



**HAL**  
open science

## Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative . Le droit administratif en mutation, Presses Universitaires de France, pp.275-316, 1993, Publications du CU-RAPP. hal-01670362

**HAL Id: hal-01670362**

**<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01670362>**

Submitted on 21 Dec 2017

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# **RÉFLEXION SUR LES FONCTIONS SOCIALES DE LA RESPONSABILITÉ ADMINISTRATIVE**

**À LA LUMIÈRE DES RÉCENTS DÉVELOPPEMENTS DE  
LA JURISPRUDENCE ET DE LA LÉGISLATION**

PAR

Danièle LOCHAK

*Professeur à l'Université de Paris X - Nanterre*

Le droit de la responsabilité administrative - et plus généralement de la responsabilité de l'État - a connu au cours des dernières années une série d'évolutions importantes. Or les mécanismes de mise en jeu de la responsabilité ne relèvent pas de la simple technique juridique : ils renvoient à une certaine conception du lien social, à une certaine façon de penser et d'organiser les rapports sociaux, comme l'a bien montré François Ewald dans son analyse de l'État providence comme avènement d'une "société assurancielle"<sup>1</sup>.

C'est dans cette perspective, qui conduit à s'interroger sur les fonctions sociales des règles gouvernant la mise en jeu de la responsabilité de l'État, que l'on se propose d'examiner ici les développements récents de la jurisprudence mais aussi de la législation en la matière. Cela, après un bref retour aux sources historiques et théoriques du droit de la responsabilité et donc un détour nécessaire par la responsabilité civile.

---

1. Le mot "responsabilité", remarque encore François Ewald, renvoie à plusieurs niveaux de réalité : un niveau politique, où il désigne un principe général de régulation sociale ; un niveau juridique ou technique, où il désigne l'ensemble des procédures qui organisent les actions en dommages et intérêts ; un niveau philosophique, enfin, qui permet d'expliquer pourquoi un acte, un événement ou un dommage est imputable à quelqu'un (voir par exemple sa présentation du numéro de la revue *Risques* sur "Assurance, droit, responsabilité", n° 10, avril-juin 1992, p.12).

## **PROLOGUE : RETOUR AUX SOURCES HISTORIQUES ET THÉORIQUES DU DROIT DE LA RESPONSABILITÉ**

### ***A) Responsabilité civile, responsabilité administrative : destins croisés***

Lorsqu'on s'efforce de saisir parallèlement l'évolution du droit de la responsabilité civile et l'évolution du droit de la responsabilité de la puissance publique, on est d'abord frappé par le contraste entre l'évolution relativement linéaire du droit de la responsabilité civile et l'évolution plus sinueuse de la responsabilité de la puissance publique. En droit civil, on est parti d'un régime fondé quasi-exclusivement sur la faute pour aboutir, soit par le biais de réformes législatives, soit par le seul jeu d'une nouvelle interprétation des textes, à un système qui fait une place croissante à la responsabilité sans faute. En droit public, au contraire, la doctrine a mis du temps à s'acclimater à l'idée d'une responsabilité pour faute de l'administration et a tenté au départ de trouver à cette responsabilité d'autres fondements que la faute ; une fois admise la responsabilité pour faute, celle-ci n'a pas fait disparaître la responsabilité sans faute, de sorte que l'une et l'autre se sont développées parallèlement et de façon autonome.

Mais si l'on considère l'aboutissement de cette évolution contrastée, le constat est bien différent, sinon inverse : le droit de la responsabilité civile ne peut plus être présenté comme essentiellement gouverné par la notion de faute ; inversement, malgré l'admission d'hypothèses toujours plus nombreuses de responsabilité sans faute, c'est bien la faute qui reste aujourd'hui encore le fondement de droit commun de la responsabilité de la puissance publique. Il en résulte un rapprochement de plus en plus net entre deux systèmes juridiques qu'on avait coutume d'opposer - rapprochement qu'accroissent encore les réformes législatives récentes.

#### ***1) L'évolution des fondements de la responsabilité civile : la faute, le risque, la garantie***

La théorie traditionnelle de la faute fait de la responsabilité civile une responsabilité subjective, en ce sens qu'elle a sa source dans le sujet responsable et fait dériver la réparation d'une analyse psychologique et d'un jugement moral<sup>2</sup>. Comme le relève Yvonne Flour, la faute articule harmonieusement les trois fonctions assignées par les auteurs du code civil à la responsabilité civile : réparer le dommage, punir le coupable, prévenir en dissuadant les comportements dommageables<sup>3</sup>. A travers l'indemnisation, la sanction et la prévention, on réussit à concilier le droit, la morale et la politique.

2. Starck (B.), Roland (H.), Boyer (L.), *Obligations, T. I Responsabilité délictuelle*, Litec, 4<sup>e</sup> éd. 1991, pp.18 et s.

3. Flour (Y.), "Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ?", *Droits* n° 5/1987, "Fin de la faute ?".

S'il est vrai que, dans l'application faite par la jurisprudence de la responsabilité du fait des choses ou du fait d'autrui, la faute ne jouait pas le rôle exclusif que la lecture du code civil semblait lui réserver, c'est à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle qu'intervient le véritable tournant. Avec le développement du machinisme qui fait chaque année des dizaines ou centaines de milliers de victimes de dommages qu'il est impossible de rattacher à la faute d'un homme, la théorie traditionnelle apparaît comme inadaptée : survient alors le "divorce du dommage et de la faute"<sup>4</sup>, concrétisé par l'apparition de la théorie du risque et de la responsabilité sans faute, responsabilité objective, indépendante de toute considération psychologique et morale, reposant sur un rapport de causalité purement matériel entre le dommage et son auteur.

Avec ce nouveau dispositif qui se met progressivement en place à partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle - la loi de 1898 sur l'indemnisation des accidents du travail marquant, selon François Ewald, le tournant capital dans ce "passage du paradigme de la reponsabilité à celui de la solidarité" - la question n'est plus d'infliger une sanction mais de savoir qui doit supporter le dommage. On prend conscience que les dommages sont "normaux", que la vie sociale n'est pas naturellement harmonieuse mais conflictuelle, génératrice de préjudices ; les dommages doivent donc être objectivés comme accidents et appréhendés en tant que risques, tandis que la question de la répartition de la charge pécuniaire entre celui qui a causé le dommage et celui qui l'a subi devient un problème d'équité qui doit être formulé en termes économiques plus que moraux.

Cette évolution est à la fois le fait du législateur - national, mais aussi désormais européen - qui organise l'indemnisation des victimes indépendamment de toute faute dans un nombre croissant d'hypothèses<sup>5</sup>, et du juge, qui admet de plus en plus souvent une responsabilité objective de plein droit en se

4. *ibid.* L'expression est empruntée à Boris Starck.

5. On peut citer par ordre chronologique, sans faire de distinction en fonction du débiteur de la réparation qui peut être selon les cas l'auteur du dommage, un assureur, un fonds de garantie, ou l'État : - la loi de 1810 déclarant le concessionnaire de mine responsable des dommages causés au propriétaire de la surface, en l'absence de toute imprudence ou négligence de sa part ; - l'indemnisation des accidents du travail (1898) ; - des dommages subis du fait de l'évolution des aéronefs ou des objets qui s'en détachent (1924) ; - des dommages occasionnés par l'exploitation de téléphériques (1941) ; - des accidents nucléaires (1965 et 1968) ; - des actes de chasse lorsque l'auteur est inconnu ou non assuré (1966) ; - des dommages causés par les aliénés (1968) ; - des dommages causés par les grands gibiers (1968) ; - des victimes d'infractions pénales dont les auteurs sont inconnus ou insolvables (loi de 1977, modifiée en 1983 et 1990) ; - de la pollution maritime par les hydrocarbures (1977) ; - des victimes d'accidents de la circulation (1985) ; - des actes de terrorisme (1986) ; - des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales sans finalité thérapeutique directe (1988) ; - des personnes contaminées par le virus du SIDA (loi du 31 décembre 1991). A cette énumération il convient d'ajouter des directives européennes : la directive 85/374 du 25 juillet 1985 instaurant la responsabilité du producteur ou de l'importateur pour les dommages causés par un produit défectueux, c'est à dire qui n'offre pas la sécurité à laquelle le consommateur ou l'utilisateur peut légitimement s'attendre ; et la directive en préparation sur la responsabilité des prestataires de services qui, sous couvert de responsabilité pour faute, instaure une présomption quasi-irréfragable de faute à l'encontre du prestataire qui ne se distingue plus véritablement d'une responsabilité sans faute.

fondant soit sur l'obligation de sécurité, dans le cadre de la responsabilité contractuelle, soit sur l'admission systématique de la responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde.

La doctrine va alors chercher à expliquer et justifier la responsabilité sans faute, en proposant de fonder la responsabilité civile soit sur le risque, soit sur la faute objective, soit enfin sur l'idée de garantie.

L'idée qui inspire la théorie du risque-profit est qu'il est normal et moral que celui qui profite d'une activité supporte en contrepartie la charge des dommages qui en découlent. Elle se prolonge dans la théorie du risque créé qui implique que tout avantage quelconque, pécuniaire ou simplement moral, justifie la charge de la réparation. D'autres auteurs, tout en reconnaissant la nécessité de dédommager les victimes, mais critiquant la théorie du risque au nom de la règle morale qui impose que l'on soit sanctionné pour ses fautes, proposent la notion de faute objective : dissociée de la culpabilité, elle se définit comme un fait objectivement anormal ou illicite. Enfin, la théorie de la garantie, développée à l'origine par Boris Starck, prend pour point de départ le droit de la victime à la sécurité : c'est l'atteinte à ce droit qui justifie une sanction, et la question est alors de déterminer les modalités de conciliation de ce droit à la sécurité avec le droit d'agir qu'il est de nature à entraver. Cette conciliation s'opère différemment dans le cas des dommages corporels et matériels, qui sont garantis sans que l'on exige la preuve de la faute du responsable, et dans le cas des dommages de nature purement économique ou morale. La théorie de la garantie permet ainsi d'expliquer la coexistence d'une responsabilité sans faute et d'une responsabilité pour faute ; elle répond au besoin de sécurité du monde moderne et correspond en même temps au développement de l'assurance.

Au-delà de leurs divergences théoriques, les auteurs s'accordent pour constater - et généralement pour approuver - une évolution qui va dans le sens d'une admission de plus en plus large de la responsabilité. Au point que, selon la formule de François Ewald, "*la responsabilité devient une fonction de l'indemnisation*" : l'objectif étant d'indemniser la victime, on imagine à partir de cet objectif des régimes d'imputation adéquats<sup>6</sup>. Cette inversion du processus classique de détermination de la responsabilité est évidemment à mettre en parallèle avec le développement du mécanisme de l'assurance, à la fois cause et effet du développement spectaculaire de la responsabilité civile. L'une se nourrit de l'autre, comme le montre Yvonne Flour, puisque le besoin toujours croissant de réparation eût été d'un poids insupportable sans la soupape de l'assurance, tandis que celle-ci dénature la responsabilité civile et en favorise l'expansion puisque, quelle que soit la gravité de ses fautes, le responsable assuré ne supporte pas les conséquences pécuniaires du dommage.

On peut trouver à cette évolution du droit de la responsabilité qui met

6. Ewald (F.), "Responsabilité - solidarité - sécurité. La crise de la responsabilité en France à la fin du XX<sup>e</sup> siècle", *Risques. Les cahiers de l'assurance*, n° 10/1992, précité.

l'indemnisation de la victime au cœur de ses préoccupations et pousse à l'objectivation du droit de la responsabilité plusieurs explications<sup>7</sup> :

- une explication psychologique, qui recouvre une modification des mentalités. Dans une société technologique comme la nôtre, tout accident, tout dommage est toujours causé par quelque artifice humain, de sorte que disparaît la notion même de mauvais sort, de destin, de hasard. L'homme moderne en tire le sentiment qu'il a droit à la sécurité physique et, à tout le moins, qu'il a droit à la réparation de tout dommage accidentel qui lui est infligé de l'extérieur ;

- une explication économique. Elle justifie la réparation de plus en plus systématique des dommages accidentels, par le biais d'une responsabilité de plein droit, comme une nécessité imposée par l'impératif de l'"internalisation" des coûts sociaux. Les pertes et dommages accidentels doivent être considérés comme des coûts imposés à la société, des coûts sociaux qui, tout comme les coûts de production, doivent être imputés à l'activité qui a engendré le risque ;

- une explication plus circonstancielle, découlant notamment de l'abaissement du seuil d'accès à la justice et de la dépersonnalisation de la procédure qui souvent se déroule entre deux entités collectives anonymes : un assureur de dommages et un assureur de responsabilité.

Pour autant, il n'est pas évident que l'on aille vers une extension indéfinie du dispositif de solidarité et de la socialisation des risques, car il y a des limites à l'objectivation du droit de la responsabilité. Parmi ces limites, on peut citer : - la crise de l'État-providence et la volonté concomitante de "responsabiliser" les acteurs sociaux, donc de les sanctionner le cas échéant ; - le changement d'échelle des risques et des accidents, qui pousse à exiger non seulement une indemnisation en cas de dommage mais la mise en œuvre de précautions suffisantes pour éviter que celui-ci ne se produise (évolution que François Ewald analyse comme le nouveau passage du paradigme de la solidarité au paradigme de la sécurité) ; - des considérations de nature psychologique, liées aux précédentes, à savoir le besoin des victimes, eu égard à la gravité des dommages subis, d'obtenir la désignation et la sanction des responsables sans se contenter d'une indemnisation (phénomène qu'illustre l'affaire du sang contaminé)<sup>8</sup> ; - des contraintes techniques, enfin, touchant aux mécanismes d'assurance, dans la mesure où la multiplication des cas où la responsabilité d'une personne ou d'une institution peut être engagée suppose que leur solvabilité soit garantie, ce qui pourrait ne plus être le cas dans un contexte où les assureurs seraient amenés à couvrir sur la longue durée des risques dont la probabilité

7. Voir Herman Cousy, "Le débat en Europe", communication au colloque "Responsabilité et indemnisation", avril 1992, in *Risques. Les cahiers de l'assurance*, supplément au n° 10/1992, p. 8.

8. "La victime ne se suffit pas d'une indemnisation forfaitaire et transactionnelle ; elle a besoin, au moins dans certains domaines et dans certains cas, de pouvoir poursuivre en justice l'auteur de son malheur, [ce qui implique] une désignation des responsables et une volonté de sanction", écrit encore François Ewald (article précité, p. 19).

d'apparition et les conséquences sont mal connues. D'où les propositions formulées avec de plus en plus de vigueur tendant à imaginer un dispositif qui, tout en dissociant la sanction des fautes de la garantie des victimes, ou encore l'imputation de la responsabilité de l'indemnisation des dommages, permettrait néanmoins simultanément de faciliter l'indemnisation et de renforcer la sanction<sup>9</sup>.

## 2) *La responsabilité de la puissance publique à la recherche d'un fondement*

Marie-Joëlle Redor<sup>10</sup> fait remonter à 1895 le moment où la responsabilité de l'État commence à faire l'objet d'études systématiques en doctrine, après qu'ait cédé le principe d'irresponsabilité de l'État, lié à l'idée de souveraineté. La responsabilité, aisément admise pour les actes de gestion, par opposition aux actes d'autorité, va s'étendre progressivement par le biais d'un élargissement de la notion d'acte de gestion, dans laquelle on inclut des actes jusque là considérés comme actes de puissance publique ; mais elle s'arrête encore au seuil des "actes de souveraineté" : c'est ce dernier verrou que fera sauter l'arrêt Tomaso Grecco en 1905.

