

RESPONSABILITÉ
ET
SOCIALISATION
DU RISQUE

Considérations générales



Les considérations générales ont été rédigées par Edwige BELLIARD, rapporteur général de la Section du rapport et des études, avec le concours de Sophie-Justine LIEBER, Hervé CASSAGNABÈRE, Sibyle PETITJEAN, Emmanuelle CORTOT, Sébastien VEIL et Thomas ANDRIEU, auditeurs au Conseil d'État.

Elles ont été adoptées par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 3 février 2005.

M^{lle} Gaëlle LIPINSKI, MM. Pascal NAUMOWICZ et Simon RÖTIG, étudiants en stage au Conseil d'État, ont contribué aux recherches documentaires menées en vue de ce rapport.

Sommaire

Introduction	205
--------------------	-----

Première partie

L'évolution générale	207
-----------------------------------	-----

A – Du secours à la solidarité	207
---	-----

1. Risques et solidarité avant le XIX ^e siècle	207
1.1. <i>Les formes anciennes de la solidarité</i>	207
1.2. <i>L'apport des temps modernes et de la Révolution française</i>	209
2. Le XIX ^e siècle et la naissance de la solidarité moderne	211
2.1. <i>L'idéologie libérale et la conception originelle de la responsabilité dans le Code civil</i>	211
2.2. <i>Premiers changements</i>	212
2.3. <i>Vers la responsabilité pour risque : les constructions jurisprudentielles</i> ..	213
2.4. <i>Les solutions législatives, entre responsabilité et solidarité</i>	214

B – L'évolution du champ d'application de la responsabilité	216
--	-----

1. L'évolution des risques	216
2. L'évolution de la perception des risques	220
3. L'évolution de la notion de préjudice	221

C – L'évolution générale des régimes de responsabilité	223
---	-----

1. Une place croissante pour la responsabilité sans faute	223
2. Le phénomène de socialisation des risques	224
3. Le maintien de la responsabilité pour faute	225
4. Législateur et juge : concurrence et complémentarité	226

Deuxième partie

Voies et moyens de la socialisation du risque	231
--	-----

A – Les risques engendrés par l'activité des pouvoirs publics et collectivités publiques	231
---	-----

1. Le droit commun de la responsabilité publique reste fondé sur la faute	232
---	-----



2. L'extension de la responsabilité sans faute	235
2.1. <i>Les fondements et la portée de la responsabilité sans faute.</i>	235
2.2. <i>Les dommages subis par les collaborateurs du service public</i>	237
2.3. <i>La responsabilité du fait des lois et ses prolongements</i>	238
3. Les régimes législatifs spéciaux	240
B – Les risques étrangers à l'activité de la puissance publique	240
1. Les raisons et les modalités d'une implication croissante de l'État	241
1.1. <i>Les raisons.</i>	241
1.2. <i>Les modalités d'intervention de la puissance publique.</i>	242
2. Au carrefour de l'assurance et de la solidarité	246
2.1. <i>Le recours aux fonds d'indemnisation</i>	246
2.2. <i>Quelques exemples : catastrophes naturelles, terrorisme, risques technologiques</i>	252
C – Des mécanismes communs	258
1. Les risques sociaux liés à l'activité de personnes tant privées que publiques	258
1.1. <i>L'exemple des accidents du travail.</i>	258
1.2. <i>L'exemple de la sécurité sanitaire</i>	263
2. La responsabilité de l'État conséquence de son rôle de prévention des risques	274
2.1. <i>La prévention classique, source de responsabilité.</i>	274
2.2. <i>En amont des risques avérés, le principe de précaution.</i>	276
Troisième partie	
Perspectives	287
A – L'influence du contexte international et européen	287
1. La prudence du droit international public	287
1.1. <i>La responsabilité de l'État en droit international</i>	288
1.2. <i>Les régimes conventionnels de responsabilité de plein droit des exploitants ou entreprises pour certaines activités.</i>	289
1.3. <i>Les travaux de la Commission du droit international des Nations unies</i>	290
1.4. <i>Le principe de précaution en droit international public.</i>	291
2. Les avancées du droit communautaire	292
2.1. <i>La responsabilité extra-contractuelle de la Communauté</i>	292
2.2. <i>Le droit communautaire et la socialisation des risques</i>	293
2.3. <i>Le principe de précaution en droit communautaire.</i>	295
3. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la responsabilité publique	298



4. Exemples étrangers	300
4.1. La responsabilité de la puissance publique.	300
4.2. La place de la socialisation du risque dans les autres régimes de responsabilité	303
4.3. Les différences de procédures	307
4.4. Des exemples de systèmes étendus d'indemnisation sans recours à la responsabilité civile.	309
B – Justifications et limites de la socialisation du risque	312
1. Les justifications	312
2. Les limites	313
2.1. Des limites matérielles	313
2.2. Des limites liées au rôle de l'État	315
2.3. Socialisation et responsabilisation	317
2.4. La superposition des actions en responsabilité	318
2.5. La responsabilité des collectivités territoriales	320
C – Pour une socialisation raisonnée	321
1. Le rôle respectif des assureurs et de l'État	321
1.1. Intervenir à bon escient.	321
1.2. Du bon usage des fonds	323
2. Imputation et indemnisation	324
2.1. Responsabilité civile et assurance personnelle.	324
2.2. Réglementation et responsabilité	325
3. Le besoin d'harmonisation	326
3.1. La multiplicité des régimes.	326
3.2. Les indemnités	326
3.3. Les délais de prescription.	329
4. Concilier socialisation, responsabilité et prévention.	330
4.1. Prévention, liberté et responsabilité.	330
4.2. L'analyse des risques	333
4.3. L'information	334
Conclusion	337



Introduction

Notre société refuse la fatalité. Elle se caractérise par une exigence croissante de sécurité. Cette exigence engendre la conviction que tout risque doit être couvert, que la réparation de tout dommage doit être rapide et intégrale et que la société doit, à cet effet, pourvoir, non seulement à une indemnisation des dommages qu'elle a elle-même provoqués, mais encore de ceux qu'elle n'a pas été en mesure d'empêcher, ou dont elle n'a pas su prévoir l'occurrence.

La tendance générale est à l'extension de la couverture des risques et au recours, lorsque leur probabilité ou leur étendue n'ont pas été identifiées en temps utile et que la satisfaction de la demande de réparation le rend nécessaire, à des mécanismes hybrides mêlant, à des degrés divers, assurance, responsabilité et solidarité. Cette tendance aux contours flous est résumée par l'expression « *socialisation du risque* », qui n'est pas dépourvue d'équivoque. Ce n'est pas vraiment le risque qui est socialisé, ce sont ses conséquences dommageables et leur indemnisation. Le terme « risque » n'est pas non plus nécessairement le plus apte à décrire, en toute rigueur, des aléas, des dangers ou des menaces ne se prêtant pas à une évaluation *a priori*.

Reste que les risques évoluent, ainsi que leur perception. Le progrès technique est lui-même source de risques. Les causes et les effets de certains risques sont plus complexes et plus difficiles à individualiser. La mondialisation, l'urbanisation croissante entraînent des changements d'échelle. La frontière entre risque technologique et risque naturel devient plus floue. À l'échelle internationale, les conséquences du récent raz-de-marée sur les côtes asiatiques démontrent l'impact que peuvent avoir certains risques majeurs.

Si l'assurance est déjà une forme de solidarité, puisqu'elle s'appuie sur la mutualisation, la « *socialisation du risque* » fait appel à une solidarité élargie au-delà du cercle des co-assurés, y compris la solidarité nationale.

On peut considérer qu'il y a « *socialisation du risque* » lorsque l'indemnisation des conséquences dommageables d'un risque est sans lien avec la responsabilité, ou lorsque le financement de cette indemnisation est, soit *a priori* soit *a posteriori*, déconnecté de cotisations ou prélèvements individuels, ou encore lorsque la puissance publique est impliquée dans cette indemnisation, même en l'absence de responsabilité directe dans un dommage. La socialisation des risques est l'œuvre commune du législateur, le cas échéant inspiré ou relayé par les partenaires sociaux, du juge et des assurances ou mutuelles.

Cette évolution participe de l'idée qu'il y a des risques sociaux dont il serait injuste de laisser porter la charge par les seules victimes sans la partager, dès lors qu'il était hors de leurs moyens de se prémunir contre eux. Elle permet ainsi d'assurer l'indemnisation des risques mal identifiés *a priori* ou dont l'échelle potentielle rend difficile la couverture par le seul jeu de l'assurance ou même de la réassurance.

Si l'histoire offre de nombreux exemples de prise en charge collective de dommages, la solidarité face à certains risques a reçu une consécration consti-



tutionnelle en 1946. Aux termes du préambule de la Constitution de 1946, « *La nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales* ». En outre, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel : « *Si l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 n'interdit pas de faire supporter, pour un motif d'intérêt général, à certaines catégories de personnes, des charges particulières, il ne doit pas en résulter de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques* »¹. La rupture de l'égalité devant les charges publiques est au demeurant le fondement d'une jurisprudence ancienne et constante du Conseil d'État pour justifier les régimes de responsabilité sans faute.

La présente réflexion ne porte pas sur toutes les formes de socialisation du risque. Elle ne traite pas des partages de risques organisés par les contrats publics, ou, pour la mise en œuvre de ceux-ci, par le juge (théorie de l'équilibre du contrat, de l'imprévision). Elle ne traite pas non plus de cette forme spécifique de socialisation du risque que constituent, pour ce qui est de la sécurité sociale, ses branches maladie et vieillesse. On peut en effet considérer qu'il s'agit là de risques inéluctables de l'existence pour lesquels il est vain de se poser la question de la responsabilité. Elle n'aborde pas non plus la question de l'assurance chômage. Elle traite en revanche de la « *socialisation des risques* » s'agissant des autres catégories d'aléas, et parmi ceux-ci figurent les accidents du travail et les maladies professionnelles.

Dans l'évolution récente vers une plus grande socialisation du risque, les frontières entre la responsabilité fondée sur la faute et la responsabilité sans faute se sont déplacées. Dans le même temps, on assiste, paradoxalement, à une recherche croissante des responsabilités personnelles, pénales en particulier. À la réparation civile s'ajoute souvent l'action pénale, avec l'idée de punition qu'elle suppose.

La socialisation du risque n'implique pas de fait la disparition de la notion de faute, ni celle de responsabilité. Elle répond, souvent, à un besoin d'indemnisation rapide de la victime, sans exclure les actions récursoires contre les auteurs du dommage. Sous peine de déresponsabilisation, la question se pose plus généralement de la place que doit garder ou reprendre la responsabilité dans les systèmes de couverture de risques.

La socialisation du risque comporte au surplus des limites. L'État, qui intervient le plus souvent dans sa mise en œuvre, avec des modalités variables selon que le risque est lié à ses propres activités ou à d'autres acteurs ou facteurs, ne peut se transformer en assureur multirisque. Pour être viable, la socialisation du risque doit aller de pair avec la prévention des risques. Les débats actuels sur le principe de précaution démontrent l'attente forte de mesures de nature à limiter, très en amont, les risques encourus.

La France s'est orientée, pour sa part, et sans doute plus que d'autres, vers une socialisation des risques accrue. Les pays comparables au nôtre ont cependant, très généralement, mis en œuvre des régimes particuliers de responsabilité et d'indemnisation face à des risques exceptionnels par leur gravité ou leur échelle. Mais les régimes de responsabilité restent divers et le droit européen n'a pas, à ce stade, d'incidence importante sinon sectorielle sur les régimes de responsabilité nationaux.

1. Cons. const., décision n° 2000-440 DC du 10 janvier 2001.



Première partie

L'évolution générale

A – Du secours à la solidarité

Notre attitude face à toutes sortes d'événements dommageables s'est radicalement transformée à l'époque contemporaine. La notion même de « risque » est apparue tardivement dans l'histoire. La gestion du risque, l'indemnisation des dommages avant cette période nous apparaissent très rudimentaires. Toutefois, les mécanismes collectifs d'entraide existent depuis les temps les plus reculés et le concept de solidarité n'est pas sorti *ex nihilo* de l'esprit des constituants et des législateurs français de l'après-guerre.

Avant le XIX^e siècle, la notion de responsabilité reste cependant dissociée de celle de solidarité : les dimensions sociales que peut receler le concept de responsabilité ne sont apparues que tardivement et le XIX^e siècle a été marqué par la constitution progressive de liens étroits, mais ambigus, entre les notions de risque, de solidarité et de responsabilité, ainsi que par l'émergence de la notion de « risque social ».

1. Risques et solidarité avant le XIX^e siècle

1.1. *Les formes anciennes de la solidarité*

Des initiatives ou procédures destinées à soulager les individus des conséquences de certains malheurs par une prise en charge collective existent déjà. Mais elles n'offrent que peu de similitudes avec nos procédés modernes. Leurs fondements philosophiques et leurs principes sont très différents.

Les procédures de prise en charge collective des risques, entre assistance et entraide

Aux origines de la mutuelle, l'apparition des premières caisses de prévoyance se perd dans la nuit des temps et représente le mode d'organisation le plus naturel, le plus immédiat auquel pense l'homme en société : chacun verse un montant, déterminé de façon plus ou moins élaborée, dans une caisse qui servira pour les « coups durs » subis par un membre de la communauté, ou bien s'engage à l'aider une fois le sinistre survenu. Un exemple fameux d'entraide se rencontre chez les tailleurs de pierre de la Basse-Egypte, vers



1400 av. J.-C.², qui alimentaient un fonds pour se prémunir contre le risque d'accident. Le même phénomène s'est produit, d'après Théophraste, en Grèce au sein des *hetairiai*, (à proprement parler « compagnies ») dont les membres, les *hetairioi* (« compagnons ») étaient unis par des liens familiaux et religieux très forts. Le fait corporatiste au Moyen Âge a accentué cette tendance, si bien que de nombreuses organisations professionnelles se doublaient de caisses de prévoyance. Mais la solidarité financière qui était établie ainsi ne faisait que découler d'une première solidarité « naturelle », par exemple de type familial, local, religieux ou professionnel. En outre, les caisses étaient destinées à venir en aide aux membres de la communauté, et non à indemniser des chefs de préjudices : elles ne faisaient qu'apporter un secours totalement dissocié de la notion de réparation et le montant des préjudices subis pouvait très largement dépasser le montant des versements de secours.

La prise en charge de risques par la puissance publique est également très ancienne. La Grèce antique, et tout particulièrement Athènes, offre des exemples de régimes de solidarité pour la prise en charge des dommages survenus du fait de l'activité des autorités publiques. Ainsi de l'attitude de la cité grecque face aux victimes de la guerre : Athènes, notamment, connaît une multitude de régimes formellement institués concernant la prise en charge par la cité de ces victimes³. Le *theôrikon*, fonds public financé par l'impôt et destiné originellement à aider les moins riches à acheter leurs places pour les spectacles théâtraux, était chargé de subvenir aux besoins d'une part croissante de la population. Mais jamais on n'a proclamé une quelconque « responsabilité de la polis » du fait de ses activités et certainement pas du fait des guerres offensives : les versements au titre des dommages de guerre étaient étroitement forfaitaires, et il n'était nullement question de « réparation » des dommages, mais bien de secours.

Les autorités médiévales n'ignoraient pas non plus totalement la compensation pécuniaire liée à certains sinistres. Lorsqu'un sujet subissait des dommages particulièrement anormaux du fait de travaux publics ou d'ouvrages publics ou en matière d'expropriation, les autorités lui versaient une compensation alors même qu'elles n'avaient commis aucune faute⁴. Toutefois, il ne s'agissait nullement de « responsabilité du roi » (le dogme étant : « *Le roi ne peut mal faire* »), mais d'une procédure gracieuse réputée être due à la magnanimité du roi, même lorsqu'elle devenait plus systématique⁵.

2. Cf. J. Peyrelevade, article « Assurance » de l'*Encyclopaedia Universalis*, 2000, tome III, p. 226.

3. Cf. J.-N. Corvisier, *Guerre et société dans les mondes grecs (490-322 av. J.-C.)*, Armand Colin, Paris, 2001, p. 246-247.

4. Cf. Denys de Béchillon, « Genèse et structure de la responsabilité sans faute de l'État en droit administratif français », p. 24, in *Les mondes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action*, sous la direction de Th. Kirat, coll. « Droit et Société », n° 10, LGDJ, 2003, p. 21.

5. Cette grâce du roi pouvait même s'appliquer « indirectement » à des sinistres sans rapport avec l'activité de la puissance publique : ainsi, les calamités agricoles, entraînant souvent des pertes de récoltes, donnaient lieu à des dégrèvements d'impôts pour les communes sinistrées ; mais, malgré leur fréquence, ces derniers étaient considérés comme des grâces exceptionnelles. Cf., pour des exemples, Ch. Desplat, « Pour une histoire de risques naturels dans les Pyrénées occidentales françaises sous l'Ancien Régime », in *Les catastrophes naturelles dans l'Europe médiévale et moderne*, B. Bénassar (ed.), Presses universitaires du Mirail, Toulouse, 1996, p. 115.



