³⁹. Il n'en fallait pas davantage pour inciter la Cour de cassation à abandonner en matière d'accident du travail la définition extensive qu'elle en avait donnée en avril 2010⁴⁰. Il restait à décider, conformément à ce que prévoit d'ailleurs la nomenclature Dinthilac et contrairement à la solution

³⁴ Cass. crim. 19 mai 2009, n° 08-82.666, Bull. crim. n° 97 ; 19 mai 2009, n° 08-86.050, Bull. crim. n° 95 ; 19 mai 2009, n° 08-86.485, Bull. crim. n° 96 ; Cass. civ. 2^e 11 juin 2009, n° 08-17.581, Bull. civ. II, n° 155 ; 11 juin 2009, n° 07-21.816, Bull. civ. II, n° 160 ; 22 oct. 2009, n° 08-19.576, Bull. civ. II, n° 259. La solution fut étendue au déficit fonctionnel temporaire Cass. civ. 2^e 19 nov. 2009, n° 08-18.019.

³⁵ Propositions de l'assurance-maladie sur les charges et produits pour l'année 2012, Conseil CNAMTS, 7 juin 2011, p. 18, 19 et 47.

³⁶ S. Porchy-Simon, Le recours des tiers payeurs à l'épreuve de la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation, D. 2010, p. 593.

³⁷ O. Gout, *op. et loc. cit.*

³⁸ Cass. civ. 2^e 28 févr. 2013, n° 11-21.015, Bull. civ. II, n° 48, Dr. soc. 2013, p. 658, note S. Hocquet-Berg, RTD civ. 2013, p. 383, obs. P. Jourdain.

³⁹ Cons. Const. 18 juin 2010, n° 2010-8 QPC, P. Brun O. Gout, Responsabilité civile, D. 2011, p. 35, Cahiers du Cons. Constit. N° 29, 1 ; JCP S 2010, 1361, note G. Vachet ; H. Groutel, Lutte armée contre l'article L. 452-3 du Code de la sécurité sociale, Resp. civ. et ass. 2010, Chron. 8 ; G. Pignarre, Simple réserve mais grands effets..., Droit du travail 2011, p. 186, S. Porchy-Simon, L'indemnisation des préjudices des victimes de faute inexcusable à la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010 : réelle avancée ou espoir déçu ? D. 2010, p. 459.

⁴⁰ Également dans ce sens voir Y. Lambert-Faivre S. Porchy-Simon, Droit du dommage corporel, 8^e éd. Dalloz, 2016, n° 215, p. 190. La solution est désormais constante : Cass. civ. 16 juin 2016, n° 15-18.592, n° 15-18.592, Rep. civ. et ass. 2016, comm. 266 ; 2 mars 2017, n° 15-27.523, Resp. civ. et ass. 2017, comm. 133 ; 25 janv. 2018, n° 17-10.299, Resp. civ. et ass. 2018, comm. 97.

antérieure⁴¹, que le préjudice d'agrément temporaire est inclus dans le déficit fonctionnel temporaire⁴², pour que la page soit tournée et le préjudice d'agrément réduit pour ainsi dire à la portion congrue n'ayant plus de rôle à jouer dans la répartition des indemnités entre tiers payeurs et victimes.

B) LA DEFINITION RESTRICTIVE DU PREJUDICE D'AGREMENT PRECISEE

Dans le dernier état du droit positif, il restait à préciser, le cas échéant, la notion de préjudice d'agrément. Jusque-là, la doctrine insistait pour ce qui est de la définition restrictive du préjudice d'agrément sur l'impossibilité pour la victime de continuer à pratiquer régulièrement une activité sportive ou de loisirs dont la victime doit rapporter la preuve : preuve de la pratique antérieure et preuve de l'impossibilité de poursuivre la pratique du fait de l'accident. La Cour de cassation a cependant rendu récemment deux arrêts qui permettent d'aller plus loin. Le premier, rendu le 29 mars 2018⁴³, rappelle que « *le préjudice d'agrément est constitué par l'impossibilité pour la victime de continuer à pratiquer régulièrement une activité spécifique sportive ou de loisirs* » et ajoute que « *ce poste de préjudice inclut la limitation de la pratique antérieure* ». En l'espèce, la victime pratiquait avant l'accident une activité sportive à un très haut niveau lui permettant d'envisager les podiums mais se trouvait empêchée, tout en continuant à pratiquer, de maintenir ce niveau. En réalité, il ne nous semble pas qu'il s'agisse là d'une innovation dans la mesure où la nomenclature Dinthilac retient au titre du préjudice d'agrément défini restrictivement non seulement l'impossibilité de pratiquer une activité sportive ou de loisirs mais également la simple gêne dans cette pratique. On admettra que la différence entre la gêne et la limitation demeure ténue. Le second arrêt, rendu le 5 juillet 2018⁴⁴, a retenu un préjudice d'agrément alors que si la victime ne souffrait d'aucune inaptitude fonctionnelle l'empêchant de pratiquer l'activité exercée antérieurement à l'accident, l'état psychologique de celle-ci le lui interdisait en fait ce qui constitue sans aucun doute, cette fois, une avancée dans la reconnaissance de ce préjudice dont la preuve restera néanmoins difficile la plupart du temps à rapporter.

⁴¹ Cass. civ. 2^e 5 oct. 2006, n° 05-20.139, Bull. civ. II, n° 254, RTD civ. 2007, p. 127, obs. P. Jourdain.

⁴² Cass. civ. 5 mars 2015, n° 14-10.758, Bull. civ. II, n° 51, Resp. civ. et ass. 2015, comm. 168, obs. H. Groutel ; P. Brun O. Gout, Responsabilité civile, D. 2016, p. 35

⁴³ Cass. civ. 2^e 29 mars 2018, n° 17-14.499, FS-P+B, M. Bacache A. Guégan, S. Porchy-Simon, Dommage corporel, D. 2018, p. 2153.

⁴⁴ Cass. civ. 2^e 5 juill. 2018, n° 16-21.776, FS-P+B, M. Bacache A. Guégan, S. Porchy-Simon, Dommage corporel, D. 2018, p. 2153.