La doctrine s'interroge logiquement sur le fondement de la responsabilité administrative. Tout en récusant l'application du code civil en dehors des hypothèses où l'État fait un acte de gestion, les auteurs ont du mal au départ à s'écarter des conceptions civilistes, et font volontiers référence au même principe de justice ou d'équité qui inspire selon eux la législation civile<sup>11</sup>. Progressivement, cependant, la doctrine va s'efforcer de trouver à la responsabilité de l'État un fondement spécifique. Pour Hauriou, c'est le principe d'égalité devant les charges publiques qui explique que l'État doive garantir les administrés contre les risques des accidents administratifs<sup>12</sup>. Il reprend sur ce point l'idée développée par Larnaude une année auparavant, qui, évoquant la théorie du risque professionnel consacrée par l'arrêt Cames et invitant à la généraliser, déclarait : "*lorsque cette grande machine qui s'appelle l'État, cent fois plus puissante et cent fois plus dangereuse aussi que les machines de l'industrie a blessé quelqu'un, il faut que tous ceux dans l'intérêt de qui elle fonctionnait en causant le préjudice viennent le réparer*".

9. Sur ces questions, on se reportera à l'étude synthétique de Laurence Engel, "Vers une nouvelle approche de la responsabilité. Le droit français face à la dérive américaine", *Esprit*, juin 1993, pp. 5-31. On pourra consulter également la revue *Risques. Les cahiers de l'assurance*, et notamment le supplément au numéro 10 qui reproduit les contributions à un colloque organisé en avril 1992 sur le thème "Responsabilité et indemnisation".

10. *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Economica, 1992, pp. 230-239.

11. Romieu, dans ses conclusions sur l'affaire Cames, fait référence à "un principe supérieur de justice duquel procèdent eux-mêmes les textes positifs que le juge civil a à appliquer" ; Edouard Laferrière, dans son *Traité*, évoque lui aussi "un principe de justice dont la loi civile s'est inspirée pour régler les rapports de particuliers à particuliers" (voir Redor (M.-J.), *op. cit.* p. 234, notes 19 et 20).

12. "Les actions en indemnité contre l'État pour préjudices causés dans l'administration publique", *RDP* 1896, pp. 51-65.

Duguit, qui récusait au demeurant tout système de la responsabilité pour faute subjective dans le cas des collectivités dans la mesure où la personnalité des collectivités est une fiction, ne peut qu'adhérer lui aussi à cette idée qui cadre parfaitement avec les thèses qu'il défend par ailleurs. *“On ne peut édicter la responsabilité de l'État, écrit-il, que sur l'idée d'une assurance sociale, supportée par la caisse collective, au profit de ceux qui subissent un préjudice provenant du fonctionnement des services publics, lequel a lieu en faveur de tous. Cette conception se rattache elle-même à une idée qui a profondément pénétré la conscience juridique des peuples modernes, celle de l'égalité de tous devant les charges publiques. L'activité de l'État s'exerce dans l'intérêt de la collectivité tout entière ; les charges qu'il entraîne ne doivent pas peser plus lourdement sur les uns que sur les autres. Si donc il résulte de l'intervention étatique un préjudice spécial pour quelques-uns, la collectivité doit le réparer, soit qu'il y ait une faute des agents publics, soit qu'il n'y en ait pas. L'État est en quelque sorte assureur de ce qu'on appelle souvent le risque social, c'est à dire le risque provenant de l'activité sociale, se traduisant dans l'intervention de l'État... Si l'État est responsable, ce n'est point parce qu'il aurait commis lui-même une faute par l'organe de ses agents ; c'est encore et uniquement parce qu'il assure les administrés contre tout le risque social”*<sup>13</sup>.

Si, comme le relève M.-J. Redor ces thèses rencontrent, en pleine période solidariste, un succès d'autant plus vif qu'elles sont susceptibles de satisfaire à la fois les libéraux - en augmentant les garanties des administrés contre l'État - et les interventionnistes - puisqu'elles se justifient par les risques croissants engendrés par l'activité de l'État, la théorie du risque a néanmoins l'inconvénient d'être potentiellement très onéreuse pour l'administration puisqu'elle élargit considérablement les possibilités d'indemnisation. Ce qui explique qu'après avoir plaidé pour l'abandon de la théorie traditionnelle de la faute certains auteurs y reviennent, tandis que d'autres subordonnent le droit à réparation à la preuve d'un préjudice spécial et anormal.

On remarquera que ces hésitations trouvent encore un écho aujourd'hui : en dépit du développement des hypothèses de responsabilité sans faute, rares sont ceux qui plaident pour un abandon de la responsabilité pour faute, à laquelle on trouve encore toute une série d'avantages. Alors même que l'idée de socialisation a imprégné les mentalités parallèlement au développement de l'État providence, la faute résiste, en effet, comme le relève Françoise Llorens-Frayssé<sup>14</sup>. Elle continue à tenir la place principale, à la fois quantitativement et qualitativement, dans la mise en jeu de la responsabilité administrative, la responsabilité sans faute n'étant admise qu'à titre subsidiaire et restant cantonnée dans des domaines qui, si l'on met à part les dommages de travaux publics, ne concernent guère les aspects quotidiens des relations de l'administration avec les particuliers.

13. *Traité de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> éd. 1930, T. III, p. 469

14. "Le poids de la faute dans la responsabilité administrative", *Droits*, 5/1987, "Fin de la faute ?"

Cet examen parallèle de l'évolution du droit de la responsabilité en droit public et en droit privé fait apparaître une problématique similaire : d'un côté l'impossibilité d'abandonner totalement la faute ; de l'autre l'impossibilité de fonder tout le droit de la responsabilité sur la faute, qui se traduit par la découverte incessante de nouveaux cas de responsabilité sans faute et par le recours de plus en plus fréquent à des mécanismes d'indemnisation collective mis en place par le législateur. On relève à cet égard que, de façon significative, beaucoup de ces mécanismes peuvent jouer aussi bien pour réparer des dommages causés par des personnes publiques que par des personnes privées, phénomène qui contribue à la remise en cause de la scission traditionnelle entre responsabilité publique et responsabilité privée en même temps qu'il en est une manifestation supplémentaire.

La question essentielle, désormais, est donc moins de savoir qui est responsable du dommage mais qui doit assumer la charge financière du risque. Et à cette question on ne peut apporter de réponse qu'en se référant aux fonctions de la responsabilité.

### *B) Des fondements aux fonctions de la responsabilité publique*

Dans un système de responsabilité, observe Charles Eisenmann, il faut distinguer les fonctions de la responsabilité et ses fondements<sup>15</sup>. Par fondement de la responsabilité d'un sujet ou de la règle qui détermine cette responsabilité, il faut entendre la raison qui les justifie et qui ne peut être qu'un principe, une maxime, une norme "métajuridique" : par exemple le principe selon lequel on doit réparer ses fautes. Tandis que la fonction de la responsabilité renvoie à la question des fins, des buts poursuivis par le législateur lorsqu'il impose une obligation de réparer et conduit à envisager la responsabilité comme un moyen au service d'une politique juridique ou législative.

#### *1) La question du fondement : de la réparation des fautes à l'indemnisation des dommages anormaux*

En droit privé, dit Eisenmann, la responsabilité peut avoir deux fondements : la faute, dans le cadre de l'article 1382, et le "profit" dans les hypothèses que l'on a coutume - à tort selon lui - de rattacher au "risque". Le fondement de la responsabilité sans faute, en droit privé, se trouverait uniquement dans l'avantage ou le profit qu'une personne tire de son activité, ou encore "*dans un principe de corrélation entre les avantages d'une activité et les charges qu'ils peuvent éventuellement entraîner*".

En droit public, en revanche, Eisenmann conteste le rattachement tradi-

15. Notamment dans l'article intitulé "Le degré d'originalité du régime de la responsabilité extracontractuelle des personnes morales de droit public", *JCP* 1949.I. 742 et 751. On trouve un rappel de ces thèses dans l'article récent que Louis de Gastines a consacré à "La responsabilité extracontractuelle des personnes publiques", *RDP* 1992.136.

tionnel de la responsabilité à la faute d'un côté, au risque de l'autre. Adhérent à la thèse défendue par Marcel Waline - et jadis par Duguit -, il estime que la responsabilité des collectivités publiques, comme des personnes morales en général, n'est jamais une responsabilité pour faute, puisqu'elles répondent seulement des fautes commises par leurs agents et que la responsabilité du fait d'autrui ne peut jamais être une responsabilité pour faute. La responsabilité des collectivités publiques reposerait en fait sur une obligation de garantie : elles garantissent les citoyens contre les dommages imputables à l'activité de leurs agents. La faute serait donc une condition de la responsabilité, mais pas son fondement, au sens de principe justificatif.

Si l'on exclut la faute comme fondement de la responsabilité administrative, il reste, selon Eisenmann, deux fondements possibles : 1) le principe de corrélation entre avantages et charges, sous-jacent aux hypothèses que l'on rattache généralement à la responsabilité du fait d'autrui ou du fait des choses sur le modèle de la responsabilité civile, et qui peut s'énoncer ainsi : les collectivités publiques doivent réparer les dommages dus aux activités exercées par les agents publics parce qu'ils agissent dans l'intérêt de ces collectivités et qu'il est juste que celui dans l'intérêt principal duquel une autre personne agit supporte les conséquences onéreuses qui peuvent résulter des actes, fautifs ou non, de cette personne - ou encore : celui qui tire profit d'une chose doit supporter la charge des dommages qu'elle peut causer à autrui ; 2) le principe de l'égalité devant les charges publiques, qu'on trouve à l'œuvre dans les cas où une collectivité se livre à une activité autorisée par le droit mais est tenue de réparer les conséquences onéreuses qu'elle engendre pour un ou des particuliers individuellement déterminés, afin d'éviter que ne se produise une rupture de l'égalité.

La thèse, à vrai dire, est moyennement convaincante sur deux points : d'abord parce qu'on ne voit pas pourquoi les personnes morales ne commettraient pas de fautes (le nouveau code pénal, on le sait, les déclare désormais pénalement responsables) ; ensuite parce que l'idée de corrélation entre avantages et charges est contestable en droit public, l'administration n'agissant jamais dans son intérêt propre mais dans l'intérêt général de la collectivité et ne tirant donc pas "profit" de l'activité de ses agents.

Si l'on retient donc la faute comme l'un des fondements possibles de la responsabilité des collectivités publiques, il reste encore à s'interroger sur les fondements de la responsabilité sans faute, en excluant, pour les raisons que l'on vient d'évoquer, le principe de corrélation entre avantages et charges proposé par Eisenmann.

Question classique s'il en est, à laquelle les auteurs apportent une réponse tout aussi classique. Les explications, on le sait, tournent autour de deux idées : l'idée de risque, et l'idée de rupture de l'égalité devant les charges publiques.

1) le risque : c'est l'idée que lorsqu'une activité administrative crée, dans

l'intérêt de tous, un risque spécial, ses conséquences ne doivent pas être supportées par ceux-là seuls qui y sont directement exposés et en sont les victimes. A cette idée, on rattache habituellement une série d'hypothèses, liées à des accidents, telles que : accidents de travaux publics causés aux tiers, accidents causés aux usagers par des ouvrages dangereux, risques de voisinage, utilisation par la police d'armes à feu, sorties d'essai des pensionnaires de maisons d'éducation surveillée ou d'hôpitaux psychiatriques, supposées dangereuses, risques de contagion encourus par les fonctionnaires de l'enseignement public (cas de l'institutrice ayant contracté la rubéole alors qu'elle était enceinte), dommages subis par les collaborateurs bénévoles de l'administration, etc...

2) la rupture de l'égalité devant les charges publiques : prévaut ici l'idée que lorsque l'activité administrative, exercée par hypothèse dans l'intérêt général, et généralement dans l'accomplissement d'une tâche régaliennne, fait subir à une ou quelques personnes un dommage spécial et anormal et donc engendre une rupture de l'égalité devant les charges publiques, cette rupture doit être compensée par le versement d'une indemnité. Ce qui distingue en pratique ces hypothèses des précédentes, c'est que les charges subies sont ici purement financières ou patrimoniales. A cette idée on peut rattacher : le refus d'exécution des sentences de justice, l'impossibilité d'exercer un droit légalement reconnu, la responsabilité du fait des règlements légaux ou des lois, etc...

On peut toutefois se demander si le dommage qui résulte de la concrétisation d'un risque n'est pas constitutif lui aussi d'une rupture de l'égalité devant les charges publiques, et si les deux hypothèses ne se ramènent pas finalement à une seule. Plus généralement, on constate que toutes les hypothèses de responsabilité sans faute sont en fait sous-tendues par la notion d'équité : le juge admet la responsabilité sans faute lorsqu'il lui paraît inéquitable de laisser un administré supporter sans indemnisation les conséquences dommageables d'une activité de l'administration.

Cette préoccupation d'équité permet d'expliquer par exemple : 1) l'exigence, pour que la responsabilité de l'administration soit engagée sans faute, d'un dommage "anormal" (sous entendu : qu'il serait anormal de laisser subir à la victime sans indemnité) ; 2) le sort favorable réservé à certaines catégories d'administrés considérées comme plus dignes d'attention : les collaborateurs bénévoles de l'administration, les tiers (qui ne profitent pas de l'ouvrage) par opposition aux usagers (qui en profitent) dans le cadre de l'indemnisation des dommages de travaux publics ; 3) la reconnaissance de la responsabilité sans faute à chaque fois qu'une situation paraît particulièrement choquante ; 4) le passage fréquent de l'hypothèse où la faute lourde est exigée à celle de la responsabilité sans faute, justement parce que l'exigence de la faute lourde est trop rigoureuse pour la victime.

C'est à une conclusion analogue que parvient Paul Amslek à partir d'autres prémisses. Rompant lui aussi avec la présentation duale classique, il voit dans le dommage anormal survenu à la victime le fondement commun à

toutes les hypothèses de responsabilité sans faute<sup>16</sup>, fondement qui aboutit à les distinguer notablement des hypothèses de responsabilité pour faute. On se situe en effet ici du côté non des auteurs mais de la victime : le dommage est réparé non pas parce que des comportements fautifs l'ont provoqué, mais parce que la situation dommageable de la victime apparaît anormale, excède ce que cette victime doit supporter. Dans un cas on prend en considération l'anormalité ou la non conformité à la norme de l'acte dommageable, le fait que cet acte dépasse la mesure, note l'auteur ; dans l'autre, on prend en considération l'anormalité ou non-conformité à la norme de la situation dommageable de la victime, le fait que cette situation dommageable dépasse la mesure. Dans le premier cas, l'obligation de réparer sanctionne des fautes commises, dans le second, des "injustices" subies. Le dommage anormal, en somme, n'est pas un dommage qui n'aurait pas dû arriver, mais un dommage qui n'a pas à être supporté par la personne qui en a été victime.

Même lorsque la notion de risque est évoquée, poursuit Paul Amserek, c'est pour exprimer le caractère anormal du dommage survenu. Il donne comme exemple la notion de "*risque excédant ceux qui résultent normalement du voisinage*" : ici c'est l'anormalité du dommage qui fonde la responsabilité, et non pas le fait que le dommage se rattache simplement à une activité publique génératrice de risques. Il en va de même dans l'hypothèse où la police fait usage d'armes comportant des risques exceptionnels et où les dommages subis dans de telles circonstances excèdent, par leur gravité, les charges qui doivent être normalement supportées par les particuliers en contrepartie des avantages résultant de l'existence de ce service public : la réparation est due afin que l'équilibre soit rétabli. De même encore, lorsque l'idée d'égalité devant les charges publiques est invoquée pour justifier l'indemnisation des dommages causés par des décisions régulières des pouvoirs publics, elle l'est non pas à titre de fondement de la responsabilité, mais pour justifier la réparation. Le principe de l'égalité devant les charges publiques n'est pas le fondement de la responsabilité mais la justification théorique de l'admission d'une responsabilité de l'administration pour dommage anormal.