Les fondements philosophiques de la prise en charge collective des risques sont très éloignés des nôtres : les catastrophes sont vécues en termes de fléaux ou de punitions, ainsi de la peste ou des pluies diluviennes ; la responsabilité est pensée en termes moraux, comme un instrument de sanction. Aristote, dans l'*Ethique à Nicomaque*⁶, ne pose pas la question de savoir à quelles conditions on doit réparer un dommage, mais à quelle condition on est « *digne d'être blâmé* ». Dans cette conception, la « responsabilité » ne peut aucunement servir d'outil efficace d'indemnisation de la victime.

La solidarité financière face à certains sinistres devait donc trouver d'autres fondements. Les liens de groupe pouvaient former un socle sur lequel elle pouvait s'asseoir. En outre, au Moyen Âge, l'essor du christianisme a donné un autre fondement religieux à l'entraide entre les hommes : la charité.

L'homme médiéval, comme l'homme de l'antiquité, manque au surplus d'outils mathématiques pour appréhender le risque. Or, sans ce concept clé de « risque », il est difficile d'instaurer des solidarités abstraites et larges et de dépasser les solidarités désignées comme « naturelles ».

1.2. L'apport des temps modernes et de la Révolution française

La Révolution française marque un aboutissement et un tournant : elle détruit les bases de la solidarité archaïque, corporatiste et familiale notamment, et vise à instituer un autre type de solidarité qui s'appuie pour partie sur les développements de la technique actuarielle ; elle commence à établir des liens étroits entre un certain type de solidarité nationale face aux dommages, fondé sur l'égalité et un concept encore flou de responsabilité des personnes publiques, de « dette/créance » : l'indemnisation de certains dommages réputés survenir à l'occasion d'activités d'intérêt général n'est plus considérée comme une gracieuse faveur du souverain à l'égard de ses sujets, mais résulte d'une créance que détiennent les citoyens sur l'État.

La naissance du calcul actuariel et le développement de l'assurance moderne

Avec le développement du calcul de probabilités, on envisage les événements dommageables sous un autre angle que celui de la malchance ou de la fatalité. Un type d'événement peut être appréhendé comme un risque, c'est-à-dire selon sa probabilité de réalisation.

Les techniques ou organismes d'assurances se modernisent et se développent en s'appropriant peu à peu l'outil probabiliste pour le calcul des primes et des provisions ; de plus en plus de types d'événements sont considérés comme des « risques » mutualisables. Le développement de l'assurance incendie au XVIII^e siècle, souvent organisé par les municipalités elles-mêmes⁷, en est un exemple.

6. *Ethique à Nicomaque* III, 1, trad. Voilquin, Garnier, Paris, 1950, p. 93 et sq.

7. Voir J. Peyrelevade, article « Assurance » de l'*Encyclopaedia Universalis*, tome III, p. 226.



La mutualisation, sur le fondement du calcul actuariel, est en mesure de devenir une nouvelle matrice pour la solidarité : il s'agirait alors d'une solidarité constituée abstraitement, qui ne repose pas sur une solidarité « naturelle » de type familial, local, professionnel ou corporatiste. Toutefois, cette alliance entre assurance et solidarité mettra encore du temps pour se traduire dans les faits.

L'organisation de divers régimes législatifs spéciaux

Une idée centrale guide la démarche du législateur et du constituant révolutionnaire, la défense de la propriété privée, déclinée sous diverses formes dès la Déclaration de 1789. Le caractère inviolable et sacré de la propriété privée signifie notamment qu'elle sera protégée non seulement de décisions ou d'actes arbitraires, mais encore que des dommages aux biens, même s'ils procèdent d'actes légaux considérés d'intérêt général, entraîneront en principe une juste réparation⁸. Cette approche rompt avec la solidarité-charité, la grâce du roi : la puissance publique ne dédommage pas parce qu'elle est bienveillante avec les administrés, mais parce qu'elle doit respecter certains droits « inviolables et sacrés ». La loi des 7-11 septembre 1790 pose le principe de l'indemnisation consécutive à l'expropriation ou à l'établissement de servitudes. Le régime de la responsabilité collective des habitants des communes en cas d'émeutes, dont les bases remontent au temps de Charlemagne, est amendé à plusieurs reprises pour aboutir au décret du 10 vendémiaire an IV. Il consacre le principe de la responsabilité solidaire des habitants et de la commune du fait des dommages aux biens ou aux personnes survenus à l'occasion de troubles ou d'émeutes, mais les habitants ne sont plus pénalement responsables, ils sont seulement « garants civilement » ; quant à la commune, elle peut même être déclarée responsable pénalement et devoir payer une amende à l'État si des habitants ont pris part aux délits.

Les dommages de guerre : fraternité et responsabilité nationale

La situation de guerre contribue à obliger les autorités révolutionnaires à organiser des régimes d'indemnisation plus sophistiqués que la simple « grâce royale ». La loi des 3-22 avril 1790 pose le principe d'une créance que possède sur le corps social tout entier le soldat blessé. Certains textes, comme la loi du 11 août 1792 concernant les victimes civiles de guerre, invoquent la responsabilité nationale⁹. On peut y voir l'émergence du concept moderne de responsabilité sans faute.

La Révolution, même si l'application des principes qu'elle pose se révèle décevante, marque donc une étape décisive dans le domaine de l'indemnisation de dommages survenus du fait d'activités publiques non fautives. Elle

8. Article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ».

9. Voir, sur ces points, Gérard de Baecque et Gérard de Vignaud, *La nouvelle législation sur les dommages de guerre* ; JCP 1947, I, 612 ; Christine Bréchon-Moulènes, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, LGDJ, 1974.



rompt avec la logique du secours institutionnalisé, de la pure charité d'Église, du paternalisme princier. Elle rompt parallèlement avec les solidarités de clan, de corporation. Pourtant, elle ne couvre encore qu'un champ très lacunaire des dommages susceptibles d'affecter les individus et se préoccupe surtout des dommages directement causés par des activités de puissance publique. Le législateur révolutionnaire ne raisonne pas encore en termes de « risque social ». La prise en compte de la technique d'assurance par certains précurseurs pour donner une nouvelle assise à la solidarité n'a donné que peu d'applications concrètes. Il est question d'inciter à la prévoyance, non d'y obliger ; il est tout à fait impensable d'assurer la responsabilité. Enfin, la pensée révolutionnaire dans son ensemble est hostile aux sociétés d'assurance privée qui seront interdites jusqu'en 1818. « *Au début du XIX^e siècle, les opérations d'assurance (autre que maritime) étaient de toute façon suspectes et, pour les branches Vie et Responsabilité, prohibées comme contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs... On accusait d'abord l'assurance de permettre à l'assuré de relâcher l'attention qu'il devait à ses propres affaires, quand elle ne l'invitait pas à la délinquance... On ne parvenait pas, par ailleurs, à distinguer assurance dommages ou responsabilité et assurances des fautes* »¹⁰.

2. Le XIX^e siècle et la naissance de la solidarité moderne

La pensée libérale issue de la Révolution voulait à tout prix que chaque individu affrontât librement les aléas de sa propre existence. Elle prônait la notion de prévoyance et condamnait la dépendance. La notion de responsabilité, en particulier, telle qu'elle était alors comprise, faisait obstacle à une socialisation étendue des risques : on ne fait porter la charge d'un dommage que sur celui qui a commis une faute. Pourtant, cette approche va s'infléchir : cette inflexion vers une plus grande solidarité participe bien sûr d'une évolution plus générale de la pensée politique et morale qui donnera notamment naissance à la sécurité sociale, à terme, en 1945. S'agissant de la responsabilité, le principal moteur des changements a été le problème grandissant des accidents du travail.

2.1. L'idéologie libérale et la conception originelle de la responsabilité dans le Code civil

Dans le cadre d'une pensée ignorant la notion de « risque social », la faute reste le fondement général de la responsabilité. Aux termes de l'article 1382 du Code civil : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ».

La liberté, selon la conception libérale, consiste à pouvoir faire « *tout ce qui ne nuit pas à autrui* ». C'est donc le fait d'agir fautivement qui entraîne au bénéfice de la victime un droit à réparation.

Cette conception limitative de la responsabilité permet de faire de l'article 1382 un instrument de régulation sociale. Elle pousse tous les membres de la

10. François Ewald, « La société assurancière », *Risques – Les Cahiers de l'Assurance*, n° 1, 1990, p. 5.



société à la prévoyance, vertu éminente du « bon père de famille ». La responsabilité civile, fondée sur la faute, même détachée du domaine pénal, garde une visée de sanction. Encore faut-il que la responsabilité pèse de tout son poids sur l'homme imprévoyant, à défaut de quoi il ne saurait s'amender : c'est pourquoi il ne doit pas pouvoir s'assurer pour sa responsabilité civile. La faute n'est pas perçue par les libéraux comme un aléa.

2.2. Premiers changements

La conception libérale de l'indépendance et de la prévoyance individuelle doit cependant s'adapter à l'industrialisation et à la montée des accidents du travail. La jurisprudence civile des années 1840-1850 consacre l'obligation générale du chef d'entreprise de faire tout ce qui est en son pouvoir pour garantir la sécurité de ses salariés. Cette obligation « exige du patron non seulement de sérieuses précautions pour écarter ou réduire le risque du travail, mais encore toutes les précautions compatibles avec les nécessités de son industrie »¹¹. Elle reste cependant une obligation de moyens et non de résultat.

Cette nouvelle ligne jurisprudentielle plus sévère envers le patron était financièrement acceptable pour l'industrie à la condition que l'employeur pût limiter le coût de la charge induite par l'accident dont il serait déclaré fautif : d'où l'importance de l'assurance de responsabilité civile.

Alors que l'assurance des fautes était auparavant considérée comme contraire à l'ordre public¹², cette position encourut de nombreuses critiques dans les années 1840¹³. L'une d'entre elles était que les fautes potentielles de tiers constituent des risques pour la victime, et que la souscription d'une assurance responsabilité civile permet de garantir à celle-ci une réparation effective. L'harmonie sociale serait ainsi mieux préservée que par un dispositif de sanction pécuniaire intégrale supportée par les auteurs de la faute dont les effets escomptés (moins de dommages grâce à une prévoyance accrue) semblaient de plus en plus hypothétiques et qui supposait la solvabilité de ces auteurs. La cour d'appel de Paris a suivi cette position dans un arrêt du 1^{er} juillet 1845¹⁴. Cette nouvelle jurisprudence s'accordait avec celle retenue pour les accidents de travail : si l'assurance permettait de limiter le coût individuel de la responsabilité de l'employeur en répartissant la charge des risques grâce à une mutualisation, le juge pouvait se montrer plus sévère en matière d'obligation de sécurité et plus généreux envers les victimes.

11. Décision de la Cour impériale de Lyon, 13 décembre 1854, citée par François Ewald, *op. cit.*, p. 195.

12. En effet, le contrat d'assurance est un contrat de nature aléatoire, au sens de l'article 1104 du Code civil ; or on considérait qu'assurer des fautes revenait à assurer des événements non pas liés à la chance, mais au comportement d'une partie contractante.

13. Voir François Ewald, *Histoire de l'État providence*, Paris, Grasset et Fasquelle, 1996, p. 150-155.

14. Cour royale de Paris, 1^{er} juillet 1845, D. Jurisprudence générale du Royaume, 1845, p. 126 : « Considérant que les contrats d'assurance, comme obligations civiles, sont de droit commun ; qu'ils ont en effet pour but la réparation de dommages pécuniaires ; que les assurances ne peuvent être prohibées sur le fondement qu'en certains cas elles pourraient provoquer les assurés à commettre des délits ou quasi-délits ».



La socialisation des responsabilités, loin d'apparaître comme une menace pour l'ordre social, devenait tolérable, voire souhaitable dès lors qu'elle venait soutenir un dispositif juridique de réparation plus équitable des accidents, notamment de ceux induits par le travail et par l'industrialisation.

2.3. Vers la responsabilité pour risque : les constructions jurisprudentielles

Le domaine des accidents de travail a été à nouveau, à la fin du XIX^e siècle, le catalyseur d'une jurisprudence novatrice.

La jurisprudence administrative : l'arrêt Cames (CE, 21 juin 1895)

L'arrêt du Conseil d'État du 21 juin 1895 reconnaît le droit à indemnisation d'un ouvrier de l'arsenal de Tarbes, victime de ce que le commissaire du gouvernement Romieu a qualifié d'« accident anonyme ». La blessure de l'ouvrier avait pour origine un éclat de métal projeté sous le choc d'un marteau-pilon, aucune faute n'ayant été commise, ni de l'ouvrier, ni de l'État. La solution préconisée par Romieu comme « conforme aux règles de l'équité et de l'humanité » se justifiait ainsi selon lui : « C'est le service public qui embauche, qui fournit les matières, qui installe les machines, qui règle les conditions de fonctionnement de l'atelier ; si un accident se produit dans le travail, et s'il n'y a pas faute de l'ouvrier, le service public est responsable et doit indemniser la victime »¹⁵.

L'arrêt *Cames* constitue un tournant en ce qu'il lie clairement un mécanisme de socialisation des risques à la notion de responsabilité. Cette avancée jurisprudentielle a été rendue possible, notamment, par l'absence de soumission du régime de responsabilité de l'État aux règles du droit civil¹⁶ et parce que l'indemnisation pour risque est une application assez naturelle du principe libéral du concept d'égalité devant les charges publiques. À propos de cet arrêt, Maurice Hauriou écrivait¹⁷ : « Les choses se passent comme si l'État, en sa qualité de personne morale, gérait une assurance mutuelle contractée entre les administrés contre le risque des accidents administratifs. L'idée d'une assurance pareille procède logiquement du principe d'égalité devant les charges publiques. [...] et les indemnités compensatrices peuvent très bien être considérées comme versées par une sorte de caisse mutuelle associée aux services publics et alimentée par une prime incorporée à l'impôt... L'égalité devant les charges publiques doit être poursuivie directement là où il est possible de la réaliser, par exemple, en matière d'impôt ou de service militaire ; elle doit l'être indirectement par la voie d'indemnités compensatrices dans le cas où la charge publique ou le fait de l'administration sont d'une nature telle que par eux-mêmes ils retombent inégalement sur les administrés ».

15. Conclusions Romieu, Sirey, 1897.3, p. 33.

16. CE, 6 décembre 1855, *Rothschild*, rec. p. 705 ; TC, 8 février 1873, *Blanco*, rec. 1^{er} suppl., p. 61, concl. David.

17. M. Hauriou, note sous CE, 21 juin 1895, *Cames*, Sirey, 1897.3, p. 33.



*La jurisprudence judiciaire : l'arrêt Veuve Teffaine
(Cass. civ., 16 juin 1896)*

La jurisprudence des juridictions judiciaires évoluait aussi. Le sieur Teffaine étant décédé à la suite de l'explosion d'un tuyau à vapeur dans un remorqueur, sa veuve a poursuivi ses anciens employeurs. Ceux-ci n'avaient commis aucune faute, mais il avait été établi que l'accident était dû à un vice de construction. La Cour de cassation a validé la solution de la cour d'appel de Paris d'une part, en ce qu'elle reconnaissait sur le fondement de l'article 1384 du Code civil la responsabilité des propriétaires du remorqueur et ne leur permettait pas de s'exonérer en prouvant l'absence de faute dès lors qu'il y avait vice de construction et qu'il n'y avait pas de faute de la victime et, d'autre part, en ce qu'elle a condamné le constructeur à garantir et à indemniser les propriétaires de leur condamnation : la jurisprudence civile s'orientait manifestement vers une responsabilité sans faute et interprétait audacieusement la notion de garde figurant à l'article 1384, puisque le simple fait d'être propriétaire suffisait à l'établir. Cette interprétation comportait cependant une limite que consacra l'arrêt *Veuve Grange*¹⁸ : lorsque la cause était totalement inconnue, dès lors qu'il n'y avait ni faute de l'employeur propriétaire de la chose, ni vice de construction constaté, l'employeur propriétaire n'était pas tenu pour responsable.

Cette dernière solution était en réalité à l'opposé de celle retenue par le Conseil d'État dans l'arrêt *Cames*, laquelle se révélait plus audacieuse.

Mais le cas des entreprises privées est loin d'être analogue à l'hypothèse couverte, dans le secteur public, par l'arrêt *Cames*. La solution admise par le Conseil d'État dans le cadre de la collaboration au service public ne pouvait devenir applicable à l'industrie que si tous les employeurs acceptaient une socialisation de leurs responsabilités pour risque professionnel. C'est l'évolution législative, de 1898 à 1946, qui a permis la mise en œuvre de ce dispositif. Le Conseil d'État avait cependant joué un rôle de précurseur en formulant sa théorie du risque professionnel que la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail étendait à tous les ouvriers.

2.4. Les solutions législatives, entre responsabilité et solidarité

La loi du 9 avril 1898 marque une avancée substantielle dans le traitement des risques sociaux¹⁹.

Le cas des accidents survenus à des ouvriers de l'État était depuis bien avant l'arrêt *Cames* au centre d'un débat. Sous la Deuxième République, Vivien, ancien président du Comité de législation du Conseil d'État et ministre des Travaux publics, avait proposé un arrêté visant à garantir les ouvriers de l'État et leur famille contre les risques d'accidents du travail et contre les maladies

18. Cass. req., 30 mars 1897, *Veuve Grange c/ Compagnie générale transatlantique*, D. 1897.1 433, note Saleilles.

19. Voir sur les points qui suivent, François Ewald, *op. cit.*, « Une loi politique au premier chef », p. 241.



professionnelles par un système forfaitaire, mais sans succès. L'idée de reconnaître la spécificité du « risque social » qu'est le risque professionnel et de le traiter dans toute sa complexité n'était pas mûre.

À partir du milieu des années 1880, le problème des accidents du travail en général fait ensuite l'objet de vifs débats et de nombreuses propositions au Parlement.

Le traitement contentieux du problème et les divergences entre tribunaux sur le montant des indemnités rendaient imprévisible pour les employeurs la charge financière résultant des risques professionnels induits par leur activité. Un système de « responsabilité sans faute » risquait d'intensifier cette insécurité. La difficulté était de traiter un problème « social » avec les catégories classiques du droit de la responsabilité. Certains parlementaires le considéraient simplement comme un problème de technique juridique en proposant uniquement de renverser la charge de la preuve et de soulager ainsi l'ouvrier de la difficulté de prouver la faute de son employeur. L'intitulé de la loi du 9 avril 1898 en porte encore la marque : « loi sur la responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail ». Une autre approche, défendue par Félix Faure à la Chambre des députés dès le 9 mars 1883²⁰, considérait que les accidents du travail représentaient une charge à mettre au compte de l'entreprise au même titre, par exemple, que l'amortissement du capital productif : les partisans de cette approche peuvent être considérés comme les précurseurs de certains théoriciens de l'économie du droit, qui envisagent la responsabilité sans faute comme une manière « d'internaliser les coûts sociaux d'une activité » pour en faire apparaître le profit net pour la société.

La loi de 1898 a représenté un compromis entre les droits des ouvriers et les nécessités de l'industrie. Le principe de la responsabilité automatique des employeurs est adopté, même dans le cas d'accidents fortuits ou de faute de la victime, en échange de quoi le montant des indemnités sera forfaitaire en fonction du taux d'incapacité et du salaire, avec minoration en cas de faute inexcusable de la victime. Les ouvriers se voient refuser le droit d'intenter une action en responsabilité contre l'employeur, même fautif, sauf faute inexcusable ou intentionnelle conduisant à une majoration de l'indemnité.

Mais si la loi du 9 avril 1898 a consacré la responsabilité sans faute de l'employeur, celui-ci restait responsable sur son patrimoine propre de la réparation, ce qui l'incitait à s'assurer. Par l'entremise de l'assurance de responsabilité et de la répartition collective de la charge des risques professionnels, la charge du « risque social » « accidents du travail » est imputée à l'ensemble de l'activité industrielle. Indirectement, cette charge sera répercutée sur les prix de production et de consommation, la société prenant ainsi en charge les coûts sociaux d'une activité qu'elle juge avantageuse. Toutefois, le Sénat refuse l'idée d'instaurer un régime d'assurance de responsabilité obligatoire, en se réservant le droit de créer un fonds de garantie destiné à compenser, si nécessaire, l'insolvabilité de certaines entreprises.

Alors même qu'il est naturellement et originellement lié à la notion de sanction, le concept de responsabilité s'est ainsi retrouvé, à la fin du XIX^e siècle,

20. Voir François Ewald, *op. cit.*, p. 251.



investi d'un rôle de socialisation : on peut faire supporter des charges à autrui par pure équité sociale ou pour obliger une activité à « internaliser » les coûts sociaux qu'elle induit : s'agit-il de responsabilité ou de solidarité ? Ces concepts ne sont-ils pas simplement alors devenus complémentaires pour faire face aux « risques sociaux » ? Le mécanisme général de l'assurance, lui, a fourni un modèle abstrait de solidarité débarrassée d'ancrages locaux ou corporatistes, fondé sur les calculs actuariels des risques et permettant un traitement financier rationnel de la répartition de leur charge.

C'est en 1946 que le lien entre l'employeur et la victime disparaîtra, la sécurité sociale se substituant aux employeurs pour gérer et accorder l'indemnisation des accidents du travail, et les employeurs versant des cotisations à la branche accidents du travail-maladies professionnelles.

La législation sur les accidents du travail est alors au carrefour de deux tendances. D'une part, elle participe d'un pur régime de solidarité déconnecté du droit de la responsabilité. Le principe même d'une indemnisation forfaitaire se concilie *a priori* difficilement avec ce dernier, dont la logique est plutôt que tout dommage, en tenant compte de tous les chefs de préjudice, doit être intégralement réparé. D'autre part, la loi de 1898 préfigure une extension, au XX^e siècle, du champ de la responsabilité sans faute : l'activité industrielle dans son ensemble est considérée comme « responsable » des accidents du travail²¹. En outre, la responsabilité sans faute pourra, à terme, faciliter une socialisation des risques sans système d'indemnisation forfaitaire, solidarité et réparation intégrale du préjudice s'avérant ainsi compatibles.

B – L'évolution du champ d'application de la responsabilité

Le risque, « *danger éventuel, plus ou moins prévisible, inhérent à une situation ou à une activité* »²² est indissociable de l'activité humaine. Mais le risque lui-même évolue, sa perception se modifie et la demande d'extension de sa couverture se fait plus forte. Par voie de conséquence, le champ d'application de la responsabilité s'élargit.

1. L'évolution des risques

Les risques les plus fréquents sont en réalité des risques classiques mais perçus différemment et plus difficilement acceptés que dans le passé. On assiste en outre à un changement d'échelle.

L'urbanisation massive, les effets d'encombrement et de réseau dont elle s'accompagne et une mobilité accrue entraînent un manque de connaissance

21. Même au sein de la future branche accidents du travail-maladies professionnelles, les « patrons » resteraient les seuls cotisants.

22. *Trésor de la langue française*, CNRS.



des phénomènes naturels dans le temps, conséquence de la perte de la mémoire collective et de la perte de crédibilité de la sagesse des anciens.

Une certaine prise de conscience se manifeste : ainsi, la loi impose désormais aux communes de conserver les repères de crues²³. Mais l'illusion de la maîtrise des phénomènes naturels reste forte. Des études effectuées en 1996²⁴ indiquaient que 15 000 communes françaises étaient en zones à risques, parmi lesquelles 9 400 étaient menacées par les inondations, 5 500 par des risques sismiques, 4 500 par des glissements de terrain et quelque 600 par des avalanches. Pour certains risques, la probabilité de les voir se réaliser diminue, mais leurs effets sont amplifiés par le progrès technique lorsqu'ils se produisent : « *C'est toute la différence qu'il y a entre des accidents de carrosse fréquents mais aux dégâts limités et des accidents d'avion beaucoup plus rares mais beaucoup plus dommageables* »²⁵.

En 1756, Voltaire exprime dans un poème sa révolte face au sort des victimes innocentes du tremblement de terre à Lisbonne. Rousseau réagit à ce texte²⁶. Il défend la Providence et renvoie l'homme à sa propre responsabilité. Il se forme des tremblements de terre aussi dans les déserts. « *Mais nous n'en parlons point, parce qu'ils ne font aucun mal aux Messieurs des villes, les seuls hommes dont nous tenons compte. Ils en font peu même aux animaux, et sauvages qui habitent, épars, ces lieux retirés, et qui ne craignent ni la chute des toits, ni l'embrasement des maisons* ». C'est la concentration urbaine qui a transformé l'événement naturel en hécatombe : « [...] *convenez, par exemple, que la nature n'avait point rassemblé là vingt mille maisons de six à sept étages, et que si les habitants de cette grande ville eussent été dispersés plus également et plus légèrement logés, le dégât eût été beaucoup moindre, et peut-être nul. Tout eût suivi au premier ébranlement, et on les eût vus le lendemain à vingt lieues de là tout aussi gais que s'il n'était rien arrivé* ». C'est l'organisation même de la vie sociale qui rend possible l'apparition de certains risques ou qui conduit à en multiplier les effets dommageables. Elle accroît les risques de situations potentiellement génératrices de dommages collectifs. La catastrophe de l'usine AZF Grande Paroisse à Toulouse en septembre 2001 a entraîné trente décès et deux mille cinq cents blessés. Vingt-sept mille logements ont été touchés, soixante-dix mille déclarations de sinistres déposées^{27, 28}. Le très grand nombre de victimes et l'ampleur des dégâts matériels causés par le récent raz-de-marée qui a touché les zones côtières d'Asie en est un autre exemple.

23. Loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages.

24. *Assurer, lettre de la fédération française des sociétés d'assurance*, n° 30, mai 1996, cité par Christophe Guettier, « Indemnisation des victimes de catastrophes naturelles et indemnisation du risque », *RJDA*, 1997, n° 3.

25. Exemple cité par Orio Giarimi, alors secrétaire général de l'Association internationale pour l'étude de l'économie de l'assurance et repris par Laurence Engel, « Vers une nouvelle approche de la responsabilité : le droit français face à la dérive américaine », *Esprit*, juin 1993, p. 20.

26. « Lettre sur la Providence », in *Lettres philosophiques*, coll. classiques, Hachette.

27. *FFSA Infos*, n° 6, septembre-octobre 2002.

28. En 1919, l'explosion du fort de la Double-Couronne, au nord de Saint-Denis, qui a donné lieu à la jurisprudence *Regnault-Desrozières* sur la responsabilité pour risque (CE, 28 mars 1919, rec. p. 329) avait tué trente-trois personnes et fait quatre-vingt-un blessés et ravagé de nombreux immeubles (Grands arrêts de la jurisprudence administrative, 14^e édition, 2003, n° 36, pp. 217 et suivantes).



Le progrès technique est facteur de risques : l'utilisation de nouveaux procédés, de nouveaux matériaux par l'industrie, de nouvelles molécules dans le domaine pharmaceutique par exemple, peut être source, à terme, de dommages non décelables *a priori*. L'amiante, dans un premier temps, est apparu comme un matériau d'isolation innovant, avant que ne soient découverts les ravages qu'il pouvait causer. L'importance d'études et tests préalables à une mise sur le marché est très variable selon les produits et les matériaux.

L'intervention croissante des pouvoirs publics peut être elle-même un facteur d'augmentation des dommages : ceci peut se produire, notamment, dans le secteur des travaux publics ou dans le domaine des expérimentations biomédicales²⁹.

Le caractère purement naturel des risques en vient donc à s'estomper. Ainsi en va-t-il pour les changements climatiques avec une dimension d'irréversibilité. Le risque naturel n'exclut donc pas la recherche de responsabilités. Un tremblement de terre suscitera des questions sur la construction d'habitations qui n'ont pas résisté à des risques sismiques connus, des inondations conduiront à la recherche de responsabilités dans la délivrance de permis de construire en zone inondable. De façon générale, le respect des grands équilibres naturels devient une préoccupation grandissante, la frontière entre le risque naturel et le risque technologique s'atténue.

Le changement d'échelle se traduit également par la manifestation plus évidente de **risques sériels ou de masse** pour lesquels la réassurance est particulièrement difficile. S'agissant des risques de masse, l'exemple le plus symbolique est celui du World Trade Center : « *C'est 50 milliards de dollars³⁰, soit deux fois et demie plus que le sinistre historiquement le plus conséquent, le cyclone cap floridien Andrew, d'un coût d'environ 20 milliards de dollars en 1992. Aucun scénario ne pouvait inclure un tel événement. Le coût des inondations allemandes en 2002 s'inscrit également parmi ces cas hors normes* »³¹. On a pu dire que depuis le 11 septembre 2001, l'assurance est entrée dans l'ère des risques extrêmes³².

Les inondations qui ont frappé l'Europe centrale et orientale en août 2002, et qui ont par endroits dépassé des niveaux constatés depuis cent cinquante ans, ont relancé le débat sur les risques de recrudescence des catastrophes naturelles. Les réassureurs font valoir que les coûts des dommages assurés causés par des catastrophes naturelles ont sensiblement augmenté, progression qui s'expliquerait par une augmentation du nombre de catastrophes liées probablement au réchauffement de la couche inférieure de l'atmosphère terrestre au cours des cent dernières années, elle-même due en grande partie, vraisemblablement, à l'activité humaine³³, mais aussi par une densité démographique

29. Cf. « Le dommage et le préjudice », J.-M. Pontier, *Actes du colloque des 11 et 12 mai 2001*, Les colloques du Sénat, 2003, p. 117.

30. Selon les dernières estimations, les sinistres assurés résultant de l'attentat atteindraient 32,5 milliards de dollars.

31. « L'assurance sortie de crise », Henri de Castris, *Risques*, n° 57, janvier-mars 2004.

32. Hélène Intrator, « Analyse des lois Kouchner et About », *Risques*, n° 57, janvier-mars 2004.

33. Cf. sur ces points : *Catastrophes naturelles et réassurance*, Swiss Re, avril 2003.



croissante, l'utilisation de matériaux et technologies modernes présentant des faiblesses et une plus grande tendance à l'assurance dans les zones à risques.

La mondialisation des phénomènes, la **vitesse de diffusion** (Syndrome respiratoire aigu sévère) et les effets sur le fonctionnement de la société participent au changement d'échelle. Les attentats du 11 septembre, au-delà des dommages humains et matériels directement causés, ont entraîné des effets en chaîne sur le trafic aérien, paralysé, et sur le fonctionnement des structures étatiques. La production de masse et la consommation de masse qui l'accompagne accentuent l'impact des risques émergents. Les secteurs de l'industrie pharmaceutique et chimique, l'industrie agroalimentaire, mais aussi le secteur médical et l'industrie électronique³⁴ sont particulièrement exposés.

Des **risques qu'on peut décrire comme nouveaux** apparaissent, également en relation avec les franchissements de seuils eux-mêmes conséquences du développement des sciences et des techniques : ainsi des OGM, qui brisent la barrière de l'intangibilité du code génétique et qui, en raison des interactions écologiques, peuvent être porteurs de risques nouveaux. Avec les progrès de la médecine et les techniques d'investigation de plus en plus sophistiquées, les chances de guérison augmentent. Mais, paradoxalement, ces progrès sont générateurs de risques d'accidents thérapeutiques et d'erreurs de diagnostic. L'allongement de la durée de la vie accentue les risques de mise en cause de la responsabilité médicale. Si les actes médicaux sont aujourd'hui plus sûrs, l'accident, lorsqu'il se produit, peut être source de préjudices plus graves qu'auparavant.

Les risques sont sensiblement plus diffus, dans leurs causes comme dans leurs effets. Le responsable du dommage est parfois de plus en plus difficile à individualiser en raison de la multiplicité des chaînes de production comme de décision. Nous sommes confrontés à des risques qui résultent d'enchaînements complexes de facteurs dont les causes peuvent difficilement être identifiées. Dans le domaine médical, il existe une très grande marge d'incertitude sur les préjudices susceptibles d'être subis et sur les conditions qui entourent les faits générateurs de dommages.

Certains risques ne peuvent être appréhendés par les outils statistiques classiques de l'assurance. Ainsi du risque terroriste, pour lequel, en particulier, il n'est pas possible de se fonder sur l'étude des séries historiques, comme cela se fait pour d'autres catastrophes. D'une part, parce que ces séries sont trop récentes pour être exploitées. D'autre part, à supposer même que les assureurs disposent de séries historiques, rien n'indique que le niveau de risque à venir présente la même périodicité ou le même niveau que ce qui a pu être observé sur les périodes antérieures. Ainsi, l'occurrence du risque terroriste ne peut être analysée au moyen des outils actuariels traditionnels, ce qui constitue une caractéristique majeure de ce risque.

Aux risques avérés s'ajoutent les risques virtuels. C'est en particulier le cas du « *risque-développement* ». Ce n'est parfois que grâce à des connaissances scientifiques acquises *a posteriori* qu'apparaissent les dommages causés, d'où

34. Voir sur ce point : *Les risques émergents*, Swiss Re, 2003.



un éventuel effet « à retardement » en termes de responsabilité. Qu'il s'agisse des risques dans le domaine médical, des atteintes à l'environnement et plus largement des risques technologiques, de tels effets à retardement sont redoutés. Les risques que présenteraient pour l'homme les champs électromagnétiques (câbles, téléphones portables,...) font l'objet de débat.

La difficulté de l'assurance contre certains risques s'accroît alors même que l'on souhaiterait être assuré contre tous les aléas. Les assureurs sélectionnent les risques qu'ils prennent en charge et jouent sur les lois de la statistique. Les catastrophes naturelles, les risques sériels et de masse, le décalage dans le temps des effets nocifs de certaines activités ou de produits ou matériaux rendent plus difficiles leurs engagements.

2. L'évolution de la perception des risques

Si le risque est inhérent à l'activité humaine et si le traitement juridique du risque n'est pas nouveau ainsi qu'en témoigne par exemple l'ancienneté de la législation sur les installations dangereuses, la notion de risque acceptable a changé alors même que dans la vie quotidienne la sécurité est souvent plus grande qu'auparavant. Le sentiment selon lequel tout dommage peut et doit être imputé à une personne, privée ou publique, et doit ouvrir droit à une indemnisation se généralise. Les associations de victimes, qui regroupent celles-ci, les conseillent et leur facilitent l'action contentieuse, jouent un rôle important dans cette évolution.