Ce qui amène Paul Amserek à caractériser le système de responsabilité pour dommage anormal comme une politique jurisprudentielle d'équité : la situation dommageable dans laquelle se trouve une personne apparaît particulièrement choquante au juge et fait naître en lui une irrésistible envie d'y remédier ; mais il est réticent à qualifier de fautive l'activité publique qui a produit le dommage, d'où le compromis auquel il parvient et qui lui permet à la fois de secourir la victime et de ménager la personne publique en cause<sup>17</sup>. De fait, la responsabilité sans faute apparaît parfois comme un moyen commode

16. "La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative", *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Editions Cujas, 1975, pp. 233-262.

17. Duez, déjà, faisait remarquer que cette jurisprudence allait devenir pour le Conseil d'État "*un ingénieux moyen à utiliser toutes les fois qu'il se refuse à censurer l'action administrative et que, cependant, l'équité exige une réparation pour la victime du dommage*".

pour le juge d'indemniser la victime sans déclarer l'administration fautive, comme le montrent une série d'espèces où la thèse de la faute était soutenable (Regnault-Desroziers, Sastre...). On passe ici insensiblement de la question du fondement à celle de la fonction de la responsabilité administrative.

## 2) *Les fonctions de la responsabilité administrative*

La responsabilité est susceptible de remplir une pluralité de fonctions. Si l'on suit là encore Eisenmann, dans le cas le plus classique, la responsabilité constitue une sanction : la sanction, c'est la mesure qui doit inciter les destinataires d'une règle à s'y conformer, de sorte que l'obligation de réparer ses fautes est envisagée par le législateur comme un moyen d'éviter ces infractions (la responsabilité-sanction ne concerne cependant, aux yeux de l'auteur, que les personnes physiques puisque, comme on l'a rappelé plus haut, les personnes morales ne sauraient selon lui être responsables pour faute). Dans d'autres cas, la responsabilité joue le rôle d'une assurance : l'obligation de réparer est une obligation d'assurance imposée à des personnes qu'elle constitue assureurs de risques ou de dommages. Enfin, l'obligation d'indemniser apparaît parfois comme le prix à payer par celui qui se livre à une activité licite pour avoir le droit de l'exercer bien qu'elle cause à autrui un dommage : tel l'industriel qui exploite régulièrement un établissement incommode ou insalubre mais doit indemniser les tiers en contrepartie.

Au regard des observations faites au départ, l'idée de raisonner non plus en termes de fondement mais de fonctions de la responsabilité administrative paraît féconde. En prenant comme point de départ les trois catégories dégagées par Eisenmann, on peut alors tenter de systématiser l'état actuel du droit positif par rapport à ces fonctions. Cette présentation conduit à rassembler des hypothèses généralement présentées de façon dissociée car appartenant les unes au registre de la faute, les autres au registre de la responsabilité sans faute, et à dissocier au contraire des hypothèses relevant de la responsabilité sans faute.

La responsabilité remplit d'abord une fonction sanctionnatrice, en ce qu'elle oblige l'administration à réparer les fautes qu'elle a commises et l'incite à ne pas en commettre d'identiques à l'avenir. Elle remplit ensuite une fonction d'assurance, que l'on retrouve sous trois formes : l'administration assure les administrés contre les fautes personnelles commises par ses agents en l'absence de faute de service, elle assure ses collaborateurs contre les accidents qui peuvent leur arriver en cours de service, elle garantit enfin les administrés contre les risques résultant de ses activités dangereuses. La responsabilité apparaît en troisième lieu comme l'équivalent du prix à payer par l'administration en contrepartie d'actes accomplis légalement mais qui causent à ses destinataires ou à des tiers un préjudice grave et spécial. Enfin, au-delà de ces trois hypothèses, il est des cas où l'indemnisation n'est plus justifiée par la responsabilité propre de l'administration mais par la fonction de l'État comme garant des risques sociaux, qu'ils soient engendrés par l'activité des particuliers ou des collectivités publiques, sur le fondement de la solidarité nationale.

### I - LA RESPONSABILITE-SANCTION

La responsabilité remplit d'abord, pour l'administration au même titre que pour les particuliers, une fonction sanctionnatrice, voire moralisatrice, dans la mesure où elle implique un jugement porté sur son activité et conduit à stigmatiser comme fautifs certains de ses actes ou de ses comportements. Sans doute ces actes ou comportements sont-ils ceux de ses agents avant d'être les siens - et l'on a rappelé à cet égard l'objection d'auteurs aussi éminents que Duguit, Waline ou Eisenmann à l'idée de faute lorsqu'il s'agit d'engager la responsabilité de personnes morales ; ils ne lui en sont pas moins imputables, et admettre que la responsabilité de l'administration peut être engagée sur la base de la faute équivaut simplement à tirer les conséquences de ce qu'elle est tenue à certaines obligations et de ce qu'elle commet une faute lorsqu'elle ne les remplit pas. Pour l'administration, et plus encore pour les administrés, relève à juste titre Françoise Llorens-Fraysse<sup>18</sup>, la faute conserve une valeur symbolique qui n'est pas négligeable, ainsi qu'une vertu de clarification en ce sens que la faute permet de savoir à l'administration les limites dans lesquelles elle peut agir.

De fait, non seulement la faute n'a pas été abandonnée à mesure que se développait la responsabilité sans faute, non seulement elle tient bon face aux assauts de la socialisation des risques, mais les évolutions jurisprudentielles récentes témoignent même d'une réactivation de la responsabilité pour faute. Dans l'affaire du sang contaminé le juge n'a pas hésité, en dépit de l'existence d'un dispositif d'indemnisation permettant aux victimes d'obtenir réparation sans avoir à prouver ni la faute, ni même le lien de causalité, à déclarer l'État responsable de la contamination des hémophiles en raison de la carence de l'administration dans l'exercice de sa mission de protection de la santé publique et du retard avec lequel le ministre de la Santé avait interdit la distribution de produits sanguins contaminés.

Le tribunal administratif de Paris, dans plusieurs jugements du 20 décembre 1991<sup>19</sup>, avait admis le principe de la responsabilité de l'État, et accepté l'indemnisation des hémophiles contaminés entre le 12 mars 1985 - date à laquelle l'autorité ministérielle était informée de manière certaine de la très forte probabilité de ce qu'en région parisienne tous les produits sanguins étaient contaminés - et le 1er octobre 1985 - date à laquelle a pris effet la décision de supprimer le remboursement des produits sanguins non chauffés.

Saisie en appel, la cour administrative d'appel de Paris<sup>20</sup> a estimé à son tour que l'administration avait commis une faute lourde en n'interdisant qu'à retardement la

18. Dans son article précité.

19. TA Paris, 20 décembre 1991, M. D., M. G., M. B., *RFDA* 1992.566, concl. Evelyne Stahlberger.

20. CAA Paris, 16 juin 1992, M. Y., Ministère des Affaires sociales c/ M. Z., *AJDA* 1992.678, note L. Richer ; CAA Paris, 29 décembre 1992, Mlle X., M. X., M. X., *RFDA* 1993.145.

diffusion de produits sanguins susceptibles d'avoir été contaminés. Si, précise-t-elle, eu égard au caractère contradictoire et incertain des informations scientifiques disponibles avant le début de l'année 1985, il ne peut être reproché à l'administration de ne pas avoir dès cette époque, d'une part décidé de généraliser le remplacement des produits sanguins non chauffés, d'autre part imposé pour les donneurs de sang la pratique d'un test de dépistage alors qu'aucun test officiellement approuvé n'était disponible sur le plan international avant le mois de mars 1985, en revanche les faits qui ont été portés le 12 mars 1985 à la connaissance de l'autorité administrative compétente établissent que celle-ci a été informée à cette date de manière non équivoque de risques exceptionnels de contamination par le VIH encourus à l'occasion des transfusions sanguines ; ainsi, il appartenait à cette autorité d'adopter l'ensemble des mesures indispensables pour mettre fin sans délai à la délivrance des produits dangereux pour les intéressés. Contrairement au tribunal administratif, elle reporte en revanche au 20 octobre 1985 la date limite de responsabilité de l'État, estimant qu'il ne suffisait pas d'interrompre le remboursement des produits sanguins non chauffés (même si, compte tenu de leur coût, cette mesure équivalait en pratique à une interdiction), et constatant que ce n'est que par une circulaire en date du 20 octobre 1985 publiée au BO du ministère que la délivrance des produits susceptibles d'avoir été contaminés par le VIH a été interdite. Et elle conclut qu'en différant du 12 mars 1985 au 20 octobre 1985 cette décision, l'administration a commis une faute lourde de nature à engager la responsabilité de l'État à raison des transfusions administrées pendant cette période.

Le Conseil d'État, saisi comme juge de cassation, a rendu le 9 avril 1993 une décision dans laquelle il confirme la responsabilité de l'État sur le fondement de la faute (simple : sur ce point, voir *infra*), en avançant cependant la date d'effet de cette responsabilité au 22 novembre 1984. Le Conseil d'État, se fondant sur l'existence d'un rapport adressé à cette date par le docteur Brunet, épidémiologiste à la direction générale de la santé, à la commission consultative de la transfusion sanguine, estime en effet que l'autorité administrative était informée à cette date de façon non équivoque de l'existence d'un risque sérieux de contamination des transfusés et de la possibilité d'y parer par l'utilisation des produits chauffés qui étaient alors disponibles sur le marché international, et qu'il lui appartenait dès lors d'interdire, sans attendre d'avoir la certitude que tous les lots de produits dérivés du sang étaient contaminés, la délivrance des produits dangereux. Le fait qu'une telle mesure n'ait été prise que par une circulaire diffusée le 20 octobre 1985 constitue dans ces conditions une carence fautive de l'administration engageant la responsabilité de l'État à l'égard des personnes contaminées entre le 22 novembre 1984 et le 20 octobre 1985<sup>21</sup>.

En raison du contexte dans lequel elles sont intervenues, ces décisions ont revêtu une portée symbolique importante. Mais cette réaffirmation solennelle de la responsabilité pour faute s'inscrit dans un courant jurisprudentiel moins spectaculaire mais néanmoins constant qui tend à élargir la mise en jeu de la responsabilité de l'administration pour faute. Il se manifeste notamment par la découverte de nouveaux gisements de fautes, par la restriction du domaine

21. CE 9 avril 1993, MM. G., D., B., *AJDA* 1993 p. 381, chr. Maugué et Touvet, p. 336.

de la faute lourde, et par l'admission plus fréquente de la présomption de faute.

### A) La découverte de nouveaux gisements de fautes

A mesure que le juge découvre de nouveaux gisements de fautes, l'impunité dont jouissait l'administration dans certains domaines disparaît. Le Conseil d'État a ainsi jugé au cours des années récentes que la fermeture anticipée d'un collège pendant une période excédant largement celle qui était nécessaire à l'organisation et au déroulement des épreuves du baccalauréat méconnaissait au détriment des élèves les principes d'égalité devant le service public de l'enseignement et de continuité du service<sup>22</sup>. Dans un arrêt ultérieur, il a obligé l'État à réparer le dommage subi par un enfant privé de sept heures hebdomadaires d'enseignement dans des matières obligatoires. Il est vrai que l'indemnité allouée au requérant pour "troubles dans l'éducation de son enfant" s'est élevée à la somme de... 1.000 F. Au moins cette affaire est-elle l'occasion de rappeler que "*la mission d'intérêt général d'enseignement qui lui est confiée impose au ministre de l'Education nationale l'obligation légale d'assurer l'enseignement de toutes les matières obligatoires inscrites aux programmes d'enseignement*" et que le manquement à cette obligation est constitutif d'une faute<sup>23</sup>. Comme le relève un commentateur autorisé, ces arrêts sonnent le glas de l'impunité de l'État pour les enseignements non assurés<sup>24</sup>. Plus généralement, on voit ici comment la responsabilité remplit une fonction sanctionnatrice - alors même que sa fonction réparatrice est des plus limitée.

Plus récemment encore, dans un arrêt remarqué, le Conseil d'État a admis que la responsabilité de l'État pouvait être engagée pour faute en raison de l'illégalité d'une décision réglementaire - il s'agissait en l'occurrence du refus opposé par le ministre à une demande d'augmentation du prix des tabacs - prise sur le fondement d'une loi elle-même incompatible avec une directive communautaire (CE 28 février 1992, Sté Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France<sup>25</sup>). Cet arrêt s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence récente du Conseil d'État qui entend désormais faire produire tous ses effets au droit communautaire, et il tire en particulier les conséquences de l'arrêt *Francovich c/ République italienne* dans lequel la Cour de justice des communautés avait admis la responsabilité des États membres en cas de carence, génératrice d'un dommage, dans la transposition d'une directive communau-

22. CE 13 février 1987, M. Pierre Toucheboeuf et Mme Danielle Royer c/ Ministre de l'Education nationale.

23. CE 27 janvier 1988, Ministre de l'Education nationale c/ M. Giraud, *AJDA* 1988.352 et *RFDA* 1988.321.

24. Durand-Prinborgne (C.), "La responsabilité de l'État pour carence d'enseignement", *RFDA* 1988.321.

25. *AJDA* 1992, p. 210, concl. Martine Laroque, et p. 329, chr. Maugué et Schwartz. Voir aussi Dubouis (L.), "Directive communautaire et loi française", *RFDA* 1992. 425.

taire<sup>26</sup>. L'affirmation d'une responsabilité pour faute n'en est pas moins remarquable, si l'on considère d'une part que les actes administratifs litigieux avaient été pris sur le fondement d'une loi, dont le juge aurait pu estimer que, sur le plan de la responsabilité sinon de la légalité, elle faisait "écran" et interdisait de rechercher la faute de l'État, et d'autre part que, quelques années auparavant, le Conseil d'État, saisi d'une demande de réparation du préjudice causé par une décision qui avait entraîné la condamnation de la France pour manquement par la Cour de Luxembourg, avait certes admis l'obligation d'indemniser l'entreprise lésée, mais en retenant une responsabilité sans faute (CE 23 mars 1984, Alivar<sup>27</sup>). L'arrêt de 1992 est surtout important par le principe qu'il proclame et donc par sa portée symbolique, car, comme l'ont relevé les commentateurs, le mode de calcul du préjudice réparable pour lequel a opté le juge a fait que les requérants n'en ont tiré qu'une faible satisfaction pratique, l'indemnité ayant été fixée au total à 230.000 F.

### *B) Le déclin de la faute lourde*

*"La responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers... n'est ni générale ni absolue ; elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés"* énonçait l'arrêt Blanco. L'exigence d'une faute qualifiée pour engager la responsabilité de l'administration apparaît donc traditionnellement comme l'une des manifestations les plus marquantes de l'autonomie du droit de la responsabilité administrative puisqu'elle prend le contrepied exact de l'article 1382 du code civil. Et si la notion de "faute manifeste et d'une particulière gravité", invoquée dans des domaines où l'irresponsabilité de l'État était le principe, a été imaginée à l'origine dans un souci d'équité pour faire céder ce principe au profit de la victime, l'exigence d'une faute lourde, qui subsiste pour les activités réputées difficiles comme le maintien de l'ordre ou la surveillance des détenus ou des malades mentaux, ou dans les domaines de compétence "régaliennne" comme les services fiscaux, apparaît bien aujourd'hui comme une protection de l'administration et une contrainte supplémentaire imposée aux victimes.

La raréfaction de l'exigence de la faute lourde depuis quelques années témoigne ainsi du triple souci du juge de faire disparaître certaines zones d'impunité, de mieux indemniser les victimes, mais aussi sans doute de rapprocher le droit de la responsabilité administrative du droit de la responsabilité civile dans les domaines où des disparités de traitement étaient difficilement justifiables et paraissaient d'autant plus choquantes : ce n'est donc pas un hasard si l'évolution la plus marquante s'est dessinée dans le cadre de la responsabilité hospitalière.

26. CJCE 19 novembre 1991, Andrea Francovich et autres, *AJDA* 1992.143, note P. Le Mire ; Dubouis (L.), "La responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire", *RFDA* 1992.1.

27. *AJDA* 1984.396, note B. Genevois.

*L'admission de la responsabilité des services fiscaux pour faute simple*

Traditionnellement, il était admis ici que l'État n'est responsable qu'en cas de faute lourde, plus sans doute parce qu'il s'agit d'un service public régalien qu'en raison des difficultés réelles de la mission exécutée. L'exigence de la faute lourde a été limitée depuis 1990 aux activités présentant des "difficultés particulières tenant à l'appréciation de la situation des contribuables"<sup>28</sup>. On peut se demander, cependant, à la lumière d'une espèce ultérieure, si les progrès réalisés seront véritablement déterminants.

En l'occurrence, il s'agissait d'erreurs commises dans la saisie et le traitement informatisé des déclarations d'un contribuable assujéti à l'IRPP et dans l'exécution automatique des prélèvements mensuels, opérations qui, dit l'arrêt, si elles se rattachent aux procédures d'établissement et de recouvrement de l'impôt, ne comportent pas de difficultés particulières tenant à la situation des contribuables. Dans un arrêt plus récent, le juge a cependant refusé d'indemniser, en l'absence de faute lourde, le préjudice subi par une commune du fait que le fisc avait omis certaines entreprises pour l'établissement de la taxe foncière. Il a estimé, contrairement aux conclusions de son commissaire du gouvernement, que cette opération de recensement présentait "des difficultés particulières tenant à l'appréciation de la situation des contribuables" (CE 13 mai 1991, Commune de Garges-lès-Gonnesse<sup>29</sup>).

*L'abandon de la faute lourde dans la mise en jeu de la responsabilité hospitalière*

Traditionnellement une faute lourde était exigée pour engager la responsabilité de l'administration lorsque le dommage était dû à un acte médical ou chirurgical, c'est à dire celui que les médecins seuls sont habilités à faire, une faute simple suffisant lorsqu'était en cause soit un acte de soins, soit une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service. Il en résultait donc une différence de traitement entre le malade hospitalisé dans une clinique privée, qui peut demander réparation quelle que soit la gravité de la faute, et celui hospitalisé dans le service public hospitalier.

Le caractère difficilement justifiable de cette jurisprudence sur le plan des principes et ses conséquences inéquitables à l'égard des victimes alors que les dommages subis mettent ici en cause l'intégrité physique, voire la vie des personnes, rendaient de plus en plus difficile son maintien.

Le juge lui-même, quoiqu'à l'origine de cette jurisprudence, conscient des iniquités engendrées par l'exigence de la faute lourde, particulièrement difficile à prouver dans un domaine où les experts sont déjà peu enclins à reconnaître que des fautes, même simples, ont été commises, avait progressivement assoupli sa jurisprudence pour pouvoir indemniser les victimes.

28. CE 27 juillet 1990, Yvon Bourgeois, *RFDA* 1990.899, concl. N. Chahid-Nourai, et *AJDA* 1991.53, note L. Richer.

29. *AJDA* 1991.750.

Il arrivait par exemple admis que lorsqu'une personne non habilitée est amenée à faire un acte médical, ceci révèle une faute dans le fonctionnement du service, de sorte que la responsabilité est engagée pour faute simple.

Cette règle, posée dès 1968 dans une espèce où la volonté d'arriver à une solution équitable était évidente, l'erreur chirurgicale n'étant pas d'une gravité suffisante pour être considérée comme une faute lourde (CE 4 octobre 1968, Dlle Doukakis<sup>30</sup>), a trouvé par la suite de multiples développements. Ainsi, lorsqu'une sage-femme, en l'absence d'un médecin dont la présence s'imposait eu égard aux conditions difficiles d'un accouchement, pose une ventouse, acte qu'elle n'est pas qualifiée pour accomplir, ces faits révèlent une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service qui engage la responsabilité de l'hôpital (CAA Nantes, 29 novembre 1989, CHRU de Caen c/ Epoux Abraham. Il en va de même dans l'hypothèse où aucun médecin anesthésiste n'était présent dans l'établissement, contraignant ainsi l'interne de garde à pratiquer une anesthésie générale avec la seule aide de l'infirmière (TA Orléans, 21 juillet 1987, Fichon).

De façon plus générale, le juge avait tendance à incriminer l'organisation du service lorsque c'était la seule façon de pouvoir déclarer l'administration hospitalière responsable.

Le juge a par exemple assimilé à une faute dans l'organisation du service l'absence d'information préalable des parents sur les risques importants d'échec d'une intervention chirurgicale dans le cas d'une opération pratiquée sur une jeune fille en vue d'obtenir une plus grande mobilité du coude et qui finalement était restée atteinte, après plusieurs interventions, d'une paralysie du bras et de la main, alors que les risques d'échec de l'intervention étaient importants et que les parents n'avaient pas été informés avant l'opération des risques encourus (TA Bordeaux, 5 mars 1987, Mlle Erbin).

Le souci d'alléger le fardeau de la preuve avait également conduit le juge à admettre dans certaines hypothèses la présomption de faute (voir ci-après, C), et plus récemment encore une responsabilité sans faute lorsque les médecins utilisent une thérapeutique nouvelle dont les risques ne sont pas encore parfaitement maîtrisés (voir *infra*, II). Cette attitude était à l'évidence révélatrice d'un certain malaise du juge, malaise qui a fini par déboucher, en 1992, sur la renonciation à l'exigence de la faute lourde en matière médicale<sup>31</sup>.

Les conclusions du commissaire du gouvernement Legal montrent bien les raisons, essentiellement symboliques, qui ont poussé le juge à ce revirement de jurisprudence, en même temps que les conséquences limitées de ce revirement sur le plan pratique. *"Dans le contentieux de la réparation, déclarait celui-ci, le juge ne peut être indifférent à l'évolution de la sensibilité de ses concitoyens... Dans le calcul des indemnités comme dans le sentiment que l'on éprouve que tout a, ou n'a pas, été fait pour bien traiter un usager du service public, la part de l'esprit du temps doit être*

30. AJDA 1969.368, note J. Moreau.

31. CE 10 avril 1992, M. et Mme V., AJDA 1992.355 et RFDA 1993/3, concl. H. Legal.

*faite et les attentes spontanées prises en compte dans la décision*". L'exigence de la faute lourde est d'ailleurs à double tranchant, car elle peut amener le juge, dans un souci d'équité, à qualifier de faute lourde des erreurs médicales qui n'en sont pas de façon évidente, accroissant ainsi "le malaise ressenti par les médecins du fait de l'immixtion du juge dans leur relation avec le malade". Et ceci, sans pour autant rassurer le public, aux yeux duquel le maintien de l'appellation de faute lourde ne peut que disqualifier le contrôle du juge "en faisant peser sur lui un soupçon de complaisance à l'égard du corps médical et du service public". "Or dans l'État de droit les mots ne doivent pas seulement être justes, ils doivent être compris".

L'abandon de la faute lourde était donc nécessaire pour des raisons d'opportunité. Pour autant, cela ne signifie pas que toute erreur engagera la responsabilité de l'hôpital : il y aura encore des erreurs non fautives, compte tenu des aléas de toute intervention médicale sur le corps humain. "Il n'est pas question de transformer l'obligation de moyens en obligation de résultat ni d'assimiler la faute médicale à d'autres fautes. Il est entendu qu'il s'agit d'une faute spécifique régie par les lois particulières de la discipline en cause".

#### *L'option en faveur de la faute simple dans l'affaire du sang contaminé*

Bien qu'on ne soit plus dans le domaine de la responsabilité hospitalière - mais toujours, il est vrai, dans celui de la santé - la décision du 9 avril 1993, déjà citée, rendue à propos de la contamination des hémophiles par le virus du SIDA, s'inscrit de toute évidence dans cette même évolution. Le Conseil d'État a jugé en effet, contrairement à la cour administrative d'appel de Paris mais comme le tribunal administratif en première instance, que, s'agissant de fautes commises dans le contrôle des établissements chargés du service public de la transfusion sanguine et l'exercice d'un pouvoir réglementaire - consistant dans l'édiction de règles propres à assurer la qualité du sang humain -, la responsabilité de l'État était engagée sur le fondement de la faute simple. "Eu égard tant à l'étendue des pouvoirs [conférés] aux services de l'État en ce qui concerne l'organisation générale du service public de la transfusion sanguine, le contrôle des établissements qui sont chargés de son exécution et l'édiction des règles propres à assurer la qualité du sang humain, de son plasma et de ses dérivés qu'aux buts en vue desquels ces pouvoirs leur ont été attribués, la responsabilité de l'État peut être engagée pour toute faute commise dans l'exercice desdites attributions", énonce l'arrêt. Il semble ainsi lier - de façon inédite et inattendue - la mise en jeu de la responsabilité de l'État pour faute simple à la fois à l'étendue de ses prérogatives et à l'importance de l'enjeu que représente la protection de la santé publique : une vigilance particulière étant exigée ici de l'administration, il en résulte qu'elle doit être comptable de toutes ses fautes, et pas seulement de ses fautes lourdes.

Au-delà des arguments juridiques et analogiques avancés pour justifier la solution choisie - et qui étaient pour partie réversibles<sup>32</sup> - on peut penser que

32. On sait par exemple que les fautes commises dans l'exercice d'un pouvoir de tutelle et, plus généralement, de contrôle sur des organismes autonomes - comme l'étaient en l'occurren-

les considérations d'opportunité ont joué ici un rôle non négligeable : à savoir d'un côté la volonté de faire preuve d'une certaine cohérence en ce qui concerne l'évolution de la jurisprudence dans le sens d'une raréfaction de l'exigence de la faute lourde<sup>33</sup> ; de l'autre la volonté de manifester la sévérité du juge dans une affaire où les attentes de l'opinion étaient fortes. Là encore, la portée symbolique de l'arrêt est plus importante que sa portée concrète, dans la mesure où le choix entre la faute lourde et la faute simple n'avait pas de conséquence sur la solution au fond du litige, comme l'atteste le fait que la cour d'appel de Paris, tout en optant pour la faute lourde, ait néanmoins retenu elle aussi la responsabilité de l'État<sup>34</sup>.

### *C) La multiplication des présomptions de faute*

En matière administrative comme en matière civile, c'est normalement à celui qui allègue la faute qu'incombe la charge de la preuve. Toutefois, dans certaines hypothèses, qui étaient jusqu'ici assez rares mais qui ont tendance à se multiplier, la jurisprudence applique le régime de la présomption de faute : régime favorable à la victime puisque la responsabilité de l'administration est engagée à moins qu'elle ne fasse la preuve qu'elle n'a pas commis de faute et qui, lorsque la présomption apparaît comme quasi-irréfragable, finit par ressembler beaucoup à une responsabilité pour risque.

Le terrain de prédilection de la présomption de faute était traditionnellement celui des dommages accidentels de travaux publics subis par les usagers où le "défaut d'entretien normal" de l'ouvrage est présumé et où l'administration ne peut dégager sa responsabilité qu'en prouvant l'absence de défaut

---

(suite note 32) ce les centres de transfusion - n'engagent la responsabilité de l'administration chargée de cette tutelle que sur le fondement de la faute lourde. Par ailleurs, l'exercice d'activités juridiques - en l'occurrence d'un pouvoir de réglementation - peut parfaitement n'engager la responsabilité de l'administration que pour faute lourde si cet exercice comporte des difficultés particulières, comme l'atteste l'exemple de la police ; or les décisions à prendre supposaient en l'occurrence des appréciations délicates dès lors que même à la date du 22 novembre 1984 - date que retient le Conseil d'État comme début de la période de responsabilité de l'État - on connaissait l'existence d'un risque, mais on n'avait pas de véritable certitude sur le plan médical quant aux conséquences de l'utilisation des produits non chauffés. On peut à cet égard juger optimiste l'affirmation du commissaire du gouvernement estimant que ce qui était ici en cause, c'était "*l'usage d'un pouvoir d'édicter une réglementation, dans des conditions certes très délicates en ce qui concerne le recueil et l'analyse des données de fait, mais dont la mise en œuvre ne comporte pas de difficultés particulières*".

33. L'argument essentiel développé par le commissaire du gouvernement Legal, qui avait déjà conclu sur l'affaire M. et Mme V., était qu'il fallait continuer dans la voie définie un an auparavant et réserver l'hypothèse de faute lourde aux cas où un obstacle déterminant empêche de retenir la faute simple.

34. Le commissaire du gouvernement fait cependant le lien entre le fait d'avancer le point de départ de responsabilité de l'État du 12 mars 1985 au 22 novembre 1984 et la substitution de la faute simple à la faute lourde lorsqu'il déclare : "*sur le terrain de la faute simple, nous estimons qu'à cette date le risque était suffisamment manifeste pour interdire l'inaction*", laissant ainsi sous-entendre que jusqu'au 12 mars, et tant qu'il n'y avait pas de certitude quant aux risques de contamination, cette inaction pouvait n'être pas constitutive d'une faute lourde.

d'entretien normal.

La présomption de faute a été par la suite introduite en matière médicale. D'abord pour les dommages résultant des vaccinations obligatoires (1958), avant que la loi de 1964 ne vienne instaurer un système de responsabilité sans faute ; puis plus largement en matière de responsabilité hospitalière, lorsque les soins donnés ou le traitement subi ont des conséquences anormales et inattendues qui font présumer une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service. La présomption de faute, qui ne bénéficiait au début qu'aux victimes d'actes de soins courants, telle une injection intra-veineuse, a été étendue depuis 1988 aux victimes d'actes médicaux ou chirurgicaux, lorsque le malade, soigné pour une affection déterminée, a contracté au cours du traitement ou de son hospitalisation une autre affection.

Ainsi, la faute de l'hôpital est présumée dans l'hypothèse où une infection méningée a été provoquée lors d'une exploration radiologique ou de l'intervention chirurgicale qui l'a suivie (CE 9 décembre 1988, Cohen). Elle l'est également dans le cas d'un malade sur qui était pratiquée une ostéotomie en vue de remédier à une malformation des maxillaires et qui se plaint ensuite de douleurs oculaires provoquées par l'ulcération et un œdème des deux cornées, alors que l'intéressé ne souffrait avant son entrée à l'hôpital d'aucune affection de la cornée et que la très forte diminution de la vision dont il est atteint est en relation directe de cause à effet avec les soins préopératoires qu'il a reçus en vue de l'opération chirurgicale : cet accident révèle, dit le juge, une faute dans le fonctionnement du service, alors même qu'il est impossible de définir les circonstances exactes dans lesquelles les yeux ont été mis en contact avec un produit toxique (CE 31 octobre 1990, M. et Mme Pelletier).