L'indemnisation est recherchée, de plus en plus, dans des hypothèses dans lesquelles aucune responsabilité ne peut être retenue, ni à la charge des particuliers, ni à celle de la puissance publique.

On a pu voir, du côté du législateur, « *la volonté manifeste de se rallier de plus en plus à la formule du "risque social", exclusive du sacrifice trop lourd, imposé à l'individu dans l'intérêt de tous, sans allocation d'un droit compensateur* »³⁵. Le législateur cherche à préserver les intérêts des usagers et des consommateurs. Les termes « risque social » apparaissent semble-t-il pour la première fois dans le texte de la loi du 16 avril 1914 sur les dégâts résultant des manifestations de violence commises par les attroupements dans les communes, modifiant l'article 106 de la loi municipale³⁶. Pour Rivet, ces mots ne faisaient que rajeunir, en définitive, la vieille formule de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 aux termes duquel « *pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre les citoyens, en raison de leurs facultés* ».

« *Plutôt que de se résigner ou d'implorer les dieux, les hommes, dans un pays tel que le nôtre, préfèrent s'adresser aux autorités* »³⁷. L'opinion publique fait preuve d'une forte sensibilité à l'égard des risques auparavant dissimulés, pour lesquels on se tourne vers l'État en lui reprochant de ne pas avoir su les

35. Rivet, conclusions sur CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, RDP 1924, p. 75, note Jéze.

36. *Idem*.

37. « Le dommage et le préjudice », J.-M. Pontier, *op. cit.*



détecter, telle l'encéphalopathie spongiforme bovine (ESB). Cette sensibilité est moindre à l'égard des risques connus, comme le tabac, mieux assumés alors même que le nombre de victimes peut être sans commune mesure avec celui de risques moins familiers. Le risque est en outre perçu comme plus acceptable lorsqu'il est délibérément encouru, ainsi du tabac pour le fumeur. Il l'est beaucoup moins lorsqu'il est subi, ainsi du tabagisme passif.

La perception du risque est accentuée par la **médiatisation** des grandes catastrophes (Seveso, Tchernobyl, AZF...) et par la crainte, face à l'accélération du progrès scientifique et technique, des menaces pour la santé et l'environnement, en particulier, qu'engendre l'activité humaine. Les catastrophes naturelles et les agents infectieux ont causé et continuent de causer infiniment plus de victimes et de dommages que l'ensemble des catastrophes technologiques. Le nombre de victimes des récents séismes en Asie du Sud et du Sud-Est en témoigne. Il reste que la crainte des risques technologiques est particulièrement forte aujourd'hui³⁸.

La perception du risque est liée à l'information disponible. Elle peut augmenter avec l'accès à l'information. L'impact des cas d'ESB ou de SRAS, fortement médiatisés, en est un exemple. L'absence de compréhension et de maîtrise des sources du risque est de nature à susciter des peurs démesurées par rapport à la réalité du risque. Inversement, une telle ignorance et des informations contradictoires peuvent entraîner une attitude d'indifférence, elle-même dangereuse ; il en va ainsi des dommages causés à la couche d'ozone³⁹. De même, un défaut d'information incite à minimiser les risques (cas des zones inondables).

La crainte face aux risques se manifeste également dans les observations très nombreuses qui figurent dans les registres des enquêtes publiques de toute nature. Les occasions dans lesquelles les risques sont évoqués, examinés, et dénoncés, se sont multipliées avec les textes créant des instances d'expertise ou prescrivant des consultations ou concertations. Le développement des procédures d'information et de recueil des avis et les conséquences de leur non respect ou de leur irrégularité contribuent à caractériser des risques, à en formaliser les seuils, voire à déplacer les frontières de la responsabilité.

3. L'évolution de la notion de préjudice

L'idée de secours a évolué, dans le temps, vers celle d'indemnisation. Bien plus, les victimes recherchent aujourd'hui, au-delà de l'indemnisation, **une réparation**. On assiste à une plus grande prise en compte de la personne dans le contentieux de la responsabilité, que ce soit en matière de réparation des préjudices corporels ou de trouble dans les conditions d'existence. L'évolution va dans le sens d'une acception de plus en plus large des préjudices indemnifiables, préjudice matériel, corporel, esthétique, douleur physique et morale,

38. Cf., rapport au Premier ministre, *Le principe de précaution*, P. Kourilsky, G. Viney, Éditions Odile Jacob, La Documentation française, janvier 2000.

39. J.-M. Pontier, « La puissance publique et la prévention des risques », *AJDA*, n° 33, 6 octobre 2003, p. 1752.



jusqu'à la perte de chance. Ainsi, la faute commise par les praticiens d'un hôpital qui omettent d'informer le patient des risques de décès ou d'invalidité encourus à raison d'un acte médical entraîne pour le patient la perte de chance de se soustraire au risque qui s'est réalisé. La réparation du dommage résultant de cette perte doit être fixée à une fraction des différents chefs de préjudice qui tient compte du rapprochement entre, d'une part, les risques inhérents à l'acte médical et, d'autre part, les risques encourus en cas de renonciation à cet acte⁴⁰.

Le Code de la santé publique débute par l'affirmation du droit fondamental à la protection de la santé qui doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de la personne⁴¹. **Dans le domaine médical, l'aléa est de fait de plus en plus mal supporté.** Le sentiment d'un quasi-droit à la guérison, nourri par les progrès de la médecine, prévaut alors même que le risque d'accidents thérapeutiques peut être accru par ces mêmes progrès⁴² : d'où la naissance d'un « *mouvement de victimisation* » relevé dans le rapport du Conseil d'État de 1998, qui conduirait à ce que l'on a appelé « *une société de réparation généralisée* ». Devrait être réparé tout dommage perçu comme inacceptable.

Les catégories de personnes pouvant prétendre à indemnisation ou réparation s'élargissent : ainsi en est-il pour les préjudices subis par les proches⁴³. La jurisprudence traditionnelle de la juridiction administrative, selon laquelle le fondement du droit à indemnité était l'obligation alimentaire incombant à la victime, a évolué au profit de la notion de troubles dans les conditions d'existence que la disparition de la victime entraîne pour le demandeur si la situation à laquelle il a été porté atteinte était juridiquement protégée⁴⁴. Les collatéraux peuvent désormais se prévaloir d'un préjudice, le plus souvent moral⁴⁵.

Autre évolution, les préjudices causés par des personnes publiques à d'autres personnes publiques peuvent donner lieu à indemnisation (*cf. infra*).

40. CE, Sect., 5 janvier 2000, *Consorts T.*, rec. p. 5 ; CE, Ass., 19 mai 2004, *Caisse régionale d'assurance maladie d'Ile-de-France et Caisse primaire d'assurance maladie du Val-de-Marne c/ M. Truskowski*.

41. Article L. 1110-1 du Code de la santé publique, issu de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002.

42. Dominique Philipp, « De la responsabilité à la solidarité des personnes publiques », *RDP*, n° 2, 1999.

43. Voir, sur ces questions, J.-M. Pontier, « Le dommage et le préjudice », *Actes du colloque des 11 et 12 mai 2001*, Les colloques du Sénat, 2003, p. 117.

44. *Cf.* Odent, *Contentieux administratif*, p. 1534 ; CE, Ass., 28 juillet 1951, *Berenger*, rec. p. 473, concl. Agid.

45. CE, 27 octobre 2000, *Centre hospitalier de Seclin*, rec. p. 478.



C – L'évolution générale des régimes de responsabilité

1. Une place croissante pour la responsabilité sans faute

Dès lors **qu'est avant tout recherchée l'indemnisation de la victime**, préalablement à la mise en cause du responsable, le droit « *tend à faire l'économie de la faute et de la cause pour rendre possible une indemnisation fondée sur le seul préjudice* »⁴⁶. Des trois conditions classiquement exigées pour qu'il y ait engagement de la responsabilité, dommage, faute, lien de causalité entre les deux, les deux dernières passent à l'arrière-plan. C'est ainsi que l'on a pu voir dans la loi de 1898 le « *passage d'une gestion individuelle de la faute à une gestion socialisée du risque* »⁴⁷. L'indemnisation des dommages devient, tant pour la responsabilité civile que pour la responsabilité publique, l'objectif principal.

On assiste à une **convergence dans ce sens de l'évolution des systèmes de responsabilité publique et privée**, qu'il s'agisse de l'interprétation donnée aux dispositions des articles 1384 et suivants du Code civil, de l'évolution jurisprudentielle du régime de la responsabilité de la puissance publique ou des régimes législatifs de plein droit.

Tout en rappelant que la philosophie de la responsabilité sans faute des personnes publiques, qui ressort de la jurisprudence à partir de 1919, repose sur un fondement différent de celui de la responsabilité des personnes privées, on relève que la notion de responsabilité sans faute « *n'est pas spécifique au droit public : la jurisprudence bâtie par la Cour de cassation à partir des articles 1384 et suivants du Code civil, en matière de responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa "garde" ou des personnes dont on doit "répondre" (enfants, préposés), est fondée sur une présomption de responsabilité du gardien de la chose, du père des enfants ou de l'employeur* »⁴⁸. Ainsi, pour que la responsabilité de plein droit des père et mère exerçant l'autorité parentale sur un mineur habitant avec eux puisse être recherchée, il suffit que le dommage invoqué par la victime ait été directement causé par le fait, même non fautif, du mineur. Seule la force majeure ou la faute de la victime peut exonérer les père et mère de cette responsabilité⁴⁹.

46. Laurence Engel, « Vers une nouvelle approche de la responsabilité : le droit français face à la dérive américaine », *Esprit*, juin 1993.

47. *Idem*.

48. Leçon 17, « La responsabilité sans faute », *Leçons de droit administratif*, Hachette, 1989.

49. Cf. par exemple Cass., Ass. plén., 13 décembre 2002, sur la responsabilité de plein droit des père et mère à raison de leur enfant mineur, *Dalloz*, 2003, n° 4, p. 231, note P. Jourdain.



2. Le phénomène de socialisation des risques

Le phénomène de socialisation du risque s'explique notamment par le **développement législatif de la notion de solidarité nationale** dans le droit public de la responsabilité. Ce développement a conduit à imputer à l'État la réparation de dommages qu'aucune personne publique n'a causés mais qui se rattachent à l'exercice d'une compétence publique. L'exigence de solidarité nationale s'est manifestée en particulier avec l'émergence d'un principe de réparation par l'État des dommages causés à l'occasion d'émeutes⁵⁰ ou la réparation des dommages causés à l'occasion de guerres ou de conflits coloniaux⁵¹.

La **consécration constitutionnelle de cette solidarité** est venue en 1946, avec le douzième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Cette proclamation vient s'ajouter aux dispositions du dixième alinéa qui prévoit que la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement, et à celles du douzième selon laquelle elle garantit à tous la protection de la santé, de la sécurité matérielle, le repos et les loisirs.

La solidarité a pris dans les premiers temps la forme d'aides ponctuelles et exceptionnelles répondant à la forte émotion suscitée par une catastrophe, s'apparentant encore à des secours, avec par exemple la loi d'aide aux sinistrés votée en 1928 à la suite de calamités atmosphériques, ou l'aide aux sinistrés de la catastrophe de Malpasset en 1959. Les aides sont toutefois rapidement apparues comme marquées par un certain caractère aléatoire.

D'où le **développement d'un système mixte de solidarité et d'assurance**. La place du système fondé sur l'assurance, loin de décroître, s'est accrue, sans qu'il soit exclusif d'un certain rôle de la puissance publique, l'exemple type étant la loi n° 82-600 du 13 juillet 1982 relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles. La tendance est celle de l'extension de l'assurance, pour les individus comme pour les collectivités privées ou publiques⁵². Une circulaire interministérielle du 26 octobre 1984⁵³ incite les communes à s'assurer pour les risques liés à l'exercice des compétences qui leur sont transférées⁵⁴ par les lois de décentralisation de 1983.

La notion de faute a par ailleurs évolué : avec la présomption de faute, qui entraîne le renversement de la charge de la preuve ; avec une acception parfois très large de la faute ; avec la prise en compte, au-delà de la causalité, de la notion d'implication, comme le fait la loi du 5 juillet 1985 pour les accidents

50. Cf. *infra*.

51. Lois du 17 avril 1919 sur les dommages de guerre et des 31 mars 1919 et 24 juin 1919 sur les pensions militaires et civiles.

52. J.-M. Pontier, « Le législateur, l'assureur et la victime », *RFDA*, 2 (1) janvier-février 1986.

53. Circulaire n° 84-877 du 26 octobre 1984 du ministère de l'Intérieur et de la Décentralisation, du ministère de l'Économie, des Finances et du Budget et du ministère de l'Urbanisme, du Logement et des Transports.

54. Lois n° 83-8 du 7 janvier 1983 et n° 83-663 du 22 juillet 1983 relatives à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État.



de la route ⁵⁵ ; avec, enfin, les cas de présomption irréfragable de responsabilité, dans lesquels l'exigence de faute disparaît.

À ces différents éléments s'ajoutent **l'affirmation du principe de précaution** et ses conséquences éventuelles sur la responsabilité de la puissance publique, qu'il s'agisse de la responsabilité pour risque ou de la responsabilité pour faute ⁵⁶.

3. Le maintien de la responsabilité pour faute

La socialisation des risques, et notamment l'extension de la responsabilité sans faute, ne fera pas disparaître la responsabilité pour faute. Certes, on peut, dans une analyse maximaliste, considérer que le maintien de la notion de responsabilité qui suppose un auteur, une victime et un dommage mesurable pendant une période limitée devient problématique quand les dommages sont multiples, les acteurs nombreux, et que le risque de masse se développe. Mais la propension à demander réparation s'accompagne du **besoin de trouver un responsable**. On assiste même à une recrudescence de la recherche de la responsabilité pénale.

La mise en cause de la responsabilité pénale des décideurs publics ⁵⁷, phénomène dont il est difficile de cerner l'ampleur, reste certes marginale par rapport au nombre d'agents publics. Mais la multiplication des incriminations par la loi, la mise en cause de plus en plus fréquente de comportements qui seraient liés à la violation d'une obligation de sécurité ou de prudence, le retentissement médiatique de certaines affaires, se conjuguent avec la volonté des victimes, au-delà de la réparation financière du handicap, d'obtenir l'identification des responsables et leur condamnation. L'inquiétude des élus s'est manifestée : « *L'extension sans limite de la responsabilité des décideurs publics et du champ des délits non intentionnels, bien que liée, pour partie, au renforcement de l'État de droit dans notre pays, est désormais excessive : il n'est pas normal que dès qu'une tribune s'effondre, qu'une rivière déborde, qu'un panneau de basket tombe, que l'ornement d'un monument aux morts se descelle, qu'une falaise s'avère dangereuse ou qu'un lampadaire devient défectueux, le maire, le préfet, le proviseur, l'instituteur ou le fonctionnaire territorial soient poursuivis devant les tribunaux répressifs comme des criminels et, parfois, condamnés, pour homicide ou blessures involontaires* » ⁵⁸. Ces inquiétudes et la préoccupation des pouvoirs publics ont incité à un encadrement législatif plus strict de l'obligation de prudence ou de sécurité prévue par les textes ⁵⁹.

55. Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation ; article 7 : « (...) *dommages subis par des tiers résultant d'atteintes aux personnes ou aux biens dans la réalisation desquels un véhicule terrestre à moteur, ainsi que ses remorques ou semi-remorques, sont impliqués* ».

56. Cf. *infra*.

57. Cf. sur ces points : *La responsabilité pénale des agents publics en cas d'infractions non intentionnelles*, coll. « Les études du Conseil d'État », La Documentation française, 1996 ; Rapport au garde des Sceaux du groupe d'étude sur la responsabilité pénale des décideurs publics, 16 décembre 1999.

58. Rapport de René Dosière, député, Assemblée nationale, 29 juin 2000.

59. Article 121-3 du Code pénal, issu de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000.



Plus généralement, **la faute, droit commun de la responsabilité, n'est pas en voie de disparition**, et cette tendance, comme on le verra, n'est pas propre à la France, loin de là. Une jurisprudence récente du Conseil d'État a retenu la responsabilité pour faute de l'État pour carence dans la prévention des risques liés à l'exposition des travailleurs aux poussières d'amiante⁶⁰ (*cf. infra*). La Cour de cassation a pour sa part considéré qu'un accident du travail dû à une faute inexcusable de l'employeur, tenu à « *une obligation de sécurité de résultat* »⁶¹, engageait la responsabilité de celui-ci. Alors que le grand compromis social de la fin du XIX^e siècle reposait sur l'évacuation de la notion de faute, cette dernière, avec ses potentialités de réparation majorée, voire intégrale, est de plus en plus invoquée et admise.

Que l'on soit en présence d'une responsabilité contractuelle, dans le cas des produits défectueux par exemple, ou délictuelle (pollution, risque technologique,...), la demande croissante de réparation des dommages individuels risque donc de remettre en cause l'essor de la responsabilité sans faute. Dans le secteur public, c'est le **recul de l'exigence de la faute lourde** pour que soit engagée la responsabilité de l'administration qui aboutit à « *une certaine banalisation de la faute du service public* »⁶².

Quoi qu'il en soit, lorsque des systèmes d'indemnisation permettent l'indemnisation de la victime avant même que le responsable du dommage soit identifié, le principe prévaut la plupart du temps que des **actions récursoires** sont ensuite possibles sur le fondement de la responsabilité pour faute.