La même solution a été adoptée dans l'hypothèse d'une complication infectieuse consécutive à une intervention chirurgicale ayant entraîné la destruction d'une partie de l'os frontal et des troubles du goût et de l'odorat, et qui fait présumer une faute de nature à engager la responsabilité de l'hôpital (CE 14 juin 1991, Maalem) ainsi que dans une espèce où l'intéressé avait été victime d'une infection par staphylocoques de la hanche : même si les médecins ont pris les précautions requises et si l'aiguille et la seringue utilisées étaient à usage unique, dit le juge, "le fait qu'une telle infection ait pu néanmoins se produire révèle une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service" (CE 19 février 1992, Musset).

Pour apprécier la portée de cette jurisprudence récente, il convient de la rapprocher de la solution adoptée par le juge dans un arrêt plus ancien (CE 25 janvier 1974, Centre hospitalier Sainte-Marthe d'Avignon<sup>35</sup>) : un jeune homme hospitalisé à la suite d'un accident de la route avait contracté la poliomyélite, alors qu'un autre malade atteint de cette maladie avait été hospitalisé à la même époque dans le service. Le Conseil d'État, contrairement au tribunal administratif, avait refusé de retenir la responsabilité de l'hôpital en l'absence de faute prouvée, dès lors que les deux jeunes gens avaient été placés dans des chambres distinctes et qu'il n'était pas établi que les précautions d'isolement aient été insuffisantes.

---

35. *AJDA* 1974.202, chr. Franc et Boyon.

Le tribunal administratif de Paris avait admis la présomption de faute et déclaré l'Assistance publique responsable de la contamination d'un malade par le VIH à l'occasion d'une intervention chirurgicale effectuée à l'hôpital Cochin en septembre 1987, estimant que la contamination révélait par elle-même une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service<sup>36</sup>. Il faut relever qu'en l'occurrence l'Assistance publique démontrait qu'elle n'avait commis aucune faute au cas d'espèce ; de sorte qu'en retenant malgré tout sa responsabilité le tribunal administratif de Paris transformait la présomption de faute en présomption quasi irréfragable, la responsabilité pour faute présumée se rapprochant ici de très près de la responsabilité pour risque.

La cour administrative d'appel de Paris a annulé le jugement, estimant qu'on n'était pas dans le cas où le dommage révèle, par le seul fait qu'il se soit produit, et alors même que la preuve n'ait pu en être apportée, une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service compte tenu de l'état des connaissances scientifiques et des règles médicales s'imposant à tout praticien à l'époque des faits. Constatant que l'hôpital avait pris toutes les précautions exigées en procédant à l'interrogatoire du donneur et à un test de dépistage du virus, laissant subsister un risque de contamination de l'ordre de 0,003% correspondant à l'inefficacité des tests de dépistage pendant la période de latence précédant la séroconversion, la cour en déduit qu'aucune faute ne peut lui être reprochée (CAA Paris, 20 octobre 1992, Administration générale de l'assistance publique à Paris c/ M. X.<sup>37</sup>). Un second arrêt du même jour adopte la même solution dans une hypothèse où la contamination avait eu lieu en janvier 1985 et où l'hôpital avait procédé au seul interrogatoire du donneur à l'exclusion du test qui n'était pas pratiqué à l'époque (Administration générale de l'assistance publique à Paris c/ Héritiers de M. Y.).

## II - LA RESPONSABILITÉ-ASSURANCE

On peut rattacher à l'idée d'assurance trois types d'hypothèses assez différentes, où l'administration est amenée à garantir des risques ou des dommages : c'est le cas lorsqu'elle est déclarée responsable des fautes personnelles de ses agents, lorsqu'elle doit couvrir les dommages accidentels survenus à ses collaborateurs, enfin lorsqu'elle doit indemniser les victimes des dommages causés par ses activités qui comportent des risques particuliers.

### A) *La garantie des tiers contre les fautes personnelles des agents*

Lorsque la responsabilité de l'administration est engagée pour faute de service, même si cette faute peut être attribuée à un agent déterminé, on reste dans le cadre de la responsabilité-sanction, dans la mesure où les fautes de ses agents sont directement imputables à l'administration. Il n'en va plus de même, en revanche, lorsque l'administration est déclarée responsable, sur la

36. TA Paris, 11 janvier 1991, M. J., *AJDA* 1992.85, note J.L. Duvillard.

37. *RFDA* 1992.1037.

base du "cumul de responsabilités", des fautes personnelles commises par ses agents. Cette jurisprudence ancienne, inaugurée par les arrêts Anguet (1911) et surtout Epoux Lemonnier (1918), et prolongée par l'arrêt Dlle Mimeur (1949), est bénéfique pour les victimes, qui sont ainsi garanties contre l'insolvabilité éventuelle des auteurs du dommage. Elle a connu de nouveaux développements au cours des vingt dernières années par le biais d'une interprétation extensive de la notion de "faute [personnelle] non dépourvue de tout lien avec le service". Le Conseil d'État a par exemple admis, au cours des vingt dernières années :

- que, compte tenu des dangers qui résultent pour les tiers de l'obligation faite aux gardiens de la paix de conserver une arme à feu en dehors du service, l'accident provoqué par le policier qui manipule son pistolet de service ne pouvait être regardée comme dépourvu de tout lien avec le service (CE 26 octobre 1973, Sadoudi<sup>38</sup>) ;

- que la responsabilité de l'État était de même engagée lorsqu'un gardien de la paix tue involontairement un adolescent en manipulant son pistolet de service, alors même qu'il n'était pas en service, en raison de la dangerosité du moyen laissé à la disposition de l'agent (CE 23 décembre 1987, Epoux Bachelier<sup>39</sup>) ;

- que n'était pas dépourvu de tout lien avec le service l'assassinat d'une jeune fille commis par un gendarme, dès lors que ce gendarme s'était rendu coupable dans les six mois précédents de toute une série de méfaits graves - attaques à main armée, blessures par balles... - et qu'il avait jusque là échappé aux recherches et pu poursuivre son activité criminelle en raison de son appartenance à la gendarmerie et de sa participation aux enquêtes destinées précisément à élucider ces crimes (CE 18 novembre 1988, Epoux Raszewski<sup>40</sup>).

En revanche, le Conseil d'État a estimé, dans une espèce où un pompier volontaire avait mis le feu à un immeuble en dehors de son service, que le fait qu'il ait pu acquérir sa compétence dans les matières pyrotechniques à la faveur de son expérience professionnelle ne suffisait pas à considérer sa faute personnelle comme ayant un lien suffisant avec le service pour engager la responsabilité de l'administration (CE 13 mai 1991, Sté d'assurance Les Mutuelles Unies c/ Ville d'Echirrolles).

### ***B) La couverture des accidents survenus aux collaborateurs de l'administration***

Il s'agit, on le sait, d'une jurisprudence ancienne, inaugurée par l'arrêt

38. AJDA 1973.582, chr. Franc et Boyon ; RDP 1974.554, note Waline ; RDP 1974.936, conclusions A. Bernard

39. AJDA 1988.364, note X. Prétot.

40. JCP 1989.II.21211, note Pacteau.

Cames (CE 21 juin 1895), qui reconnaissait le droit à indemnisation d'un ouvrier de l'État victime d'un accident du travail. Le juge administratif consacrait ainsi, trois ans avant le vote de la grande loi sur les accidents du travail de 1898, la théorie du risque professionnel. Mais alors qu'à l'origine il s'agissait d'indemniser ceux des agents de l'administration qui n'avaient pas droit à une pension d'invalidité en cas d'accident, les principaux bénéficiaires de cette jurisprudence sont aujourd'hui les collaborateurs occasionnels de l'administration.

En effet, les agents permanents, même non titulaires, étant désormais pour la plupart couverts par des régimes d'invalidité, ils ne peuvent plus être indemnisés sur le fondement de cette jurisprudence. Cette solution *a priori* favorable à une contrepartie négative sous la forme de la règle dite du forfait de pension : l'agent, en effet, ne peut prétendre à d'autre réparation que le versement d'une pension d'invalidité ou de retraite, censé - ce qui s'avère parfois factice - assurer la réparation intégrale de l'ensemble des préjudices, matériels et moraux, subis par l'agent. Quelle que soit l'importance du préjudice, quelle que soit la gravité des fautes commises par l'administration, il a droit, en tout et pour tout, au versement d'une pension d'invalidité ou de retraite.

Les conséquences choquantes, pour ne pas dire ubuesques, de cette règle sont illustrées par l'affaire jugée en décembre 1990 par le tribunal administratif de Paris, dans laquelle une infirmière avait été contaminée par le VIH dans l'exercice de ses fonctions hospitalières. Le tribunal a estimé en effet qu'elle-même ne pouvait prétendre à aucune indemnité du fait du préjudice résultant de sa séropositivité. Son mari, en revanche, également contaminé, a obtenu d'être indemnisés sur le terrain du risque, au titre des troubles subis dans ses conditions d'existence et du préjudice moral. Quant aux enfants, le tribunal a admis qu'ils soient indemnisés du préjudice subi du fait de la maladie contractée par leur père mais non de la maladie contractée par leur mère au motif qu'étant ses ayants-droit la règle du forfait de pension leur était également opposable ! (TA Paris, 20 décembre 1990, M. et Mme B. c/ Ministre de la Défense<sup>41</sup>).

A travers cette évolution, et si l'on fait abstraction de la règle inique du forfait de pension, c'est toujours la même préoccupation d'équité qui guide le juge. "*Il appartient au juge administratif d'examiner directement, d'après ses propres lumières, d'après sa conscience, et conformément aux principes de l'équité [...] si l'État doit garantir ses ouvriers contre le risque résultant des travaux qu'il leur fait exécuter*", avait fait valoir le commissaire du gouvernement Romieu, concluant à la nécessité d'indemniser la victime. On retrouve l'écho de cette préoccupation dans les arrêts qui reconnaissent de plus en plus largement un droit à indemnité au profit des collaborateurs occasionnels de l'administration qui ont bénévolement prêté leur concours à une mission d'intérêt général, et qu'il serait injuste de laisser supporter sans indemnisation les dommages qu'ils ont subis de ce fait.

41. RFDA 1992.545, concl. Sabine Monchambert.

Les conditions auxquelles était au départ subordonnée la mise en jeu de la responsabilité de l'administration, dégagées par l'arrêt Commune de Saint-Priest-la-Plaine (CE 22 novembre 1946), ont en effet été interprétées de plus en plus généreusement par la jurisprudence :

- il fallait que l'activité à laquelle la victime a participé constitue un véritable service public ; mais l'existence d'un service public peut être admise sans que la personne publique ait pris les dispositions nécessaires pour l'organiser : il suffit que l'activité relève de ses attributions. De sorte que toute personne qui porte assistance aux personnes en danger est réputée participer à une mission de service public ;

- il fallait aussi que le concours ait été sollicité, ou à tout le moins accepté, fût-ce implicitement, par la collectivité ; mais la jurisprudence a progressivement assoupli sa position sur ce point, admettant de surcroît qu'elle ne s'appliquait pas en cas d'urgence - or il y a toujours urgence lorsqu'on se porte au secours d'une personne en danger.

La responsabilité de l'administration a ainsi été admise : - dans le cas d'un passant qui se noie en tentant de sauver un enfant emporté par la mer, bien que son intervention n'ait pas été réclamée, car il y avait urgence (CE 25 septembre 1970, Commune de Batz-sur-Mer<sup>42</sup>) ; - dans le cas où un maire qui effectuait bénévolement sur un terrain municipal des travaux de nivellement destinés à aménager un terrain de sport est victime d'un accident (CE 27 novembre 1970, Consorts Appert-Collin<sup>43</sup>) ; - dans le cas d'une personne victime d'un accident en venant à l'aide d'une personne âgée tombée dans une fosse septique, bien que l'accident se soit produit au fond d'un jardin privé (CE 9 octobre 1970, Gaillard<sup>44</sup>).

Plus récemment l'indemnisation a encore été admise dans l'hypothèse où un conseiller municipal, informé que les buts mobiles du terrain de football étaient en équilibre instable, avait été mortellement blessé par la chute de ces buts qu'il tentait de fixer correctement au sol, son intervention ayant été motivée par l'urgente nécessité de supprimer le danger (CE 14 décembre 1988, Commune de Catillon-Fumechon c/ Mme et Mlle Allain).

En revanche, l'indemnisation n'a pas été admise dans un cas où l'intéressé avait de sa propre initiative décidé de faire prendre la mer à Nouméa à un bateau lui appartenant dans l'intention de procurer à des résidents français de Vanuatu un moyen de quitter le territoire où leur sécurité paraissait menacée. Son bateau avait été saisi et il demandait à être indemnisé. Le juge relève qu'il n'avait été ni requis ni invité à intervenir dans une situation politique complexe, et que l'intéressé n'avait donc pas la qualité de collaborateur bénévole du service public (CE 16 juin 1989, Pantaloni<sup>45</sup>).

42. *AJDA* 1971.37, chr. Labetoulle et Cabanes.

43. *ibid.*

44. *RDP* 1970.1431, concl. Rougevin-Baville.

45. *AJDA* 1989.611, chr. Honorat et Baptiste.

Parallèlement, le juge a fait sauter le dernier obstacle à l'indemnisation qui résidait dans l'existence d'un lien de solidarité préexistant entre le sauveur et la personne secourue, en reconnaissant la qualité de collaborateur bénévole à une personne qui s'était portée au secours d'un baigneur en difficulté, qui se trouvait être le cousin de sa femme (CE 1er juillet 1977, Commune de Coggia<sup>46</sup>), puis à un homme qui avait été blessé alors qu'il tentait d'arracher son propre fils et sa sœur à un feu de maquis (CE 22 juin 1984, Mme Nicolai).

Cette jurisprudence, qui pousse à l'extrême la socialisation des risques, protège, certes, les victimes, mais impose aux communes des charges que les plus petites d'entre elles peuvent difficilement supporter. On rencontre ici les limites de la responsabilité-assurance, qui ne peut remplir correctement sa fonction que si l'assureur est solvable.

### *C) La garantie des risques inhérents à l'activité de l'administration*

C'est encore l'idée d'assurance ou de garantie qui explique l'obligation faite à l'administration de réparer les préjudices subis par des tiers du fait de ses activités génératrices de risques particuliers.

Les principaux bénéficiaires de cette jurisprudence étaient traditionnellement les victimes de dommages accidentels de travaux publics lorsqu'elles ont la qualité de tiers par rapport à un ouvrage public : parce qu'ils ne profitent pas directement de l'ouvrage - terminé ou en construction - édifié dans l'intérêt général, ils bénéficient d'un régime d'indemnisation plus favorable que les usagers, soumis au régime de la présomption de faute, ce qui atteste que l'idée d'équité est là encore sous-jacente. S'ils sont indemnisés, c'est parce qu'il paraîtrait anormal de les laisser supporter seuls un dommage qu'ils ont subi dans l'intérêt de tous.

L'indemnisation fondée sur la notion de "risque anormal de voisinage" s'inscrit dans la même logique. Cette notion est apparue pour la première fois à propos de l'explosion d'engins dangereux dont l'accumulation à proximité d'une agglomération importante, pendant la guerre de 14-18, avait créé pour les habitants "*des risques excédant les limites de ceux qui résultent normalement du voisinage*" et devait donc entraîner la mise en jeu de la responsabilité de la puissance publique en cas d'explosion (CE 28 mars 1919, Regnault-Desroziers).

La référence au "risque anormal de voisinage", relève François Ewald<sup>47</sup>, est symbolique du rapport social conçu comme rapport d'interdépendance et de solidarité : l'idée de voisinage sous-entend celle d'un rapport difficile et ambigu entre les personnes, puisqu'il n'y a pas de voisinage sans nuisances.

46. AJDA 1978.286, concl. Morisot.

47. L'État providence, Grasset, 1986, p. 337.

Désormais on admet que les nuisances sont normales, que, dans la société industrielle, certains voisinages dangereux sont nécessaires : on ne peut donc plus exiger leur réparation sur le fondement de la faute. Mais on exigera la réparation des dommages qui dépassent une certaine mesure et concrétisent des risques dépassant ceux qui résultent normalement du voisinage.

On sait qu'après avoir été invoquée à l'appui de la réparation des dommages causés par les pensionnaires de certains établissements d'éducation surveillée au détriment des voisins (CE 3 février 1956, Thouzellier), la notion de risque anormal de voisinage a été progressivement abandonnée, au profit d'une garantie plus générale des risques engendrés par le recours à des méthodes ou procédés dangereux ou par l'utilisation de choses ou d'engins dangereux. Plus récemment, la notion de risque a été introduite dans le cadre de la responsabilité hospitalière, afin de garantir l'aléa thérapeutique.

#### *Les méthodes dangereuses*

Dans le prolongement de la jurisprudence Thouzellier, le Conseil d'État a admis l'indemnisation des dommages provoqués par les mineurs de l'éducation surveillée (CE 9 mars 1966, Trouillet) ou les pensionnaires de hôpitaux psychiatriques en sortie d'essai (CE 13 juillet 1967, Département de la Moselle<sup>48</sup>), ou les détenus bénéficiaires d'une permission de sortie (TA Grenoble, 15 mars 1978, Masson<sup>49</sup>). La même solution a été étendue aux hypothèses où les mineurs délinquants étaient placés dans un établissement privé habilité à recevoir ces mineurs (CE 19 décembre 1969, Etablissements Delannoy<sup>50</sup>). Plus récemment, la Cour administrative d'appel de Nantes a déclaré l'État responsable des dommages causés par un mineur inculpé de vol et confié à une association privée non habilitée mais liée par une convention de prise en charge à l'administration de l'éducation surveillée (CAA Nantes, 8 juillet 1992, *Ministre de la Justice c/ Norbert Pelle*<sup>51</sup>).

La justification de la réparation se trouve là encore dans l'idée de garantie : ces méthodes plus libérales, destinées à faciliter la réinsertion des personnes concernées, auxquelles on a donc recours dans l'intérêt général, créent néanmoins un risque spécial pour les tiers, qui ont le droit d'être indemnisés s'ils subissent un dommage, afin de rétablir l'égalité rompue devant les charges publiques.

#### *Les choses dangereuses*

Lorsque l'administration utilise une chose considérée en elle-même comme dangereuse, elle crée un risque pour les tiers qu'elle doit donc assurer contre

---

48. RDP 1968.505, note Waline.

49. AJDA 1978.511, note J.Y. Plouvin.

50. AJDA 1970.99, chr. Denoix de Saint-Marc et Labetoulle.

51. AJDA 1993.151.

les conséquences de ce risque lorsqu'il se réalise. On est bien ici encore dans la problématique de l'assurance.

Avant l'intervention de la loi de 1957, le juge administratif indemnifiait ainsi les victimes d'accidents d'automobile, du moins lorsque ces victimes n'étaient pas des automobilistes, sans rechercher la faute, en faisant jouer une présomption de responsabilité. Depuis 1949, lorsque le personnel de police fait usage d'armes à feu et que la victime est un tiers par rapport à l'opération de police, celle-ci est indemnisée sans qu'il soit nécessaire d'invoquer la faute commise par l'administration (CE 24 juin 1949, Lecomte et Daramy). Cette jurisprudence n'a cependant pas connu de développements notables au cours des dernières années, le juge refusant par exemple de considérer l'usage de grenades lacrymogènes ou de matraques comme intrinsèquement dangereux et justifiant l'application d'un régime de garantie.

Il en va de même de la jurisprudence sur les ouvrages dangereux. On sait que dans des cas à vrai dire très rares, le juge considère que les usagers d'un ouvrage public particulièrement dangereux peuvent, à l'instar des tiers, être indemnisés sur le fondement du risque lorsqu'ils sont victimes d'un accident. C'est ce qui fut jugé, dans les années 30, pour les ouvrages de transport et distribution d'électricité, de gaz et d'eau avant que cette jurisprudence ne soit abandonnée. Par la suite, certaines voies publiques ont été considérées comme exceptionnellement dangereuses (CE 6 juillet 1973, Dalleau, à propos d'une route nationale de La Réunion longeant le pied d'une falaise et sujette à des éboulements constants). Mais là encore, cette jurisprudence semble sinon tarie, du moins d'application de plus en plus limitée, aucun arrêt du Conseil d'État n'ayant plus admis le caractère exceptionnellement dangereux d'une route depuis lors (y compris s'agissant de cette même route de La Réunion sur laquelle des travaux ont été entretemps exécutés).

La cour d'appel de Lyon, dans un arrêt du 18 janvier 1990, avait admis le caractère exceptionnellement dangereux d'une route de la vallée de la Saorge. Sa décision a été cassée par le Conseil d'État, qui a estimé qu'il ne résultait pas des constatations de fait souverainement opérées par la cour que les risques auxquels sont exposés les usagers du tronçon dont il s'agit, comparés avec ceux auxquels sont exposés les usagers de nombreuses routes de montagne, présentent un caractère exceptionnel de gravité (CE 5 juin 1992, *Ministre de l'Équipement c/ M. et Mme Cala*<sup>52</sup>).

### *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique*

La jurisprudence a admis en revanche récemment de nouveaux cas de responsabilité sans faute en matière hospitalière qu'on peut rattacher à la notion de garantie des risques.

Dans un premier temps, le juge a estimé que la responsabilité d'un hôpital pouvait être engagée en cas d'utilisation d'une thérapeutique nouvelle, créant

52. *AJDA* 1992. 650, chr. Maugué et Schwartz.

un risque spécial, lorsque le recours à une telle thérapeutique ne s'imposait pas pour des raisons vitales (CAA Lyon, 21 décembre 1990, Consorts Gomez<sup>53</sup>). On en déduit que si un pronostic vital est en jeu la garantie ne joue plus, et que le risque inhérent à une thérapeutique nouvelle susceptible de le sauver doit alors être supporté par le patient.

En l'espèce, un jeune homme souffrant d'une forme de cyphose évolutive avait subi une intervention à la suite de laquelle il est resté paralysé. La cour justifie l'indemnisation en faisant valoir que *"l'utilisation d'une thérapeutique nouvelle créée, lorsque ses conséquences ne sont pas entièrement connues, un risque spécial pour ceux qui en sont l'objet ; [et] que lorsque le recours à une telle thérapeutique ne s'impose pas pour des raisons vitales, les complications exceptionnelles et anormalement graves qui en sont la conséquence directe engagent, même en l'absence de faute, la responsabilité du service public hospitalier"*.

Le tribunal administratif de Marseille avait pour sa part retenu la responsabilité de deux établissements hospitaliers marseillais à la suite d'une transfusion sanguine ayant été à l'origine d'une contamination par le VIH, estimant qu'en pratiquant des transfusions sanguines sans inactiver le virus, alors qu'à l'époque les techniques spécifiques de dépistage et d'inactivation du virus n'étaient pas pratiquées couramment faute d'être parfaitement maîtrisées et rendues obligatoires par un texte réglementaire, les hôpitaux n'avaient pas commis de faute, mais que, agissant sous l'empire de la nécessité d'assurer la continuité du service public et de sauver des vies humaines, ils avaient fait courir à leurs usagers un risque de contamination dont les conséquences excèdent très largement les limites de celles qui résultent normalement de leur activité et dont les victimes peuvent demander réparation (TA Marseille, 11 juin 1991, Consorts Nothelfer). Mais ce jugement a été annulé en appel, la cour refusant cette extension de la responsabilité pour risque et estimant qu'en l'absence de faute, prouvée ou même présumée, la responsabilité des établissements ne pouvait être retenue (CAA Lyon, 9 juillet 1992, Assistance publique de Marseille et CHR Font-Pré de Toulon<sup>54</sup>).

Dans un arrêt rendu le 9 avril 1993 et qui a d'ores et déjà suscité commentaires et critiques, le Conseil d'État a ouvert plus largement encore la responsabilité sans faute en admettant la notion de risque thérapeutique dans une hypothèse où il ne s'agissait pas, comme dans l'arrêt Consorts Gomez, d'une thérapeutique nouvelle mais d'un acte médical courant. En l'occurrence, la victime était restée tétraplégique à la suite d'une artériographie vertébrale, sans qu'aucune faute puisse être relevée de la part du personnel soignant. Néanmoins, énonce le juge, *"lorsque un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et donc aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec*

53. AJDA 1991.127, note J.P. Jouguelet et F. Loloum.

54. RFDA 1992.1037.

*l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité*<sup>55</sup>.

A travers cette affaire, c'est la question complexe - et rendue brûlante par l'affaire du sang contaminé - de l'indemnisation du risque thérapeutique qui se trouvait posée. Le risque thérapeutique se définit en effet comme celui dont la survenance est exceptionnelle au regard du risque habituel du traitement, sans lien avec l'état de santé antérieur de la victime, et qui a des conséquences d'une gravité hors du commun. En admettant ici la responsabilité sans faute de l'hôpital, le juge a devancé - ou court-circuité - le législateur, qui a été saisi, depuis les années 1970, d'un vingtaine de projets et de propositions de réforme portant sur cette question, dont aucun, il est vrai, n'a été jusqu'ici discuté<sup>56</sup>.

Conscient de l'enjeu, le commissaire du gouvernement Daël avait posé clairement, dans ses conclusions, la question de l'opportunité - tant d'un point de vue théorique que pratique - de dégager un nouveau cas de responsabilité sans faute. *"Sauf à sombrer dans l'arbitraire, disait-il, le juge doit, d'une part, s'interdire d'établir une situation dans laquelle tout préjudice serait reporté sur la collectivité, ce qui reviendrait à nier l'essence distributive du droit de la responsabilité, d'autre part donner au principe d'égalité une portée fidèle à la conscience collective du moment, enfin veiller à la cohérence de la construction jurisprudentielle"*.

Il relevait à cet égard que si l'on peut rapprocher le risque thérapeutique d'autres hypothèses où la responsabilité sans faute a été admise - la responsabilité du fait des activités légalles de l'administration d'abord, la responsabilité du fait des choses dangereuses ensuite, il s'en distingue néanmoins, puisque ici le risque n'est pas entièrement extérieur au patient, qui accepte de le courir dans l'espoir de guérir. Si, pourtant, dans la plupart des cas, les conséquences néfastes d'un acte ou d'un traitement médical sont la contrepartie inévitable d'un risque accepté en vue d'une guérison espérée, l'accident trouvant sa cause directe dans la personne même de la victime, c'est à dire dans sa maladie, dans d'autres cas, en revanche, la cause de l'accident n'a plus qu'un rapport indirect avec la maladie préexistante : ainsi en est-il lorsque des complications tout à fait exceptionnelles par leur fréquence et leur gravité entraînent une autre affection, voire un décès, qui ne peuvent plus être considérés comme la conséquence normale de l'état initial du patient. C'est dans cette distinction que pourrait résider la ligne de partage entre les risques que le patient doit équitablement supporter et ceux qui doivent être supportés par la collectivité publique.

Pour que la responsabilité de l'hôpital soit engagée, proposait le commis-

55. CE 9 avril 1993, Bianchi, *AJDA* 1993.344, chr. Maugué et Touvet.

56. Ces projets sont analysés et commentés dans le rapport rédigé par François Ewald pour le ministre de la Santé de l'époque, Bernard Kouchner : "Le problème français des accidents thérapeutiques. Enjeux et solutions", septembre-octobre 1992, ronéoté.

saire du gouvernement, il faut donc que les conséquences de l'acte médical se détachent nettement des conséquences de l'état initial du malade, que la disproportion entre cet état et les conséquences de la thérapeutique utilisée soit éclatante, que le préjudice soit spécial et exceptionnellement grave, anormal, hors du commun.

Le commissaire du gouvernement s'est également attaché à examiner les objections opposables à cette solution. S'agissant en premier lieu du grief d'empiètement sur la compétence du législateur, il faisait valoir d'une part que le droit de la responsabilité publique est traditionnellement un droit jurisprudentiel, d'autre part que le juge ne fait ici qu'interpréter le principe d'égalité au regard des valeurs communément admises, si l'on considère que "*toute l'évolution des esprits au cours de ces vingt dernières années tend à faire prendre en compte l'indemnisation de la fraction inacceptable du risque thérapeutique*" et que "*s'il y a divergence, c'est moins sur sa définition ou sa prise en charge que sur les procédés à mettre en œuvre*". La solution proposée, au demeurant, ne préjugait qu'en partie ces procédés, dans la mesure où l'hôpital est une collectivité publique.

D'où, cependant, la seconde objection, qui tenait précisément à ce que la solution envisagée, tout entière fondée sur les mécanismes de droit public, n'était pas transposable à la médecine libérale, un praticien privé ne pouvant être déclaré responsable sur son patrimoine des conséquences du risque thérapeutique. Le commissaire du gouvernement admettait qu'il en résulterait - pour une fois et en attendant une future réforme législative - un régime plus avantageux pour les malades hospitalisés dans le secteur public.

Enfin, le commissaire du gouvernement reconnaissait que la solution proposée ne permettait pas de régler le cas des risques sériels, comme l'affaire des transfusions sanguines, l'exigence traditionnelle de la spécialité du préjudice agissant ici comme butoir et excluant la prise en compte au titre de la responsabilité sans faute des catastrophes nationales ayant fait un nombre considérable de victimes. La décision du Conseil d'État, de toute évidence, pose autant de problèmes qu'elle en résout, qu'il s'agisse de la distorsion qu'elle engendre quant à la situation de la victime selon qu'elle est soignée en hôpital public ou dans le cadre de la médecine libérale, de la crainte qu'elle peut susciter que l'admission généralisée de la responsabilité en matière médicale ne se retourne finalement contre les patients eux-mêmes en plaçant les médecins sur la défensive et en les dissuadant de soigner en situation de risque<sup>57</sup> (la dérive constatée aux États-Unis faisant ici figure de repoussoir), des conséquences, enfin, de la couverture de l'aléa thérapeutique sur le montant des primes demandées par les assureurs et finalement sur la viabilité du système d'assurance lui-même<sup>58</sup>.

57. Cette crainte a été notamment exprimée au cours des débats qui ont précédé le vote de la loi du 31 décembre 1991 sur l'indemnisation des personnes contaminées par le virus du sida à la suite d'une transfusion sanguine : voir *infra*, IV.

58. Voir les critiques formulées par François Ewald dans *Le Monde* du 21 avril 1993.

Mais peut-être cette décision contribuera-t-elle à faire prendre conscience aux pouvoirs publics de l'urgence qu'il y a à légiférer dans ce domaine.

### III - LA RESPONSABILITÉ-PRIX

Dans certaines hypothèses, la responsabilité de l'administration est engagée alors même qu'elle n'a agi ni de façon illégale, ni de façon fautive. Elle correspond en somme, comme on l'a indiqué plus haut, au prix qu'elle doit payer en contrepartie du préjudice grave, spécial et anormal que ses agissements engendrent pour certaines personnes. Il peut s'agir d'activités matérielles, qui causent une gêne excédant les inconvénients normaux du voisinage, ou d'actes juridiques entraînant des charges financières telles qu'il paraît équitable de les compenser par une indemnisation adéquate.