4. Législateur et juge : concurrence et complémentarité

Au cours du XX^e siècle, les **régimes législatifs spéciaux d'indemnisation** se multiplient, afin de répondre aux impératifs de rapidité des indemnisations ou d'aménager la réparation, ou faute de pouvoir attribuer certains risques à une cause ou à une personne déterminée, ou encore parce que la responsabilité de l'État est engagée.

La loi du 16 avril 1914, pour la réparation des dommages causés par des émeutes, consacre la responsabilité de l'État aux côtés de celle de la commune. Des lois ont porté sur la réparation des dommages de guerre et des conflits coloniaux. Dans le domaine des catastrophes naturelles, outre les garanties contractuelles pour les dommages considérés comme assurables (tempête, grêle, gel...) plusieurs régimes, de façon complémentaire, permettent l'indemnisation des dommages : fonds national de garantie des calamités naturelles⁶³ ; loi du 13 juillet 1982 relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles⁶⁴. Autre exemple, aux termes de la loi du 1^{er} juillet 1964 sur les dommages résultant des vaccinations obligatoires, la réparation

60. CE, Ass., 3 mars 2004, *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/ Consorts X*, concl. E. Prada Bordenave, RFDA, mai-juin 2004, p. 612.

61. Cass. soc., 31 octobre 2002, n° 00-18359, Bull 2002 V n° 336, p. 324.

62. « Existe-t-il une responsabilité de droit commun ? » M. Paillet, *Actes du colloque des 11 et 12 mai 2001*, Les colloques du Sénat, 2003.

63. Loi n° 64-706 du 10 juillet 1964 organisant un régime de garantie contre les calamités agricoles.

64. Loi n° 82-600 du 13 juillet 1982 relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles.



d'un dommage imputable directement à une vaccination obligatoire est supportée par l'État. De même, l'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme est prévue par la loi ⁶⁵.

Des lois récentes sont intervenues dans le domaine de la responsabilité médicale ⁶⁶.

La jurisprudence a elle aussi joué un grand rôle dans la consécration de droits à réparation. L'indemnisation par l'administration des accidents de service subis par les agents publics en est un exemple, par l'interprétation de la loi et l'évolution jurisprudentielle auxquelles elle a donné lieu. C'est la jurisprudence qui, en 1905, a posé la règle du forfait de pension : par un avis du 1^{er} juillet 1905, le Conseil d'État a estimé que les dispositions législatives qui prévoient l'attribution de pensions d'invalidité à des agents publics devaient être interprétées comme conférant à cette pension un caractère forfaitaire, solution confirmée au contentieux peu de temps après. Récemment, le juge administratif a fait évoluer ce régime en admettant une indemnisation qui va au-delà du strict forfait ⁶⁷, ⁶⁸.

Le principe de réparation consacré par la jurisprudence **précède parfois l'action législative**, qui en reprend ou en freine les évolutions : l'arrêt *Cames* et l'arrêt *Teffaine* ont été précurseurs de la loi de 1898 sur les accidents du travail ; la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé et celle du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale doivent beaucoup à l'évolution jurisprudentielle qui les a précédées.

Mais **l'action jurisprudentielle connaît des limites** : en l'absence d'intervention du législateur, on ne saurait fonder sur le principe de solidarité nationale l'indemnisation des victimes. Aux termes d'une jurisprudence constante du Conseil d'État ⁶⁹, « le principe ainsi posé, en l'absence de toute disposition législative en assurant l'application, ne saurait servir de base à une action contentieuse en indemnité ». Il appartient donc au législateur d'intervenir pour préciser les cas dans lesquels cette solidarité est appelée à jouer. C'est ce qu'il a fait, comme on l'a vu, à diverses reprises.

Il reste que la frontière entre ce qui peut relever du juge (rupture de l'égalité entre les charges publiques) et ce qui doit relever du législateur (solidarité nationale) n'est pas toujours aisée à déterminer. S'agit-il d'une différence de degré ou d'une différence de nature ?

65. Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État et loi n° 90-589 du 6 juillet 1990 modifiant le Code de procédure pénale et le Code des assurances et relative aux victimes d'infractions.

66. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JORF* du 5 mars 2002 ; loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité médicale, *JORF* du 31 décembre 2002 ; loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.

67. CE, Sect., 15 décembre 2000, *M^{me} B.*, rec. p. 628 ; Ass., 4 janvier 2003, *M^{me} M.-C.*, rec. p. 323.

68. *Cf. infra.*

69. CE, 10 décembre 1962, *Sté indochinoise de constructions électriques et mécaniques*, rec. p. 676 ; 29 novembre 1968, *Sieur Tallagrand*, rec. p. 607.



Ainsi, lorsque le juge décide de l'indemnisation, sur le fondement du principe d'égalité devant les charges publiques et sous réserve que le dommage subi revête un caractère anormal et spécial, du préjudice subi par un pharmacien et résultant de la cessation de son activité à la suite de la décision par un office public d'HLM de la fermeture de dix tours d'habitation situées à proximité (CE, Sect., 31 mars 1995, *Lavaud*), il va jusqu'où il peut aller. Il condamne l'auteur du dommage, alors que l'on sent bien qu'en réalité un tel cas de figure relèverait davantage de la solidarité nationale que d'une charge venant grever le patrimoine d'un établissement.

Le juge administratif a la charge de rétablir un équilibre, l'égalité devant les charges publiques quand elle est rompue, mais seul le législateur peut définir de nouveaux types d'équilibres, sur des risques précis et définis, tout en respectant l'égalité devant les charges publiques. Le juge ne peut se substituer à l'action du législateur. Dans le cadre des affaires contentieuses sur l'aléa thérapeutique, il est allé là encore aussi loin que possible, à la limite de la rupture de l'égalité devant les charges publiques, avec l'admission de la réparation de l'aléa médical dans des cas exceptionnels, et de la solidarité nationale, en faveur du patient usager. Mais c'est au législateur qu'il revient d'imposer une orientation générale et de définir le cadre et les objectifs de la solidarité, ce qu'il a fait par la loi du 4 mars 2002.

Législateur et juge interviennent aussi pour exclure l'indemnisation ou la réparation de certains préjudices.

Il existe des refus d'indemnisation explicitement prévus par la loi : l'article L. 160-5 du Code de l'urbanisme exclut l'indemnisation des servitudes légales d'urbanisme, sauf exceptions très circonscrites, mais dont le Conseil d'État a fait une interprétation constructive en vue d'en assurer la compatibilité avec l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ⁷⁰.

L'indemnisation est toutefois le plus fréquemment écartée de manière implicite et résulte d'une interprétation jurisprudentielle des textes. Le juge considère par exemple que le refus d'inscrire un adulte dans une école de musique, simple faculté laissée au directeur de l'école, ne peut ouvrir droit à une indemnité ⁷¹. Des mesures relatives à la circulation générale ne donnent pas non plus lieu à réparation, ainsi des conséquences subies dans l'exploitation d'un fonds de commerce du fait d'une déviation provisoire de la circulation ⁷². De même, la diminution de l'activité de la société des bateaux de la Côte d'Émeraude qui avait perdu 80 % de son chiffre d'affaires à la suite de l'ouverture de la route nationale qui relie Dinard à Saint-Malo en utilisant le barrage construit sur la Rance n'a pas donné lieu à indemnisation ⁷³. L'ouverture de la route a été

70. CE, Sect., 3 juillet 1998, *Bitouzet*, rec. p. 28 ; voir également, sur l'indemnisation des servitudes instituées par un plan de prévention des risques : CE, Sect., 24 décembre 2004, *Sté d'aménagement des coteaux de Saint-Blaine*.

71. CE, 27 mars 1987, *Ville de Tarbes c/ Mme di Costanzo*, rec. p. 111.

72. CE, Sect., 26 mai 1965, *Ministre des Travaux publics, des Transports et du Tourisme c/ Époux Tebaldini*, rec. p. 304.

73. CE, Sect., 2 juin 1972, *Société des Bateaux de la Côte d'Émeraude*, dite « *Les vedettes blanches* », rec. p. 414, concl. Rougevin-Baville.



considérée comme un aléa normal. Le commissaire du gouvernement indiquait : « *Nous n'apercevons pas dans cette affaire de rupture d'égalité devant les charges publiques à la suite d'un acte de puissance publique, mais tout simplement une conséquence économique de la modernisation de l'équipement du pays* »⁷⁴.

74. En revanche, a droit à indemnisation un restaurant de routiers qui perd la plupart de sa clientèle en raison de la construction d'une déviation et de l'interdiction faite aux poids lourds d'emprunter la route normale (CE, 13 mai 1987, *Aldebert*, rec. tab. p. 623) et la solution aurait été la même si un ouvrage public avait interdit ou gêné matériellement l'accès au restaurant. Voir, sur ces points, leçons 17 et 18, « La responsabilité sans faute », précité.



Deuxième partie

Voies et moyens de la socialisation du risque

Dans l'évolution ainsi constatée vers une socialisation accrue du risque, la puissance publique a souvent un rôle moteur. Encore convient-il de distinguer selon qu'elle est acteur et donc directement responsable, ou se préoccupe de risques provenant d'activités dans lesquelles elle n'intervient pas mais dont elle ne peut se désintéresser.

A – Les risques engendrés par l'activité des pouvoirs publics et collectivités publiques

La notion de faute consacrée par le droit civil paraissait peu conciliable avec les actes de la puissance publique, qui pouvait difficilement être assimilée à un simple particulier. Faute d'autre solution, le principe de non-application des règles du droit civil aboutissait à l'irresponsabilité de l'administration⁷⁵.

Mais après avoir longtemps affirmé ce principe d'irresponsabilité de la puissance publique, le juge a admis un droit à réparation. Les principes du Code civil applicables entre particuliers sont écartés au profit d'un **droit propre de la responsabilité administrative**. La jurisprudence a joué un rôle central pour élaborer le droit de la responsabilité publique, qui cohabite avec des régimes législatifs spéciaux et fait une place croissante à la responsabilité sans faute.

L'importance des sources jurisprudentielles du droit de la responsabilité administrative est évidente. C'est l'arrêt du Tribunal des conflits *Blanco* qui consacre l'existence d'un régime de responsabilité administrative autonome. C'est la jurisprudence qui distingue faute personnelle et faute de service non détachable de l'accomplissement de celui-ci⁷⁶. C'est elle qui a permis, de manière prétorienne, le développement de la responsabilité sans faute de la puissance publique, à partir de l'arrêt *Cames*⁷⁷. C'est encore elle qui a consacré la valeur législative des règles qu'elle a elle-même dégagées dans le domaine de la responsabilité de la puissance publique⁷⁸.

75. TC, 8 août 1944, *Dupart*, S. 1845, 2, p. 58. ; CE, 6 décembre 1855, *Rotschild*, rec. p. 705.

76. TC, 30 juillet 1873, *Pelletier*, rec. 1^{er} suppl. p. 117, concl. David, D. 1874 III, p. 5.

77. CE, 21 juin 1895, *Cames*, rec. p. 509, concl. Romieu, précité.

78. CE, 27 novembre 1985, *Caisse de coordination aux assurances sociales de la RATP* : « que, selon les principes applicables en la matière, en l'absence de dispositions législatives y dérogeant, la responsabilité de l'État ne peut être engagée à l'occasion d'un accident dont un élève est victime que si une faute peut être imputée à l'État... », rec. tab. p. 647.



1. Le droit commun de la responsabilité publique reste fondé sur la faute

Le droit commun reste fondé sur la faute, mais on assiste à un déclin de l'exigence antérieurement fréquente que soit constatée une faute lourde. Le jeu de la gradation des fautes et de la conception plus ou moins large de la notion de faute participe à une prise en charge collective des risques.

Dans ses conclusions sous la décision *Le Berre*, du 29 mai 1903⁷⁹, le commissaire du gouvernement Tessier analysait ainsi la notion de **faute du service public** : « *La tendance primitive de la jurisprudence a été, la chose est incontestable, très nettement orientée dans le sens de l'irresponsabilité absolue de l'administration. C'était la doctrine des juristes de l'ancienne monarchie qui se ramenait, en dernière analyse, à une présomption d'infailibilité de la puissance publique, présomption qui s'accommodait fort bien avec la théorie du droit divin... Dorénavant, s'affirme nettement la notion de responsabilité de l'administration, à raison d'un service mal fait, du service défectueux, sous quelque forme que se soit manifesté l'acte dommageable* ».

La faute reste au cœur du régime de responsabilité de la puissance publique à l'égard des administrés, qu'il s'agisse de tirer les conséquences de l'action fautive des pouvoirs publics ou de leur carence fautive. Comme on l'a vu, des exemples récents sont venus le confirmer en particulier à propos des carences de l'État dans la prévention des risques liés à l'exposition des travailleurs aux poussières d'amiante⁸⁰. Cette place de la faute dans le droit de la responsabilité publique n'a rien de surprenant. Elle est justifiée, sauf à laisser à la responsabilité sans faute une place excessive qui pourrait aboutir à une déresponsabilisation préjudiciable à tous.

De même, la responsabilité pour faute d'une personne publique à l'égard d'une autre personne publique peut être mise en cause. En abandonnant le projet de liaison Saône-Rhin, élément du projet Rhin-Rhône, l'État a commis une faute qui engage sa responsabilité à l'égard de la région Alsace⁸¹. La responsabilité de l'État à l'égard d'une commune a été reconnue à propos de la répartition du droit fixe de patente d'une usine d'EDF entre deux communes⁸².

La place de la faute dans le régime de la responsabilité de la personne publique peut d'autant plus être confortée que la marge d'appréciation laissée au juge dans la gradation de la notion de faute est grande. Selon la formule des arrêts *Rothschild* et *Blanco* la responsabilité de l'administration « *n'est ni générale, ni absolue* ». « *Il appartient au juge de déterminer, dans chaque espèce, s'il y a une faute caractérisée du service de nature à engager sa responsabilité, et de tenir compte, à cet effet, tout à la fois de la nature de ce service, des aléas et des difficultés qu'il comporte, de la part d'initiative et de liberté dont il a besoin, en même temps que de la nature des droits individuels intéressés, de leur importance, du degré de gêne qu'ils sont tenus de*

79. CE, 29 mai 1903, *Le Berre*, rec. p. 415.

80. CE, Ass., 3 mars 2004, *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/ Consorts X*.

81. CE, 15 novembre 2000, *Commune de Morschwiller-le-Bas*, rec. p. 1221.

82. CE, Sect., 7 février 1986, *Ministre du Budget c/ Commune de Tallard*, rec. p. 36.



supporter, de la protection plus ou moins grande qu'ils méritent, et de la gravité de l'atteinte dont ils sont l'objet »⁸³.

À cet égard, le **déclin de la faute lourde** donne une moindre prise aux critiques selon lesquelles la responsabilité pour faute des personnes publiques serait trop difficilement reconnue.

Une première phase, après 1918, est marquée par l'extension de la faute lourde, pour les activités dont l'exercice est difficile, telles que les actes médicaux, les opérations de police, les activités des services pénitentiaires, les activités de tutelle et de contrôle... Le juge administratif se montrait plus ou moins ouvert dans la reconnaissance de la responsabilité du service : il retenait une définition stricte de l'acte médical relevant de la faute lourde, mais faisait preuve de sévérité pour admettre une telle responsabilité s'agissant du fonctionnement des services pénitentiaires. Puis succède une phase de recul de la faute lourde dans nombre de secteurs : actes médicaux, responsabilité de l'administration pénitentiaire du fait du suicide d'un détenu, activités des services de lutte contre l'incendie ou de secours en mer, certaines activités de contrôle, s'agissant notamment de la responsabilité de l'État du fait du contrôle sur les centres de transfusion sanguine⁸⁴, du contrôle de l'inspection du travail sur le licenciement des salariés protégés⁸⁵, ou encore du contrôle par l'ordre des architectes du respect par ses membres de l'obligation d'assurance professionnelle⁸⁶... Le passage a pu se faire directement de la faute lourde à la responsabilité sans faute, ainsi pour l'usage des armes à feu ou la responsabilité hospitalière dans certains cas.

L'évolution de la responsabilité découlant d'activités de police est particulièrement nette. Avant 1905, le Conseil d'État estimait que l'État n'était pas, en tant que puissance publique, et notamment pour les mesures de police, responsable de la négligence de ses agents⁸⁷. Avec l'arrêt *Tomaso Grecco*⁸⁸, le juge n'invoque plus l'irresponsabilité de l'État pour les activités de police, la jurisprudence ultérieure précisant cependant que seule une faute lourde peut en principe engager la responsabilité de la puissance publique pour l'activité des services de police⁸⁹. Puis on a pu voir dans la jurisprudence une distinction entre les opérations matérielles, relevant de la faute lourde⁹⁰, et les mesures juridiques de police, relevant de la faute simple⁹¹. Mais cette distinction n'est plus aussi nette aujourd'hui et, de façon générale, dans le domaine des activités de police, l'exigence d'une faute lourde pour la mise en jeu de la responsabilité de la puissance publique dépend des circonstances de l'espèce, la responsabilité sans faute pouvant même être reconnue dans certains cas.