#### A) *La responsabilité du fait d'activités gênantes*

Les victimes de dégradations causées aux immeubles ou de dépréciations ou nuisances résultant soit de l'existence ou du fonctionnement d'ouvrages publics, soit de la réalisation de travaux publics, ont droit à être indemnisées à condition que le dommage soit grave, anormal et spécial. Ceci recouvre des hypothèses telles que le voisinage d'installations génératrices de bruits et d'odeurs difficilement supportables, voire d'émanations toxiques, la gêne provoquée par la construction d'une autoroute à 50 m d'une maison, la fissuration de bâtiments ou l'inondation d'une cave, la perte de clientèle pour les entreprises commerciales en raison de la diminution de la visibilité du magasin ou de la facilité d'accès des clients, etc...

Cependant, la jurisprudence estime que certains dommages doivent être normalement supportés par la victime parce qu'ils n'ont pas un caractère de gravité suffisant, notamment parce qu'ils n'excèdent pas les inconvénients normaux du voisinage, ou parce qu'ils font partie des aléas que les riverains des voies publiques sont censés devoir supporter en compensation du bénéfice qu'ils en tirent.

Dans l'ensemble, la jurisprudence reste en la matière très restrictive, et l'on ne constate pas de progrès sensible en ce qui concerne l'indemnisation des victimes de ce type de dommages. Ce qui renvoie à l'analyse de François Ewald, mentionnée plus haut à propos du risque anormal de voisinage, à savoir que l'on admet désormais que, dans la société industrielle, les nuisances sont normales, ou en tout cas inévitables, et que l'on ne peut donc en exiger la réparation que si elles dépassent une certaine mesure.

Tout est en fait question d'espèce : l'aggravation des bruits de la circulation est réparée dans l'hypothèse où une autoroute est construite en surplomb d'une maison de campagne, mais pas lorsqu'une voie urbaine déjà très fréquentée est transformée en semi-autoroute. Le Conseil d'État a par exemple refusé récemment d'indemniser

un propriétaire qui se plaignait des nuisances occasionnées par le chantier de construction de la centrale nucléaire de Nogent-sur-Seine, estimant que les inconvénients découlant tant du bruit et de la poussière que de la difficulté accrue de la circulation sur les routes desservant la propriété ne dépassaient pas les sujétions que les propriétaires situés à proximité des chantiers sont tenus de supporter, alors que la propriété était située à 630 mètres du chantier et qu'elle en était séparée par une voie ferrée, la Seine et un rideau d'arbres (CE 1er mars 1989, Epoux Docquet Chassaing c/ EDF).

C'est pour des raisons analogues qu'une jurisprudence constante refuse d'indemniser les conséquences dommageables des "détournements de trafic", résultant du changement de direction des voies publiques ou de la création de nouvelles voies, qu'il s'agisse de pertes de clientèle subies par des commerçants ou restaurateurs, ou des allongements de parcours subis par des entreprises.

C'est ainsi que la construction d'une route nationale au dessus du barrage sur la Rance ayant entraîné une diminution spectaculaire du trafic du bac reliant Dinard à Saint-Malo n'a pas été indemnisée (CE 2 juin 1972, Sté des bateaux de la côte d'éméraude<sup>59</sup>). Le juge a cependant admis, en sens inverse, l'indemnisation d'un restaurateur de routiers à la suite d'une interdiction faite aux routiers d'emprunter la route nationale traversant une agglomération ; mais ici, le préjudice résultait d'un arrêté de police municipal (voir *infra*).

### ***B) La responsabilité du fait de décisions licites mais dommageables***

Là encore la responsabilité de la collectivité publique renvoie à l'idée d'un prix à payer en contrepartie de décisions légales ou d'abstentions non fautives de l'administration, voire dans certains cas de lois votées par le Parlement, qui, parce qu'elles ont provoqué une rupture de l'égalité devant les charges publiques sous la forme d'un dommage spécial et anormal, supposent l'indemnisation des victimes.

#### *Les décisions individuelles légales*

La responsabilité sans faute a été admise initialement en contrepartie du refus de prêter le concours de la force publique pour l'exécution d'une décision de justice : dans l'arrêt Couitéas, de 1923, le Conseil d'État relève que le préjudice résultant de ce refus, même justifié par les circonstances, ne saurait, s'il excède une certaine durée, être une charge incombant normalement à l'intéressé, qui a donc droit à être indemnisé. Le même raisonnement a conduit à dédommager les propriétaires d'usines occupées par les grévistes en 1936 et qui n'avaient pu faire exécuter les ordonnances d'expulsion (CE 9 juin 1938, Sté La Cartonnerie Saint-Charles).

---

59. AJDA 1972.347, chr. Labetoulle et Cabanes ; RDP 1973.497, note Waline.

Par la suite, le juge a admis la réparation des préjudices les plus divers causés par diverses décisions administratives légales mais imposant à leurs destinataires une charge spéciale et anormale.

Les exemples illustrant cette jurisprudence sont bien connus : il s'agit par exemple du préjudice subi par une société qui avait fait l'objet de pressions au cours d'un conflit collectif du travail pour la déterminer à passer un contrat désavantageux (CE 21 novembre 1947, *Sté Boulanger*) ; du préjudice résultant du refus opposé à une entreprise de procéder au licenciement de la main-d'œuvre excédentaire (CE 28 octobre 1949, *Sté des Ateliers du Cap Janet*) ; de celui résultant de la réquisition de bâtiments par un maire en vue d'assurer le relogement de personnes évacuées d'un immeuble menaçant ruine (CE 15 février 1961, *Werquin*) ; ou encore de la dépréciation d'un immeuble à la suite d'une procédure d'expropriation finalement abandonnée (CE 23 décembre 1970, *EDF c/ Farsat*).

### *Les carences non fautives*

Cette jurisprudence classique a connu des prolongements nouveaux avec l'extension du droit à réparation à des hypothèses où l'administration, sans qu'on puisse relever à son encontre de carence fautive, se montre néanmoins incapable de faire cesser des infractions à une réglementation, alors que ces infractions occasionnent à des tiers un préjudice grave, spécial et anormal. Dans ce cas, l'indemnisation apparaît très nettement comme le prix de l'impuissance de l'administration à faire cesser des situations illégales. Elle peut aussi être interprétée il est vrai comme une porte de sortie commode pour le juge lui-même qui n'a jamais imposé très énergiquement à l'administration l'obligation d'agir pour réprimer des infractions aux lois et règlements en vigueur : indemniser les victimes sur le fondement de la responsabilité sans faute est une façon d'éviter d'avoir à se prononcer sur le caractère fautif de sa carence.

Cette stratégie judiciaire était très claire dans l'affaire du marché d'intérêt national de Bordeaux-Brienne : le non respect de l'interdiction de vendre en gros dans le périmètre de protection du marché d'intérêt national avait causé un préjudice aux commerçants installés sur le MIN qui avaient subi la concurrence des commerçants demeurés sur le marché municipal alors que celui-ci aurait dû fermer, et qui seront finalement indemnisés sur le fondement de la responsabilité sans faute (CE 7 mai 1971, *Ministre de l'Economie c/ Sastre*<sup>60</sup>). La situation était assez proche dans l'affaire Navarra : la violation d'une réglementation sur les servitudes d'urbanisme avait occasionné au propriétaire du terrain voisin des constructions irrégulières un préjudice qui, dit le juge, ne saurait être regardé comme une charge incombant normalement à l'intéressé et doit donc être réparé, alors même que l'administration n'a pas commis de faute en n'agissant pas devant les juridictions judiciaires pour obtenir la

60. R. p. 334, concl. Gentot ; RDP 1972.443, note Waline ; Loschak (D.), "Un nouveau cas de responsabilité sans faute : l'impuissance de l'administration à faire respecter ses propres décisions", JCP 1971.I.2446.

démolition des constructions édifiées sans permis de construire (CE 20 mars 1974, MATELT c/ Navarra<sup>61</sup>).

Plus récemment, le juge a admis que lorsque des mouvements de grève des contrôleurs de la navigation aérienne, à une époque où ceux-ci étaient privés du droit de grève, désorganisent pendant une longue durée le trafic aérien, l'administration ne commet pas de faute en n'utilisant pas son pouvoir de réquisition et en n'engageant pas de poursuites disciplinaires pour faire cesser un mouvement de grève illégal ; les compagnies qui ont subi des pertes ont néanmoins droit à être indemnisées si elles justifient d'un préjudice grave, spécial et anormal du fait de ces "*atteintes tolérées à la continuité du service public*". C'est ainsi qu'à la suite de conflits particulièrement longs le Conseil d'État a accepté l'indemnisation des compagnies qui desservient essentiellement les aéroports français (CE 6 novembre 1985, Ministre des Transports c/ Touraine Air Transport), mais non celles dont la majeure partie de l'activité s'exerçait en dehors de l'espace aérien français, la condition de gravité du préjudice n'étant pas remplie dans ce cas (CE 6 novembre 1985, Sté Condor Flugdienst).

De même, le juge a eu à se prononcer à plusieurs reprises, au cours des dernières années, sur les demandes d'indemnité formées par les victimes d'entraves à la circulation sur le domaine public routier, fluvial ou portuaire résultant de barrages constitués à l'occasion de conflits professionnels. Il a estimé que s'il appartenait en principe à l'État d'assurer la libre circulation des véhicules et des navires, celui-ci ne commettait pas nécessairement de faute en ne recourant pas à la force, mais que si le blocage durait un certain temps, le préjudice subi par les usagers était susceptible d'être réparé sur le terrain de la rupture de l'égalité devant les charges publiques. C'est ainsi qu'à l'occasion du mouvement des marins-pêcheurs, en 1980, qui a affecté la quasi-totalité des ports français pendant plusieurs semaines et qui a donné lieu à un contentieux abondant, le juge a admis dans presque tous les cas l'absence de faute (alors qu'à l'occasion d'un mouvement revendicatif des marins-pêcheurs du Havre en 1977 il avait admis la faute lourde pour la double raison que le mouvement était annoncé depuis plusieurs jours, donc prévisible, et de portée limitée : CE 15 juin 1987, Sté Delmas-Vieljeux). S'agissant de l'indemnisation sur le fondement de la rupture de l'égalité, il a distingué selon les entreprises concernées, acceptant l'indemnisation des armateurs ( CE 24 octobre 1986, Secrétaire d'État auprès du ministre des Transports chargé de la mer c/ Sté Angleterre-Lorraine-Alsace ; CE 7 janvier 1987, Secrétaire d'État auprès du ministre des Transports chargé de la Mer c/ Sté Lauritzen-France ; CAA Nancy, 8 octobre 1992, Sté Sollac), mais non des entreprises de courtage en douane et de manutention (CE 22 juin 1987, Sté Jokelson).

### *Les lois et règlements*

La responsabilité du fait des lois et règlements ainsi que des conventions internationales, en revanche, n'a guère connu de développements.

S'agissant des règlements, l'arrêt Commune de Gavarnie du 22 février

---

61. AJDA 1974.303, chr. Franc et Boyon.

1962, dans lequel le Conseil d'État avait admis le principe de l'indemnisation d'un commerçant à la suite d'un arrêté municipal réglementant l'accès au site du cirque de Gavarnie pour des raisons de sécurité, et qui risquait, en interdisant l'artère où se trouvait son commerce de souvenirs aux piétons, de le priver de l'essentiel de sa clientèle, n'a pas eu de prolongements notables.

Tout au plus peut-on citer la reconnaissance du droit à indemnisation d'un restaurateur qui exploitait un restaurant de routiers en bordure d'une route nationale, et qui avait perdu sa clientèle après que le maire de la commune voisine ait interdit aux poids lourds d'emprunter la route nationale traversant sa commune et prévu un itinéraire obligatoire de contournement par l'autoroute (CE 13 mai 1987, Aldebert<sup>62</sup>).

S'agissant des lois, on sait là encore que très peu d'arrêts ont, postérieurement à l'arrêt La Fleurette, admis l'indemnisation, en raison d'une interprétation stricte des conditions posées par cet arrêt. Le plus souvent, en effet, le juge estime que l'indemnisation est exclue parce que la loi a été prise "dans un intérêt général prééminent" tel que la protection de la santé ou de la sécurité publique. Dans les espèces les plus récentes, il n'est d'ailleurs plus fait référence qu'à l'intérêt général sans autre précision, formule qui laisse songeur puisqu'elle semble signifier *a contrario* que certaines lois ne sont pas prises dans un intérêt général...

L'indemnisation a ainsi été refusée lorsque la loi avait été prise :

- en vue de la protection de la sécurité publique et la répression de la délinquance organisée, et de la protection de la jeunesse : s'agissant de la loi du 12 juillet 1983 interdisant "les machines à sous", le juge relève qu'il résulte des travaux préparatoires que le législateur a entendu exclure toute indemnisation des sociétés dont l'activité se rattache au commerce ou à la fabrication de ces appareils (CE 11 juillet 1990, Sté Stambouli) ;
- en vue d'alléger une procédure peu utile et coûteuse alourdissant les charges de gestion de la sécurité sociale : à propos d'un texte réduisant les cas où il sera fait appel à des enquêteurs assermentés de la sécurité sociale, entraînant une diminution de leurs revenus, la cour relève que la loi est intervenue dans un but d'intérêt général et que l'indemnisation est donc exclue (CAA Lyon, 10 octobre 1990, Autard) ;
- en vue d'assurer le respect des engagements internationaux de la France et des obligations résultant du Traité de Rome, et de limiter la charge pesant sur les finances publiques : s'agissant d'une loi ayant modifié le régime économique de l'alcool de betterave et mettant fin au monopole de l'État auquel la société participait en qualité de dépositaire agréé, le juge estime qu'en l'absence de dispositions expresses prévoyant un droit à l'indemnisation et eu égard aux objectifs d'intérêt général qu'elle poursuit, la loi ne saurait engager la responsabilité de l'État (CAA Nancy, 13 novembre 1990, SARL Ets Beirneart-Toulemonde).

Enfin, si l'arrêt Compagnie générale d'énergie radio-électrique du 30 mars

---

62. *RFDA* 1988.950, note Rihal.

1966 a admis le principe d'une extension de la jurisprudence *La Fleurette* aux conventions internationales lorsque celles-ci ont été incorporées dans l'ordre juridique interne, on sait là encore qu'en pratique le recours n'a abouti que dans une espèce.

Il s'agissait d'un propriétaire dont le locataire avait épousé un diplomate étranger. Faute du paiement du loyer, l'intéressé avait tenté d'obtenir l'expulsion, mais son action civile s'était heurtée à l'immunité juridictionnelle stipulée par les accords internationaux applicables (CE 29 octobre 1976, *Ministre des Affaires étrangères c/ Burgat*<sup>63</sup>). Le juge a cependant refusé, dans une affaire assez proche, de reconnaître la responsabilité de l'État dans une espèce où la requérante, qui avait loué son appartement à un diplomate, n'avait pu procéder à son expulsion et obtenir le paiement des arriérés de loyers dus en raison des immunités diplomatiques résultant de la Convention de Vienne de 1961. Il a estimé en effet que la condition de spécialité du préjudice n'était pas remplie, compte tenu du nombre de citoyens auxquels ses stipulations sont susceptibles de s'appliquer. En fait, il semble qu'il ait surtout tenu compte de la circonstance qu'elle avait connaissance de la qualité de diplomate étranger de son cocontractant lorsqu'elle a renouvelé son bail, ce qui n'était pas le cas dans l'affaire jugée en 1976, et qu'elle avait donc implicitement accepté l'aléa, de sorte que le préjudice n'était pas anormal (CAA 16 juillet 1992, *Mme Yasmine Aga Khan*<sup>64</sup>).