83. Concl. Romieu (S. 1905 III, p. 113, note Hauriou) dans l'affaire *Tomaso-Grecco* (10 février 1905, rec. p. 139).

84. CE, Ass., 9 avril 1993, *M. D.*, rec. p. 110.

85. CE, Sect., 9 juin 1955, *Ministre des Affaires sociales et de l'Emploi c/ Lesprit*, rec. p. 239.

86. CE, Sect., 6 décembre 1995, *Boisson et autres*, rec. p. 430.

87. CE, 13 janvier 1899, *Lepreux*, rec. p. 18.

88. CE, 10 février 1905, *Tomaso Grecco*, rec. p. 139, concl. Romieu.

89. CE, 13 mars 1925, *Clef*, concl. Rivet.

90. Voir, par exemple, CE, Ass., 12 février 1971, *Rebatel*, rec. p. 123 ; CE, Sect., 29 avril 1987, *Consorts Yener*.

91. CE, Ass., 13 février 1942, *Ville de Dôle*, rec. p. 48.



Mais si la faute lourde a reculé, elle n'a pas vocation à disparaître. Elle subsiste en matière fiscale lorsque la tâche du service est difficile. Elle s'applique également à l'exercice du contrôle de légalité des actes des collectivités décentralisées, contrôle délicat, et qui donne parfois lieu à des contentieux dans lesquels la victime (la collectivité territoriale) vient reprocher à l'État de ne pas l'avoir empêchée d'agir illégalement. La faute lourde subsiste également pour certaines activités de contrôle : le Conseil d'État a jugé que la responsabilité de l'État à raison des fautes commises par la Commission bancaire dans l'exercice de sa mission de surveillance n'est engagée que s'il y a faute lourde de sa part. Le Conseil d'État fait valoir, dans cette dernière affaire, que la responsabilité de l'État pour les fautes commises par la Commission bancaire dans l'exercice de sa mission de surveillance « *ne se substitue pas à celle de ces établissements vis à vis, notamment, de leurs déposants* ». Le dommage était causé par le contrôlé, la responsabilité du contrôleur n'étant que subsidiaire, et il ne fallait pas substituer la responsabilité de l'un à celle de l'autre. Si l'on admet trop aisément la responsabilité du contrôleur, le risque existe que singulièrement lorsque le contrôlé est une personne privée, la responsabilité de ce dernier soit absorbée par celle de l'État, dont la solvabilité est assurée⁹². Or l'institution d'un tel régime de responsabilité à la charge de la collectivité ne relève sans doute pas du juge. En outre, cette solution, dont on peut penser qu'elle vaudra pour l'ensemble des autorités indépendantes dites de régulation, présente l'avantage de préserver l'autonomie des opérateurs économiques en évitant les risques d'un contrôle excessif.

Plus tardivement que dans d'autres domaines, le juge administratif a abandonné le principe d'irresponsabilité de la puissance publique **du fait de l'activité des juridictions**. La jurisprudence a admis qu'une faute lourde puisse, dans l'exercice de cette activité, engager la responsabilité de la puissance publique (CE, Ass., 29 décembre 1978, *Darmont*, rec. p. 542). Plus récemment, une décision a considéré que le dépassement du délai raisonnable de jugement peut ouvrir droit à réparation sur le terrain de la faute simple (CE, Ass., 28 juin 2002, *Ministre de la Justice c/ Magiera*, rec. p. 248). Mais, comme le relevait le commissaire du gouvernement dans l'affaire *M^{me} Popin* (Sect., 27 février 2004), « *le délai raisonnable ne concerne pas le contenu de la décision, mais simplement les conditions dans lesquelles elle vient à être rendue* ». La responsabilité de l'État ne peut en outre être engagée dans l'hypothèse où la faute lourde invoquée résulte du contenu d'une décision juridictionnelle devenue définitive. La question de l'articulation sur ce point de la jurisprudence française et de celle de la CJCE se pose (*cf. supra*). Par ailleurs, tirant les conséquences de ce que la justice est rendue de façon indivisible au nom de l'État, le Conseil d'État a jugé qu'il n'appartient qu'à l'État de réparer le préjudice né de l'exercice de la fonction juridictionnelle, y compris lorsque la justice a été rendue par une autre personne morale que lui⁹³.

92. CE, Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ Époux Kechichian et autres*, rec. p. 587, Conclusions Seban, Petites Affiches, 7 février 2002, n° 28, p. 7 ; Mattias Guyomar et Pierre Collin, *AJDA*, 2002, Chroniques, p. 133. Voir également, s'agissant de la Commission de contrôle des assurances, CE, 18 février 2002, *Groupe Norbert Dentressangle*, rec. tab. p. 626.

93. CE, Sect., 27 février 2004, *M^{me} Popin*.



Le juge judiciaire, lié pour sa part par la loi qui met à la charge de l'État la réparation du dommage causé par le fonctionnement défectueux de la justice, est lui aussi allé, malgré l'article L. 781 du Code de l'organisation judiciaire qui exige la faute lourde⁹⁴, dans le sens de l'assouplissement en atténuant la différence entre faute lourde et faute simple (Cour de cassation, 23 février 2001, *Bolle-Laroche*) et a utilisé la notion de déni de justice pour sanctionner la longueur des procédures (CA Paris, 10 novembre 1999)⁹⁵.

2. L'extension de la responsabilité sans faute

La responsabilité des personnes publiques peut, dans certains cas, être engagée sans qu'il y ait faute ou illégalité. L'extension de la responsabilité sans faute de la puissance publique participe au mouvement de socialisation du risque et à l'évolution générale vers une responsabilité élargie des personnes publiques.

2.1. Les fondements et la portée de la responsabilité sans faute

Si la notion de risque a souvent été évoquée comme fondement de la responsabilité sans faute de la puissance publique, elle ne couvre pas toutes les hypothèses : « *Le fondement de la responsabilité en droit public réside [...] dans l'anormalité de l'atteinte à l'égalité devant les charges publiques* »⁹⁶.

La responsabilité sans faute permet de rétablir l'égalité devant les charges publiques lorsque celle-ci est anormalement rompue au détriment d'un seul individu ou de quelques-uns : « *Il me semble que le risque est essentiellement une notion civiliste et qu'il est beaucoup plus satisfaisant d'expliquer la responsabilité sans faute par une notion typiquement de droit administratif : la rupture de l'égalité devant les charges publiques* »⁹⁷.

L'origine de la reconnaissance d'une responsabilité sans faute de l'État est jurisprudentielle. Si l'on met à part la jurisprudence sur les dommages de travaux publics, c'est l'arrêt *Cames* qui la consacre. Dans cette affaire, le commissaire du gouvernement Romieu indiquait « *Nous estimons, quant à nous, qu'en l'absence d'un texte qui s'y oppose, la justice veut que l'État soit responsable vis-à-vis de l'ouvrier des dangers que lui fait courir sa coopération au service public... En résumé, la solution que nous vous proposons ne se heurte à aucune prohibition de la loi écrite ; elle nous paraît, au contraire, découler des principes généraux de notre droit, en même temps qu'elle se trouve conforme aux règles de l'équité et de l'humanité* ».

Dans la lignée de l'arrêt *Cames* relatif à des dommages subis par les collaborateurs du service public, le Conseil d'État a construit de manière prétorienne, à partir de l'arrêt *Regnault-Desroziers*⁹⁸, une véritable théorie de la responsabilité

94. L'article 149 du Code de procédure pénale prévoit en outre une réparation de plein droit en cas de détention provisoire injustifiée (*cf. infra*).

95. Sur ces points, *cf.* Jean Courtial, « La responsabilité du fait de l'activité des juridictions de l'ordre administratif : un droit sous influence européenne », *AJDA*, 1^{er} mars 2004, p. 423.

96. Leçon 17, « La responsabilité sans faute », *Leçons de droit administratif*, Hachette, 1989.

97. Jean Waline, « L'évolution de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques », *EDCE*, La Documentation française, 1994.

98. CE, 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*, rec. p. 329.



sans faute du fait des choses et activités dangereuses. Les hypothèses de responsabilité sans faute de la puissance publique se sont multipliées : dommages causés par l'usage d'armes à feu⁹⁹, méthodes libérales de traitement ou de rééducation des délinquants¹⁰⁰, sorties d'essai prévues par les traitements psychiatriques¹⁰¹, maladies contractées dans le service...¹⁰², dommages causés par des mineurs placés au titre de l'assistance éducative¹⁰³.

En outre, si le Conseil d'État reste généralement réticent pour admettre la responsabilité sans faute au profit des usagers d'un service public qui, par les activités qu'il comporte, met cet usager dans des situations dangereuses (dans l'hypothèse, par exemple, du spectateur d'un feu d'artifice ou des participants à une compétition sportive), il l'a déjà admise – mais de façon très marginale – dans le cas de dommages causés à l'usage d'un ouvrage public dangereux et l'admet dans certains cas dans le secteur médical.

Alors que l'usager d'un ouvrage public ne peut être indemnisé s'il n'y a pas défaut d'entretien normal, la jurisprudence a certes admis, à propos de la route du littoral à la Réunion, qu'il pouvait y avoir responsabilité sans faute à l'égard des usagers en cas d'accident, en raison du caractère exceptionnellement dangereux de l'ouvrage¹⁰⁴. Mais quelques années plus tard, le Conseil d'État a jugé que cette même route, qui avait fait l'objet de travaux de protection, d'une signalisation propre à prévenir les risques et d'une surveillance régulière, n'avait plus le caractère d'un ouvrage public exceptionnellement dangereux¹⁰⁵. Il n'a pas non plus considéré que la RN 204 dans les gorges de Saorge, sur laquelle le risque de chute de pierres est important, constituait un ouvrage exceptionnellement dangereux. Ces risques n'étaient pas plus élevés que ceux auxquels sont exposés les usagers de nombreuses routes de montagne¹⁰⁶. Dans le domaine médical, la responsabilité des centres de transfusion sanguine, même en l'absence de faute, a été retenue, justifiant l'indemnisation des conséquences dommageables de l'utilisation de produits sanguins¹⁰⁷. Des cas de responsabilité sans faute des services publics hospitaliers nettement circonscrits ont été reconnus¹⁰⁸ (*cf. infra*).

99. CE, Ass., 24 juin 1949, *Lecomte*, rec. p. 307.

100. CE, Sect., 3 février 1956, *Ministre de la Justice c/ Thouzellier*, rec. p. 49, à propos du dommage causé à un tiers par un mineur qui avait quitté clandestinement le centre de rééducation où il se trouvait.

101. CE, Sect., 13 juillet 1967, *Département de la Moselle*, rec. p. 341.

102. CE, Ass., 6 novembre 1968, *Ministre de l'Éducation nationale c/ Dame Saulze*, rec. p. 550 : « Dans le cas d'épidémie de rubéole, le fait pour une institutrice en état de grossesse d'être exposée en permanence aux dangers de la contagion, comporte pour l'enfant à naître un risque spécial et anormal, qui, lorsqu'il entraîne des dommages graves pour la victime, est de nature à engager au profit de celle-ci la responsabilité de l'État ».

103. CE, Sect., 11 février 2005, *GIE Axa Courtage*, à paraître au recueil.

104. CE, Ass., 6 juillet 1973, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/ Dalleau*, rec. p. 482.

105. CE, 3 novembre 1982, *Payet*, rec. p. 67 ; 11 juillet 1983, *Ministre des Transports c/ Kichenin*, rec. p. 898.

106. CE, Sect., 5 juin 1992, *Ministre de l'Équipement, du Logement, des Transports et de la Mer c/ Époux Cala*, rec. p. 225.

107. CE, Ass., 26 mai 1995, *Consorts N'Guyen*, rec. p. 221.

108. CE, Ass., 9 avril 1993, *Bianchi*, rec. p. 127 ; Sect., 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph Imbert d'Arles*, rec. p. 412.



La responsabilité sans faute du fait de décisions administratives régulières trouve également à s'appliquer : pour le refus de prêter main forte à l'exécution de décisions judiciaires lorsque celles-ci risquent de troubler gravement l'ordre public¹⁰⁹, pour le refus du concours de la force publique en cas de perturbation de l'ordre public¹¹⁰ ; pour les refus de saisir l'autorité judiciaire. Ainsi le refus de l'administration, comme elle y est autorisée, de donner une suite judiciaire aux infractions à la législation et à la réglementation du permis de construire peut donner lieu à indemnisation sur le terrain de la responsabilité sans faute¹¹¹. L'abstention de l'administration à faire usage de son pouvoir de réquisition ou de sanction peut engager sa responsabilité. Il en est de même selon une jurisprudence constante, en cas d'abstention des autorités de police pour dégager des barrages de marins pêcheurs ou de grévistes bloquant l'accès à un port ou un aéroport et causant des préjudices aux utilisateurs de l'ouvrage public¹¹².

2.2. Les dommages subis par les collaborateurs du service public

La jurisprudence sur l'indemnisation des préjudices subis par les collaborateurs des services publics est **un exemple de socialisation du risque**. Alors même qu'aucune faute ne peut être reprochée à l'administration, la responsabilité sans faute trouve à s'appliquer : ainsi pour les préjudices subis par deux habitants d'une commune qui avaient accepté, à la demande du maire, de tirer le feu d'artifice pour la fête communale¹¹³, pour le préjudice subi par une personne se portant au secours d'un baigneur en difficulté¹¹⁴, pour l'accident survenu à une accompagnatrice bénévole à l'occasion d'une sortie scolaire¹¹⁵, ou pour les blessures d'un sapeur-pompier volontaire qui participait à la préparation d'un feu d'artifice tiré à l'occasion d'une fête locale présentant un caractère traditionnel, ce qui lui donne un caractère d'intérêt général¹¹⁶. Cette jurisprudence joue essentiellement pour les bénévoles, mais peut aussi jouer pour d'autres collaborateurs¹¹⁷. Les juridictions judiciaires appliquent également un régime de responsabilité pour risque aux collaborateurs occasionnels du service public judiciaire¹¹⁸.

109. CE, 30 novembre 1923, *Couitéas*, rec. p. 789.

110. CE, Sect., 27 mai 1977, *SA Victor Delforge*, rec. p. 253.

111. CE, Ass., 20 mars 1974, *Ministre de l'Aménagement du territoire, de l'Équipement, du Logement et du Tourisme c/ Sieur Navarra*, concl. Rougevin-Baville, rec. p. 200.

112. Cf. également CE, 8 novembre 1985, *Ministre d'État, ministre des Transports c/ Compagnie Touraine Air Transport*, rec. p. 312.

113. CE, Ass., 22 novembre 1946, *Commune Saint-Priest-la-Plaine*, rec. p. 179.

114. CE, Sect., 25 septembre 1970, *Commune de Batz-sur-Mer et dame veuve Tesson*, rec. p. 540.

115. CE, Sect., 13 janvier 1993, *M^{me} Galtié*, rec. p. 11.

116. CE, 30 avril 2004, *Perroud*.

117. CE, Sect. 26 février 1971, *Ministre de l'Intérieur c/ Aragon*, à propos du préjudice subi par un expert dans l'hypothèse où la partie qui succombe est insolvable, rec. p. 172.

118. Cass. civ., 23 novembre 1956, *Trésor public c/ Giry* ; 3 janvier 1996, *Morand c/ Agent judiciaire du Trésor*.



2.3. La responsabilité du fait des lois et ses prolongements

Aspect important mais peu fréquent de la responsabilité sans faute de la puissance publique, elle repose sur une **jurisprudence rigoureuse**.

Si le législateur prévoit lui-même une indemnisation, ou l'exclut expressément, ou la limite à certaines hypothèses, la question peut être simple. Dans certains cas, en effet, « *le législateur décide spontanément que le sacrifice imposé doit avoir une contrepartie... il inscrit dans la loi même qui ordonne le sacrifice ou qui l'autorise le principe de l'indemnité dont celui-ci doit être compensé* »¹¹⁹. Mais le plus souvent, la loi est muette sur ce point.

En 1838, le Conseil d'État, dans un arrêt de principe, *Duchâtellier*¹²⁰, avait affirmé l'irresponsabilité totale du législateur, dans le silence de la loi, à propos d'une loi du 12 février 1835 interdisant la fabrication de tabac factice dans le but de garantir le monopole fiscal du tabac. Le sieur Duchâtellier était fabricant de tabac factice. Le raisonnement était que l'État ne saurait être responsable des conséquences des lois qui, dans l'intérêt général, prohibent l'exercice d'une industrie, à moins que des dispositions spéciales ne soient intervenues dans ce sens.

Dans un premier temps, le droit à indemnisation fut cependant reconnu dans le cas particulier des préjudices subis par des sociétés minières concessionnaires de l'État en raison des dispositions de la loi du 27 juin 1880 qui donnaient aux préfets le pouvoir d'interdire les travaux souterrains près d'une ligne de chemin de fer¹²¹. Furent en revanche déboutés les fabricants d'absinthe qui demandaient réparation de préjudice subi du fait de la loi du 16 mars 1915 interdisant la fabrication de cet alcool¹²² ainsi que les commerçants invoquant le préjudice que leur causait la loi du 16 octobre 1919 frappant de peines, afin de mettre fin aux abus constatés, ceux qui avaient acheté ou vendu habituellement des récépissés de nantissements des Monts-de-Piété ou des caisses de crédit municipal¹²³.

Avec l'arrêt *La Fleurette* du 14 janvier 1938¹²⁴, le Conseil d'État admet clairement la responsabilité du fait des lois sous certaines conditions. La loi du 9 juin 1934 relative à la production des produits laitiers a interdit la fabrication et le commerce sous la dénomination « crème » des produits du lait, ce qui contraignait la société La Fleurette à cesser la production d'un produit qui ne répond pas à ces conditions. Recherchant la volonté du législateur, le Conseil d'État fait valoir « *que rien, ni dans le texte même de la loi ou dans ses travaux préparatoires, ni dans l'ensemble des circonstances de l'affaire, ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressée une charge qui ne lui incombe pas normalement ; que cette charge, créée dans un*

119. Conclusions Rivet sous CE 30 novembre 1923, *Couitéas* précitées.

120. CE, 11 janvier 1838, *Duchâtellier*, rec. p. 6.

121. CE, 27 juillet 1906, *Compagnie PLM*, rec. p. 710, concl. Tessier, rec. p. 702 ; CE, 2 mars 1932, *Sté Mines de Joudreville*, rec. p. 246.

122. CE, 29 avril 1921, *Sté Premier et Henry*, rec. p. 424.

123. CE, 14 novembre 1923, *Chambre syndicale des marchands de reconnaissances du Mont-de-Piété*, rec. p. 726.

124. CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, rec. p. 25.



intérêt général, doit être supportée par la collectivité ». Le Conseil d'État en déduit que la société La Fleurette est fondée à demander que l'État soit condamné à lui payer une indemnité en réparation du préjudice qu'elle a subi.

Si nombre de requérants ont cherché à mettre en jeu la responsabilité de l'État du fait des lois, celle-ci est rarement admise par **le juge, qui se montre strict, en particulier, sur la condition de spécialité du dommage**. Comme l'indique le professeur Chapus, « *la responsabilité sans faute de l'État du fait des lois apparaît comme un produit de luxe ; on ne s'en sert pas tous les jours* »¹²⁵.

Le juge vérifie que le législateur n'a pas entendu dénier tout droit à réparation, intention qui peut ressortir des travaux préparatoires¹²⁶ ou des dispositions expresses de la loi. Il s'efforce de dégager sa volonté présumée, en tenant compte du caractère spécial du préjudice¹²⁷, de sa gravité, de l'utilité sociale de l'activité lésée et de l'objectif poursuivi¹²⁸.

La latitude du législateur trouve cependant ses limites dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, aux termes de laquelle « *Si l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 n'interdit pas de faire supporter, pour un motif d'intérêt général, à certaines catégories de personnes, des charges particulières, il ne doit pas en résulter de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques* »¹²⁹.

Récemment, le Conseil d'État a jugé qu'il ne ressortait ni de l'objet ni des termes de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, ni de ses travaux préparatoires, que le législateur ait entendu exclure que la responsabilité de l'État puisse être engagée en raison d'un dommage anormal que l'application de ces dispositions pourrait causer à des activités. Il a estimé que le préjudice résultant de la prolifération d'oiseaux sauvages, les grands cormorans, dont la destruction a été interdite en application de cette loi, devait donner lieu à réparation dès lors que ce préjudice excédait les aléas inhérents à l'activité en cause, la pisciculture en l'espèce, et revêtait un caractère grave et spécial¹³⁰.

La jurisprudence a étendu les principes dégagés pour la responsabilité du fait des lois aux **règlements légalement édictés, aux mesures prises en application d'une loi et aux conventions internationales**.

La responsabilité de l'État est susceptible d'être engagée sur le fondement de l'égalité devant les charges publiques pour assurer la réparation des préjudices

125. R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, coll. Domat, 15^e édition, 2001, p. 1380.

126. CE, Sect., 22 novembre 1957, *Cie de navigation Fraissinet*, rec. p. 635 ; CE, 22 avril 1970, *Sté Établissements Louis Rémusat*, rec. p. 265.

127. CE, Ass., 22 octobre 1943, *Sté Établissements Lacaussade*, rec. p. 231 ; Ass., 10 février 1961, *Ministère de l'Intérieur c/ Consorts Chauche*, rec. p. 108 ; Sect., 25 janvier 1963, *Ministère de l'Intérieur c/ Bovero*, rec. p. 53.

128. CE, 6 janvier 1956, *Manufacture française d'armes et de cycles*, rec. p. 3 ; Ass., 8 janvier 1965, *Sté des Établissements Aupinel*, rec. p. 15 ; Sect., 14 mars 1975, *SCI de la Vallée de Chevreuse*, rec. p. 197.

129. Cons. const., décision n° 2000-440 DC du 10 janvier 2001.

130. CE, Sect., 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et autres*, rec. p. 367.



nés de conventions internationales incorporées régulièrement dans l'ordre juridique interne¹³¹. Une indemnisation peut être accordée sur ce même fondement lorsque le préjudice résulte d'une règle coutumière¹³². De façon générale, dans la lignée de la jurisprudence *Couitéas*, des mesures légalement prises dans l'intérêt général peuvent ouvrir droit à une indemnisation sur le fondement de l'égalité devant les charges publiques¹³³, qu'il s'agisse de mesures individuelles¹³⁴ prises en application d'une loi, ou de mesures réglementaires, lorsqu'il y a dommage grave et spécial.

3. Les régimes législatifs spéciaux

Différents régimes législatifs prévoient la **responsabilité ou la réparation de plein droit** à la charge de l'État à raison de certaines de ses activités.

De telles dispositions figurent dans la loi du 4 août 1962 relative aux réparations à accorder aux jeunes gens ou aux militaires de la disponibilité ou des réserves victimes d'accidents lors de leur participation à des séances d'instruction militaire. La législation relative aux réquisitions prévoit également des mesures d'indemnisation de plein droit. Autre exemple, l'article 149 du Code de procédure pénale dispose que la personne qui a fait l'objet d'une détention provisoire au cours d'une procédure terminée à son égard par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement devenue définitive a droit, à sa demande, à réparation intégrale du préjudice moral et matériel que lui a causé cette détention¹³⁵. Dans ces hypothèses, on se trouve à la limite entre un régime d'indemnisation de plein droit et un régime de responsabilité, la responsabilité sans faute aboutissant à une socialisation du risque.

B – Les risques étrangers à l'activité de la puissance publique

Les autorités publiques se trouvent de plus en plus fréquemment impliquées dans la gestion des risques, qu'il s'agisse de l'encadrement des activités des assureurs ou du développement des systèmes de solidarité. En outre, face à des préjudices pour lesquels aucune responsabilité ne peut être mise en cause, l'intervention du législateur a été nécessaire afin, en particulier, de préciser les conditions d'indemnisation des victimes. Cette socialisation du risque s'est traduite par le développement de systèmes combinant l'assurance et la pure

131. CE, Ass., 30 mars 1966, *Cie générale d'énergie radioélectrique*, rec. p. 257 ; CE, 29 décembre 2004, *Almayrac et autres*.

132. CE, 4 octobre 1999, *Syndicat des copropriétaires des 14-16 boulevard Flandrin*, rec. p. 297, à propos de l'immunité de juridiction reconnue à l'État.

133. CE, Sect., 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*, rec. p. 113 ; CE, Sect., 7 décembre 1979, *Sté « Les fils de Henri Ramel »*, rec. p. 456, concl. Genevois, D. 1980 p. 303.

134. CE, Sect., 28 octobre 1949, *Sté des ateliers du Cap Janet*, rec. p. 450.

135. Dans un cas récent d'acquiescement après des détentions provisoires prolongées (affaire dite d'Outreau), l'État a montré sa volonté d'indemnisation rapide.



solidarité, le maintien de systèmes fondés sur l'assurance n'étant pas exclusif d'un certain rôle de la puissance publique.

1. Les raisons et les modalités d'une implication croissante de l'État

1.1. Les raisons

Il existe des **cas dans lesquels aucune responsabilité ne peut être retenue, ni à la charge d'un particulier, ni à celle de la puissance publique**, malgré le développement très important de la mise en jeu de cette dernière.

Il s'agit en particulier de certaines « calamités naturelles » liées aux manifestations des forces de la nature, telles que les inondations, la sécheresse, les séismes. Un autre cas est celui des dommages résultant d'actions terroristes, dont les auteurs ne sont pas identifiables ou sont insolubles au regard du montant des dommages matériels ou corporels occasionnés. Pour le juge administratif, en l'absence de dispositions législatives le prévoyant expressément, la responsabilité de l'État ne pouvait être engagée sur le fondement du risque du fait d'actes de terrorisme survenus sur le territoire français¹³⁶.

Ces **phénomènes**, au surplus, ne sont généralement **pas assurables**, soit que les assureurs ne disposent pas de modèles permettant de déterminer la prime nécessaire à une couverture optimale, soit que cette prime soit fixée à un niveau trop élevé pour pouvoir rencontrer une demande sur le marché, la possibilité d'assurance demeurant alors théorique. Aussi les dommages causés par des calamités naturelles ont-ils fait longtemps l'objet d'une exclusion dans les contrats d'assurance. L'État est alors intervenu pour encadrer l'action des assureurs et permettre que s'exerce une certaine solidarité nationale dans les cas les plus graves. C'est ainsi en particulier que s'est développé le recours à des fonds.

La puissance publique ne peut donc se désintéresser des conséquences, parfois très lourdes, de ces types de préjudice pour les particuliers et les entreprises. D'abord parce que **l'attente à l'égard de l'État est forte**. Ensuite parce qu'il a un rôle à jouer à l'égard des plus défavorisés et des plus démunis, ainsi de la population non assurée, soit que celle-ci ne dispose pas des moyens nécessaires, soit qu'elle n'entre pas dans les critères classiques permettant d'accéder à l'assurance, comme c'est le cas pour certains malades ; ainsi aussi des victimes d'un dommage dont l'auteur est insolvable ou non identifiable.

De sérieux inconvénients peuvent par ailleurs résulter de la tendance actuelle à la **segmentation des risques** : la population assurable est scindée en sous-populations, ce qui ne permet pas toujours une mutualisation suffisante faute d'atteindre une masse critique d'assurés. Les problèmes récents à propos des assurances pour certaines spécialités médicales en sont un exemple (*cf. infra*).

136. CE, 28 mai 1984, *Société française de production*, rec. p. 728 ; CE, Sect., 29 avril 1987, *Consorts Yener et Consorts Erez*, rec. p. 152.



Il faut donc pour certains risques imposer une mutualisation élargie, proche de la solidarité, car si seules les personnes les plus exposées acceptaient de s'assurer, dans ce cas encore soit les primes d'assurances atteindraient des niveaux peu supportables, soit les sociétés d'assurance refuseraient d'assurer (inondations par exemple).

1.2. Les modalités d'intervention de la puissance publique

Outre le rôle traditionnel des pouvoirs publics et du législateur en particulier pour encadrer les activités d'assurance, des régimes législatifs spéciaux sont venus instituer des **régimes de responsabilité particuliers dans certains secteurs sensibles.**

De tels régimes existent par exemple dans le domaine de la circulation aérienne, des transports maritimes ou pour les dommages d'origine nucléaire, secteurs qui font l'objet au demeurant de dispositions de droit international (*cf. infra*).

Autre exemple, l'article 1386-1 du Code civil sur la responsabilité du producteur du fait de produits défectueux prévoit, en conformité avec le droit communautaire, que le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime. Dans le domaine médical, les lois du 4 mars et 31 décembre 2002 consacrent la responsabilité sans faute des établissements de santé pour les infections nosocomiales (*cf. infra*).

D'autres régimes, en raison des dommages en cause, visent avant tout à assurer une indemnisation des victimes, la réparation étant alors dissociée de l'imputation : tel est le cas du régime d'indemnisation des victimes d'infractions prévu par l'article 706-3 du Code de procédure pénale¹³⁷, de l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation (loi du 5 juillet 1985), de l'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme (loi du 9 septembre 1986).

La socialisation ne suppose pas nécessairement une prise en charge sur fonds publics et peut se faire par d'autres moyens : fixation d'un taux de prime unique ; répartition entre les assureurs des « mauvais risques » par la puissance publique ; réglementation stricte du contenu de certains contrats avec une offre minimum imposée ; couverture globale d'une population sans possibilité d'exclusions.

L'assurance obligatoire permet une socialisation du risque en organisant la solidarité. Pour organiser la solvabilité de l'auteur potentiel de dommages et protéger ainsi la victime, l'État va multiplier les obligations d'assurance à un point tel qu'« *il n'est pratiquement plus possible aujourd'hui d'entreprendre ou d'exercer la moindre activité sociale ou professionnelle sans s'assurer* »¹³⁸. De fait, il existe plus d'une centaine d'assurances obligatoires¹³⁹ depuis l'assurance des véhicules terrestres à moteur¹⁴⁰ jusqu'à celle des

137. Loi n° 77-5 du 3 janvier 1977, loi n° 90-589 du 6 juillet 1990 ; pour l'application aux ressortissants des États membres de l'Union européenne, *cf.* CJCE, aff. 186/87, *Cowan*, 2 février 1989.

138. François Ewald, « La société assurantielle », *Risques – Les Cahiers de l'assurance*, n° 1, 1990.

139. Bernard Foussat, « La solidarité et les assurances obligatoires », *Actes du colloque du 10 novembre 1999 organisé par l'AIDA, RGDA 2002*, n° 3.

140. Articles L. 211-1 et s. du Code des assurances.



gérants de pharmacie en SARL ¹⁴¹, en passant par celle des exploitants d'établissements destinés à l'enseignement de la danse ¹⁴². La solution peut aussi être celle d'un supplément de prime (« surprime ») obligatoire dans le cadre de contrats d'assurance portant sur d'autres risques que celui objet de ce supplément, ce qui permet, en touchant de nombreux assurés, d'organiser une mutualisation suffisante. Ainsi, les contrats d'assurances garantissant les dommages à des biens comportent une surprime ouvrant droit à la garantie catastrophes naturelles. La loi du 13 juillet 1982 sur les catastrophes naturelles, par cette extension obligatoire de garantie dans un contrat lui-même facultatif ¹⁴³, a permis de faire contribuer des particuliers ou personnes morales à l'assurance de risques auxquels ils sont peu voire ne sont pas exposés eux-mêmes. Il s'agit bien là d'une forme de socialisation du risque. Il n'y a guère de mesure, en effet, entre le risque d'inondation par catastrophe naturelle d'un appartement situé dans un étage élevé et celui encouru par une maison en bordure de rivière sujette à crue.

Certains systèmes d'assurances obligatoires prévoient en outre, en cas de refus d'assurance, l'intervention d'un Bureau central de tarification qui peut fixer un tarif et imposer à un assureur de conclure le contrat. Ce mécanisme, qui existe pour les risques automobiles ou construction et pour les assurances médicales, est très contraignant pour l'assureur qui n'a plus le choix des risques qu'il assure.

Au travers des régimes et des couvertures obligatoires, l'assurance conserve certes sa finalité individuelle (protéger son patrimoine), mais acquiert aussi une dimension sociale. L'obligation d'assurance « *participe à l'acte de solidarité* » ¹⁴⁴.

On peut voir une forme de socialisation du risque, en amont, dans la recherche de solutions pour permettre aux malades contaminés par le VIH et d'autres maladies graves de s'assurer lorsque cette assurance est la condition de réalisation d'un projet (prêt immobilier par exemple). Il s'agit, sans dériver vers une « antisélection », **d'éviter que la définition de classes de risques n'exclue systématiquement certaines demandes d'assurance**. La convention, conclue entre les établissements de crédit, les assureurs, les associations de malades et de consommateurs et les pouvoirs publics, favorise l'accès au crédit malgré un problème de santé. Elle instaure une section de médiation, qui peut être saisie en cas de difficulté.

Les pouvoirs publics ne peuvent non plus se désintéresser de la question de la **limitation dans le temps de la garantie des contrats** en fonction de la date des réclamations et de la prise en charge du « passé inconnu ». Cette question difficile a donné lieu à des décisions jurisprudentielles qui ont elles-mêmes entraîné des modifications législatives.

Les assureurs, qui souhaitent être à même de limiter dans le temps leur garantie, estiment que c'est dans la période de validité du contrat que devrait se situer, pour qu'il y ait indemnisation, la réalisation du dommage et la réclamation (clauses « claims made »), ce qui n'exclut pas que les parties puissent

141. Article L. 5125-17 du Code de la santé publique.

142. Article L. 462-1 du Code de l'éducation.

143. Toutefois, un locataire est tenu de souscrire un contrat multirisques habitation.

144. Bernard Foussat, « La solidarité et les assurances obligatoires », *Actes du colloque du 10 novembre 1999 organisé par l'AIDA, RGDA 2002*, n° 3.



décider de faire figurer dans le contrat des clauses de reprise du passé prévoyant également une indemnisation pour des dommages survenus à une date antérieure à la prise d'effet du contrat. De même, des clauses de « *garantie subséquente* » permettent d'indemniser des dommages intervenus pendant la durée du contrat mais pour lesquels la réclamation est faite postérieurement, ceci à condition qu'elle intervienne dans un délai limité. Les assurés et victimes ont une autre façon de voir les choses. Ils craignent une grande insécurité et souhaitent que le contrat garantisse tous les sinistres survenus pendant sa durée, même si la réclamation intervient ultérieurement, ce qui suppose de raisonner en termes de fait générateur.