#### IV - LA COUVERTURE DES RISQUES SOCIAUX

La tendance à la socialisation des risques trouve son aboutissement dans l'instauration de régimes spéciaux d'indemnisation destinés à réparer les préjudices subis par certaines catégories de victimes considérées comme particulièrement dignes d'intérêt et qui ne pourraient pas être correctement indemnisées par les mécanismes habituels de responsabilité civile ou administrative : victimes de dommages imputables à des rassemblements ou attroupements, victimes de dommages résultant d'infractions pénales dont les auteurs sont inconnus ou insolvables, victimes de faits de guerre, de calamités naturelles ou d'actes de terrorisme, victimes de la contamination par le virus du SIDA, demain, peut-être, victimes des risques thérapeutiques, etc...

La mise en place par le législateur de ces systèmes spéciaux d'indemnisation, qui a eu tendance à s'accélérer au cours des dernières années, revient en substance à ériger l'État, au nom de la solidarité nationale, en garant de certains risques sociaux qui ne sont pas couverts par les mécanismes d'assurance ou de responsabilité.

On relève qu'à l'encontre des hypothèses examinées jusqu'ici, le risque couvert n'est pas engendré spécifiquement par l'activité d'une collectivité

63. RDP 1977.213, concl. Massot ; AJDA 1977.30, chr. Nauwelaers et Fabius.

64. Voir Godfrin (Ph.), "La responsabilité du fait des conventions internationales est-elle un mythe ?", RFDA 1993.56.

publique mais peut l'être tout aussi bien par l'activité de tiers agissant soit de façon illégitime (l'ennemi, le délinquant, le terroriste...), soit de façon légitime (le médecin), ou même résulter de catastrophes naturelles. L'indemnisation est donc dissociée de la responsabilité, et le débiteur de l'indemnité - soit l'État lui-même, soit un fonds de garantie spécialement créé et alimenté le plus souvent par des contributions de l'État ou par un prélèvement sur les contrats d'assurance, soit enfin les compagnies d'assurance, mais dans des conditions strictement encadrées par l'État - ne se confond plus avec l'auteur du dommage.

On peut tenter de distinguer, au sein de cette fonction de garantie des risques sociaux, plusieurs hypothèses, correspondant à des situations différentes.

#### *La garantie des risques imposés dans l'intérêt général*

On trouve une illustration de cette hypothèse dans l'indemnisation des accidents provoqués par des vaccinations obligatoires. On sait qu'il a fallu l'intervention du législateur, par la loi du 1er juillet 1964, pour instaurer un régime de responsabilité sans faute là où le juge n'avait admis que le régime de la faute présumée. La couverture de ce risque par l'État se justifie ici par le fait qu'il serait inéquitable de laisser les victimes supporter seules les conséquences de vaccinations qui sont imposées dans l'intérêt de la santé publique plus encore que dans l'intérêt individuel des personnes vaccinées.

En revanche, le régime d'indemnisation des personnes qui se prêtent - volontairement, cette fois - à des recherches bio-médicales sans finalité thérapeutique directe, prévu par la loi du 20 décembre 1988, bien qu'apparemment assez proche du précédent, n'appartient pas exactement au même cas de figure : s'il prévoit la réparation intégrale des conséquences éventuellement dommageables de l'expérimentation indépendamment de toute faute, il laisse en effet peser la charge de l'indemnisation sur le promoteur de l'expérience, c'est à dire l'auteur du dommage, qu'il oblige simplement à souscrire une assurance garantissant sa responsabilité civile.

#### *La garantie de certains risques inhérents à la vie en société*

On peut mentionner d'abord l'obligation incombant aux collectivités publiques - hier la commune, aujourd'hui l'État - de réparer les dommages causés par les attroupements et rassemblements indépendamment de toute faute. Le régime de responsabilité recouvre bien, dans les faits, un mécanisme de garantie : la substitution de la responsabilité de l'État à celle de la commune par la loi du 7 janvier 1983 atteste de façon plus nette encore que sous l'empire du régime précédent cette fonction de garantie assignée à la mise en jeu de la responsabilité de l'État, auquel on ne peut à l'évidence imputer les faits dommageables.

C'est cette même fonction de garantie que remplit le mécanisme d'indemnisation des dommages corporels résultant d'une infraction pénale dont les

auteurs sont inconnus ou insolubles institué par loi du 3 janvier 1977, modifiée par les lois des 2 février 1981 et 8 juillet 1983. L'indemnisation est allouée par des commissions d'indemnisation et versée par un Fonds de garantie alimenté par le budget de l'État. On est bien ici dans une problématique de la solidarité et non de la responsabilité, comme l'a confirmé la Cour de cassation en estimant que l'indemnité allouée n'avait pas le caractère de dommages-intérêts mais constituait un secours apporté par l'État en vertu d'un devoir de solidarité : la contrepartie étant le plafonnement de l'indemnité qui n'est pas censée compenser l'intégralité du dommage subi.

Le mécanisme mis en place par la loi du 5 juillet 1985 pour mieux protéger les victimes d'accidents de la circulation, qui institue un véritable droit à indemnisation en dehors du régime commun de la responsabilité civile, ne s'inscrit en revanche que partiellement dans ce schéma. Si l'idée de solidarité est bien sous-jacente à ce nouveau dispositif de collectivisation du risque, sa réalisation emprunte cependant prioritairement les mécanismes classiques de l'assurance, le Fonds de garantie n'intervenant que de façon subsidiaire, notamment lorsque la personne responsable est inconnue ou n'est pas assurée<sup>65</sup>.

Le dispositif d'indemnisation des victimes des catastrophes naturelles institué par la loi du 13 juillet 1982 se situe à mi-chemin entre les deux hypothèses que l'on vient d'évoquer<sup>66</sup>. Destiné à améliorer le système antérieur d'indemnisation, qui reposait au départ sur le vote au coup par coup, par le législateur, de secours aux populations sinistrées, avant que ne soit mis en place, en 1956, un fonds de secours permanent aux victimes de calamités publiques, il prévoit la couverture obligatoire des conséquences des catastrophes naturelles par les contrats d'assurance garantissant les dommages causés aux biens.

Cette substitution des assureurs à l'État, qui semblerait aller à contre-courant de l'évolution vers une prise en charge par celui-ci d'un nombre croissant de risques sociaux, au nom de la solidarité nationale, n'est cependant qu'apparente. D'abord parce que le mécanisme d'assurance est strictement encadré par le législateur : c'est lui qui a décidé que des dommages jusque là non assurables seraient désormais assurables ; c'est lui qui fixe le montant des primes à verser par les assurés ; c'est lui enfin qui déclare l'état de catastrophe naturelle dans les zones sinistrées. Ensuite parce que la mise en jeu de l'assurance n'est pas exclusive de l'intervention de l'État : d'une part, en effet, le Fonds de secours continue à intervenir pour couvrir les personnes physiques ou morales non assurées ; d'autre part l'État accorde sa garantie aux opérations de réassurance, par la Caisse centrale de réassurance, des

---

65. Un système analogue d'indemnisation par un Fonds de garantie permet d'indemniser les victimes d'accidents de chasse dont l'auteur est inconnu ou insolvable (loi du 11 juillet 1966) ou encore les dégâts causés aux récoltes par les sangliers ou les grands gibiers (loi du 21 décembre 1968).

66. Nous renvoyons sur ce point à l'analyse de Pontier (J.-M.), "Le législateur, l'assureur et la victime", *RFDA* 1986.98, à qui nous empruntons plusieurs des idées exprimées ici.

risques résultant des catastrophes naturelles.

*La garantie des risques "exceptionnels"*

Le qualificatif "exceptionnel" peut s'entendre de deux façons différentes et renvoie effectivement à deux éventualités distinctes. Certains risques sont considérés comme exceptionnels parce qu'on ne peut raisonnablement les considérer comme inhérents à la vie en société, même s'ils peuvent se réaliser de façon répétée : on pense par exemple aux actes de terrorisme, ou aux dommages de guerre. D'autres risques sont qualifiés d'exceptionnels à la fois en raison de la gravité de leurs conséquences et parce qu'ils ne se sont réalisés qu'une seule fois : dans ce cas - et c'est ce qui s'est passé pour les personnes contaminées par le virus du SIDA -, c'est autant le mécanisme d'indemnisation mis en place qui apparaît comme exceptionnel, car limité dans le temps et non destiné à devenir permanent, que le risque qu'il entend couvrir.

On rencontre, pour l'indemnisation de ces risques exceptionnels, la même oscillation entre le recours à l'assurance et le recours à la solidarité, avec toutefois une plus grande place accordée à cette dernière.

L'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme instituée par la loi du 9 septembre 1986<sup>67</sup> repose *a priori* typiquement sur un mécanisme de solidarité, qui vise à pallier l'impossibilité pour les victimes d'obtenir réparation par les mécanismes de la responsabilité ou de l'assurance. Avant l'intervention de la loi, en effet, les victimes s'étaient heurtées, lorsqu'elles avaient tenté de mettre en jeu la responsabilité de l'État, à l'exigence d'une faute lourde, et le juge administratif avait refusé de faire jouer la responsabilité sans faute de l'État, sur le fondement de la rupture de l'égalité devant les charges publiques ou sur le fondement du risque, dans une hypothèse où le dommage ne lui était à l'évidence pas imputable. Quant à l'assurance, si les compagnies proposaient depuis 1983 à leurs assurés la garantie des dommages matériels résultant d'incendie ou d'explosion provoqués par un attentat, elles ne couvraient pas les dommages corporels. L'indemnisation est donc désormais assurée par l'intermédiaire d'un fonds de garantie, alimenté toutefois - et c'est en quoi le système reste malgré tout hybride - par un prélèvement sur les contrats d'assurances de biens.

Dans le cas de l'indemnisation des victimes contaminées par le virus du SIDA, finalement instituée par l'article 47 de la loi du 31 décembre 1991 portant DMOS<sup>68</sup>, c'est également les limites de l'action contentieuse, donc des systèmes de responsabilité, qui a amené les pouvoirs publics à choisir la voie législative.

67. Renoux (Th.) et Roux (A.), "Responsabilité de l'État et droits des victimes d'actes de terrorisme", *AJDA* 1993.75.

68. Pour une analyse et un commentaire de cette loi, voir Pontier (J.-M.), "Sida, de la responsabilité à la garantie sociale (à propos de la loi du 31 décembre 1991)", *RFDA* 1992.533.

Il faut cependant rappeler qu'un premier système de solidarité nationale avait déjà été mis en place en 1989, à travers la création d'un fonds public et d'un fonds privé d'aide aux victimes, mais ces fonds étaient réservés aux seuls hémophiles. La découverte de l'ampleur du drame d'une part, la lenteur des procédures judiciaires d'autre part, ont mis en évidence la nécessité de créer un mécanisme d'indemnisation plus large et plus rapide, indépendant de la recherche des responsabilités, et fondé sur la solidarité.

En octobre 1991 un accord fut signé entre le gouvernement et les compagnies d'assurances, prévoyant l'indemnisation sur un fonds public des hémophiles et des polytransfusés contaminés par le virus du SIDA avant le 1er janvier 1990, le financement étant assuré par une contribution additionnelle sur les contrats d'assurance de biens. Mais les associations d'hémophiles et de transfusés réclamant un texte législatif, le gouvernement mit finalement au point un projet de loi allant dans le même sens ; toutefois, le mode de financement prévu, déjà controversé au sein même de la gauche et du gouvernement, fut immédiatement dénoncé par l'opposition et par les associations qui estimèrent inadmissible et injuste de faire supporter par les assurés le coût financier de l'indemnisation des personnes contaminées, de sorte que le gouvernement renonça finalement à taxer les contrats d'assurances et accepta que l'État fournisse plus de la moitié des sommes nécessaires, les compagnies d'assurance devant fournir l'autre moitié<sup>69</sup>.

Tant les débats parlementaires que le contenu du texte montrent l'hésitation du législateur à choisir entre deux conceptions : un régime de responsabilité fondée sur le risque, et un régime de garantie sociale fondé sur l'idée de solidarité. La notion de solidarité est à l'évidence sous-jacente au dispositif, comme en témoigne l'exposé des motifs dans lequel on lit : *"il est juste que la solidarité nationale s'exprime à l'égard de ces personnes qui sont dans une situation de grande souffrance et pour qui la voie juridictionnelle ne pouvait être pleinement satisfaisante"*. Mais les débats parlementaires mettent au premier plan le risque - que les députés et sénateurs prennent soin cependant de qualifier d'exceptionnel, exprimant ainsi leur crainte que le système mis en place ne constitue un précédent dangereux, susceptible d'une extension indéfinie vers l'admission généralisée de la responsabilité en matière médicale.

On lit ainsi, dans le rapport présenté devant l'Assemblée nationale : *"le texte proposé se situe effectivement sur le terrain du risque et il convient d'être conscient que l'on crée ainsi un précédent dont il faut savoir évaluer les conséquences"*<sup>70</sup>. Le rapporteur devant le Sénat, en revanche, insiste sur la nécessité *"de faire ressortir le caractère tout à fait exceptionnel du dispositif, qui relève expressément de la solidarité nationale"*<sup>71</sup>. La solidarité avec les victimes, dit-il, serait en quelque sorte le prix à payer pour restaurer la

69. Selon certaines estimations, les sommes nécessaires à l'indemnisation pourraient s'élever à 10 milliards de francs.

70. Rapport Boulard, Doc. AN n° 2407

71. Rapport Huriet, Doc. Sénat n° 171

confiance dans notre système transfusionnel fondé sur le don anonyme, bénévole et gratuit du sang, qui a failli en permettant une distribution de produits sanguins contaminés. Mais il importe cependant, prévient-il lui aussi, "*afin d'éviter un dérapage vers la notion de responsabilité sans faute, de souligner le caractère exceptionnel du dispositif*".

Preuve supplémentaire de ce qu'on est bien dans un système de solidarité et non de responsabilité, la loi dispense les victimes de prouver le lien de causalité entre le fait générateur : la transfusion, et le dommage : la contamination par le virus. Elle dispose simplement que "*dans leur demande d'indemnisation, les victimes ou leurs ayants droit justifient de l'atteinte par le VIH et des transfusions de produits sanguins ou des injections de produits dérivés du sang*".

On comprend, à la lumière de ces hésitations, pourquoi la question de l'indemnisation de l'aléa thérapeutique, pourtant jugée cruciale par toutes les parties concernées - médecins, patients, assureurs, pouvoirs publics... - n'a pas encore reçu de réponse législative. Responsabilité ? Assurance ? Solidarité ? Chacun des choix possibles présente des avantages, mais chacun se heurte aussi à des objections<sup>72</sup>.

On constate en définitive que dans toutes ces hypothèses, où la réparation est déconnectée de la responsabilité, il y a combinaison entre le système de l'assurance, qui instaure en somme une solidarité par rapport à un risque déterminé entre toutes les personnes assurées - mais entre elles seules - moyennant le paiement d'une prime, et la garantie accordée par l'État au nom de la solidarité nationale, qui intervient généralement à titre subsidiaire. La combinaison entre les deux systèmes n'est pas exempte d'une certaine dose d'empirisme : la cohérence importe moins, ici, que le but poursuivi, qui est de ne pas laisser sans protection des victimes considérées, pour une raison ou pour une autre, comme particulièrement dignes d'être secourues. Ce qui est certain, c'est que la complexité des systèmes d'indemnisation n'est en définitive que le reflet de la complexité même des rapports sociaux - et des représentations qui leur sont liés - dans les sociétés modernes. Ce qui nous ramène au point de départ de notre réflexion... et nous permet de conclure par là où nous avons commencé.

---

72. On renvoie ici encore au rapport de François Ewald sur cette question : voir note 56.