La Cour de cassation, par une série d'arrêts rendus le 19 décembre 1990¹⁴⁵, a jugé qu'étaient nulles les clauses des contrats d'assurance qui subordonnent l'indemnisation de la victime au dépôt par cette dernière d'une réclamation dans un délai limité, inférieur au délai de prescription de droit commun. Elle a considéré en effet que de telles stipulations revenaient à créer un avantage illicite, car dépourvu de cause, au profit du seul assureur, qui percevait alors des primes sans contrepartie, et qu'elles méconnaissaient par conséquent les dispositions combinées de l'article 1131 du Code civil et de l'article L. 124-1 du Code des assurances, qui, en matière d'assurance de responsabilité, n'impose aucune condition de délai particulière pour la réclamation élevée par l'assuré.

Il n'entraînait cependant pas dans les compétences du juge civil de se prononcer sur la légalité des dispositions réglementaires de contrats types qui autorisaient la limitation dans le temps des clauses de garantie. Par une décision du 29 décembre 2000, *Consorts Beule*, le Conseil d'État rejoignait la Cour de cassation en jugeant que de telles dispositions étaient illégales car contraires à l'article 1131 du Code civil. Les conséquences de ces jurisprudences ont inquiété les assureurs, par l'insécurité qui en résultait et le caractère financièrement difficile à supporter car imprévisible de certains risques si l'on raisonnait purement en termes de fait générateur, c'est-à-dire sans fixation d'un délai maximum entre la date du fait générateur et celle du dommage ou de la réclamation. Il appartenait donc au législateur d'intervenir, ce qu'il a fait, d'abord pour la responsabilité civile médicale, en prévoyant un délai de cinq ans maximum à compter de l'expiration du contrat pendant lequel les réclamations pour les sinistres résultant d'un fait générateur survenu pendant la période du contrat permettront la couverture par la garantie¹⁴⁶. De même, le législateur est intervenu pour les règles relatives aux assurances de dommages¹⁴⁷ en prévoyant que la garantie de l'assureur sera maintenue au moins pendant cinq ans après la résiliation du contrat (clause de garantie subséquente). Il revenait ainsi au législateur de rechercher un équilibre entre, d'une part, les droits des assurés et des victimes et, d'autre part, des conditions permettant aux sociétés d'assurance de garantir les dommages avec une prévisibilité financière suffisante, sauf à les voir se retirer du marché.

145. Cass. civ., 19 décembre 1990, Bull. civ. I n° 303 ; voir aussi Cass. civ., 16 décembre 1997.

146. Article L. 251-2 du Code des assurances, issu de la loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002.

147. Article L. 124-5 du Code des assurances, issu de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003.



La garantie de l'État apportée à la Caisse centrale de réassurance est également une modalité de l'intervention de l'État aux côtés des assureurs pour faire face à la couverture de certains risques exceptionnels qui justifient le recours à la solidarité.

La réassurance est un contrat par lequel l'assureur transfère, moyennant une prime, sur une autre personne, le réassureur, tout ou partie du risque qu'il a assumé. Malgré ce transfert de risque, l'assureur reste seul responsable vis-à-vis de l'assuré. L'assureur doit déterminer la somme maximale qu'il peut supporter à raison d'un sinistre sans compromettre le sort de la mutualité dont il a la charge : c'est le « plein ». Ayant déterminé le montant maximal qu'il peut lui-même engager sur un risque donné, il transférera le surplus à un réassureur. La réassurance peut être proportionnelle : la part du réassureur est déterminée en fonction du capital garanti par le cédant ; le réassureur reçoit la part de prime correspondante et supporte les sinistres dans la même proportion. La réassurance peut être non proportionnelle, elle n'est alors pas fondée sur les risques couverts, mais sur les risques réalisés, et la part de la réassurance est soit calculée affaire par affaire (réassurance en excédent de sinistres), soit forfaitairement pour l'ensemble des sinistres d'un exercice déterminé (réassurance en excédent de pertes). Les opérations de réassurance s'appliquent essentiellement aux assurances dommage.

Activité essentiellement internationale, les trois quarts des cotisations étant cédées sur le marché international, la réassurance constitue un marché fortement concentré : en 2003, les cinq premiers réassureurs réalisaient plus de 47 % du chiffre d'affaire mondial. On comprend dès lors les craintes suscitées lorsque les principaux réassureurs annoncent qu'ils se désengagent de certains risques, ainsi du risque terroriste après le 11 septembre 2001, et l'attente, dans ce cas, d'une action des pouvoirs publics, comme assureurs de dernier recours ou pour imposer des mécanismes de socialisation du risque face à des risques exceptionnels.

En France, la Caisse centrale de réassurance (CCR), à l'origine établissement public, devenue société anonyme en 1992, a parmi ses fonctions celle de réassureur ultime de certains régimes spéciaux et celle de gestionnaire de fonds d'indemnisation. Les principales opérations effectuées par la CCR avec la garantie de l'État portent sur les risques exceptionnels et les risques nucléaires¹⁴⁸, les risques de catastrophes naturelles et les risques d'attentats ou d'actes de terrorisme. Le chiffre d'affaires brut de la CCR, qui s'est élevé en 2003 à 1,162 milliard d'euros, correspond pour 59 % à ses activités de réassurance avec garantie de l'État et pour 41 % à ses activités de réassurance traditionnelle.

148. Il s'agit d'assurer ou de réassurer les « *risques résultant de faits à caractère exceptionnel, tels qu'états de guerre étrangère ou civile, atteintes à l'ordre public, troubles populaires, conflits du travail, lorsque ces risques naissent de l'utilisation de moyens de transport de toute nature, ou se rapportent à des biens en cours de transport ou stockés* » (articles L. 431-4 et L. 431-5 du Code des assurances). La CCR, agissant avec la garantie de l'État, est également chargée d'octroyer les couvertures prévues par les lois n° 65-956 du 12 novembre 1965 et n° 68-943 du 30 octobre 1968 pour les exploitants de navires et d'installations nucléaires.



2. Au carrefour de l'assurance et de la solidarité

2.1. Le recours aux fonds d'indemnisation

Le développement d'un système mixte mêlant solidarité et assurance s'est en particulier traduit par le recours à des fonds d'indemnisation, en réponse à une attente des victimes comme des responsables politiques ou économiques.

2.1.1. Pourquoi des fonds ?

L'articulation entre le droit commun de la responsabilité, impliquant que les dommages doivent être réparés par ceux qui les ont causés, et l'émergence d'un véritable droit à indemnisation, corollaire d'un « droit au risque zéro », a ses limites. Elle repose sur deux piliers : la faute et la solvabilité du fautif. Quelles que soient les avancées réalisées, que l'un ou l'autre vienne à manquer, et le système ne fonctionne plus. Les fonds apparaissent alors comme un relais pour poursuivre l'objectif d'indemnisation.

L'un des atouts des fonds est de **séparer la question de la responsabilité de celle de la réparation**, celle-ci pouvant intervenir alors même qu'aucune responsabilité n'est susceptible d'être mise en cause ou que la détermination de la responsabilité est *a priori* délicate. Il y a déconnexion entre l'auteur du dommage et le débiteur de l'indemnisation ; une fois celle-ci réalisée, le fonds, sauf exception subrogé dans les droits de la victime, dispose d'une action récursoire à l'encontre du ou des responsables.

Les fonds permettent ainsi **d'accorder une indemnisation prioritaire aux victimes**. Ils conjuguent souvent les principes de responsabilité et de solidarité selon des dispositifs de réparation des risques qui, en réalité, font largement appel aux mécanismes de l'assurance. La plupart des fonds mêlent en effet indemnisation automatique *a priori* et action récursoire en responsabilité. Le mélange responsabilité/solidarité est d'ailleurs la condition de l'équilibre de ces fonds. Aspect important, les fonds peuvent permettre un financement conjoint État/assurés qui combine ainsi **mutualisation et solidarité nationale**. Certains fonds reposent sur une logique de pure solidarité.

Les fonds se distinguent de la protection sociale, par exemple, en ce qu'ils ne visent à résoudre que des cas spécifiques dans lesquels la sécurité sociale ou les assurances ne peuvent indemniser les victimes, ou ont pour objet d'allouer rapidement une indemnité à la victime. Ils sont donc complémentaires des autres mécanismes de socialisation des risques. En corollaire, le fonds n'est pas civilement responsable des dommages qu'il indemnise. La mise en place des fonds ne doit pas être interprétée comme une reconnaissance par l'État d'une responsabilité quelconque dans l'origine de ces dommages, même si elle ne l'exclut pas comme elle n'exclut pas la responsabilité éventuelle de tout autre acteur.

Les fonds se caractérisent généralement par un système de réparation forfaitaire ou plafonnée qui laisse à la charge de la victime une part des dommages. Néanmoins, pour ce qui concerne la réparation des dommages corporels, le principe retenu par le législateur est plutôt celui d'une réparation intégrale.

Le principal avantage de ces fonds est de permettre d'accélérer la réparation du dommage et de répondre aux attentes essentielles des victimes en termes de



réparation financière. Par le jeu des **recours subrogatoires**, ces fonds procèdent ensuite aux démarches nécessaires au recouvrement à la place de la victime qui ne dispose pas des mêmes moyens financiers et techniques. La fonction morale de la responsabilité qui commande que le dommage soit réparé par son auteur est donc en principe maintenue, puisque les fonds ne prennent en charge cette dette qu'à titre temporaire et subsidiaire. Il est vrai cependant que l'exercice de ces recours est souvent aléatoire (*cf. infra*).

De façon générale, face au développement des risques sociaux, on assiste à **l'extension des fonds à objectif général**, ainsi de l'extension du rôle du fonds de garantie contre les accidents de circulation et de chasse¹⁴⁹ ou de la loi n° 77-5 du 3 janvier 1977 garantissant l'indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction. Devant le Sénat, le rapporteur du projet dont est issue cette loi soulignait que « *la délinquance doit être considérée aujourd'hui comme un problème de société, au même titre que la lutte contre la maladie ou contre les calamités naturelles. Il est donc du devoir de l'État d'avoir recours aux fonds publics pour financer l'indemnisation dont il s'agit* »¹⁵⁰. Pour le rapporteur à l'Assemblée nationale : « *Ce projet traduit une conception nouvelle de la société en instituant une sorte de socialisation des risques et en s'efforçant de remédier à une injustice par la solidarité nationale vis-à-vis des victimes de la délinquance* »¹⁵¹. Mais cette évolution s'accompagne aussi d'un **essor des fonds spécialisés** qui relèvent des situations de catastrophes ou de sinistres sériels. Ces fonds prennent en charge des risques spécifiques (amiante, VIH, terrorisme). Les statuts des différents fonds sont très divers : personne morale de droit privé, établissement public administratif, simple ligne budgétaire.

2.1.2. Les différents fonds

Certains fonds ont pour objet de **répondre à des risques naturels ou sociaux**. S'agissant des catastrophes naturelles les victimes se retrouvaient la plupart du temps sans recours en responsabilité possible et ne devaient d'éventuelles réparations qu'à la pression sociale qui entraînait une intervention exceptionnelle de la puissance publique sous la forme d'une aide forfaitaire. Des mécanismes d'intervention de droit commun sont apparus progressivement indispensables, notamment pour répondre aux risques naturels, mais aussi à d'autres risques. La plupart de ces fonds répondent plus que d'autres à une logique de pure solidarité.

Il peut s'agir d'assurer la réparation de **dommages ne se rattachant à aucune responsabilité**. L'exemple typique de cette situation est celui des **calamités agricoles**, qui, en outre, ne sont pas considérées par le législateur comme des risques naturels assurables (article L. 125-5 du Code des assurances). Le **fonds**

149. Devenu le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages.

150. Edgar Tailhades, rapporteur de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du règlement et de l'administration générale, Sénat, séance du 2 juin 1976, *JO des débats du Sénat*, p. 1516.

151. Claude Gerbet, rapporteur de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Assemblée nationale, séance du 25 novembre 1976, *JO des débats AN*, p. 8681.



de garantie des calamités agricoles (FGCA) qui n'est qu'une ligne de crédit gérée par la caisse centrale de réassurance, a été créé par la loi n° 64-706 du 10 juillet 1964, reprise aux articles L. 361-1 et suivants du Code rural. Il vise à indemniser les dommages matériels touchant les sols, les récoltes, les cultures, les bâtiments, le cheptel affectés aux exploitations agricoles et consécutifs à des « *variations anormales d'intensité d'un agent naturel, lorsque les moyens techniques de lutte préventive ou curative employés habituellement n'ont pu être utilisés ou se sont révélés insuffisants ou inopérants* »¹⁵². Sous réserve de l'hypothèse, somme toute très théorique, d'un engagement de la responsabilité de la puissance publique pour absence ou insuffisance de mesures de prévention, la nature même du sinistre exclut dans la plupart des cas la notion de faute.

Autre exemple, la loi n° 56-780 du 4 août 1956 a créé un **fonds de secours aux victimes de sinistres et calamités**. Depuis, la couverture des dommages provoqués par les catastrophes naturelles a été améliorée.

Dans le domaine médical, l'aléa thérapeutique est un accident médical dans l'origine duquel aucune faute ne peut être mise en cause. Son indemnisation est désormais assurée par **l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM)**, établissement public créé par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002¹⁵³, qui prend en charge la réparation des dommages à partir d'un taux d'incapacité permanente de 24 %. Il assure également, au-delà d'un certain niveau de gravité (IPP supérieure à 25 %) l'indemnisation des dommages causés par une infection nosocomiale (*cf. infra*).

Depuis la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003, le **fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO)**¹⁵⁴ a reçu compétence pour indemniser les dommages corporels causés par des animaux sans propriétaire (« *res nullius* ») tels que le gibier, à condition toutefois que ces dommages résultent d'un accident de la circulation sur le sol.

Les fonds peuvent aussi avoir pour objet d'indemniser les victimes lorsque **le responsable n'est pas identifié, n'est pas assuré ou est insolvable**. Ainsi, le **FGAO** intervient lorsque l'auteur du dommage est connu mais non assuré. Peu importe que le responsable soit solvable. L'objectif est clair : il s'agit d'indemniser rapidement la victime, le fonds assumant la longueur et les aléas des procédures contre les tiers responsables. Le FGAO traite aussi les cas dans lesquels l'auteur du dommage est assuré mais se trouve privé des garanties souscrites soit du fait d'un refus de l'assureur opposable à la victime soit en raison de la défaillance de la société d'assurance. Depuis la loi de sécurité financière, cette dernière hypothèse d'intervention du fonds a été étendue aux entreprises d'assurances obligatoires de dommages. **L'ONIAM** joue en matière de responsabilité civile médicale un rôle comparable et se substitue à

152. Article L. 361-2 du Code rural.

153. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

154. Institué par la loi n° 51-1508 du 31 décembre 1951, ses attributions n'ont pas cessé de s'étendre. La dénomination actuelle du fonds est issue de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière. Les dispositions législatives relatives au fonds sont codifiées aux articles L. 421-1 et suivants du Code des assurances.



l'assurance lorsque le responsable des dommages n'est pas assuré ou l'est insuffisamment.

Le FGAO intervient également lorsque l'auteur du dommage est inconnu. Le fonds indemnise alors dans les mêmes conditions que lorsque l'auteur est connu et insolvable à une exception toutefois : les dommages matériels consécutifs à un accident impliquant un véhicule terrestre à moteur ne sont pris en charge que s'ils s'accompagnent de dommages corporels.

La loi n° 77-5 du 3 janvier 1977 a instauré le premier **système d'indemnisation publique pour les victimes d'infractions pénales** sous la forme de commissions d'indemnisation (CIVI) instituées dans le ressort de chaque tribunal de grande instance. La Cour de cassation a bien marqué que cette indemnisation ne signifiait nullement la reconnaissance d'une faute de l'État mais qu'elle procédait du principe de solidarité¹⁵⁵.

Pour ce qui concerne les attentats terroristes, la réponse initiale aux insuffisances de la réparation accordée aux victimes est venue de l'État et des assureurs qui ont adopté en janvier 1983 un nouveau dispositif prudentiel. Ce dispositif prévoit que les sociétés d'assurance proposent à leurs assurés la garantie des dommages matériels directs résultant d'incendie ou d'explosion provoqués par des attentats. Le **fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme** a été créé par une loi du 9 septembre 1986. Il est devenu le **fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI)** en 1990¹⁵⁶.

Le fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles victimes de contamination par le virus VIH et le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante peuvent être regardés comme permettant d'assurer **une indemnisation fondée sur la solidarité** qui n'est pas exclusive de la responsabilité fautive de l'État pour négligence.

La mise en place du **fonds d'indemnisation des préjudices résultant de la contamination par le virus d'immunodéficience humaine causée par une transfusion de produits sanguins** ou d'une injection de produits dérivés du sang¹⁵⁷ visait en particulier (mais pas uniquement) à indemniser les victimes de contaminations transfusionnelles intervenues à une période où les connaissances, encore lacunaires, sur le virus du SIDA et ses modes de transmission ne permettaient pas d'identifier le risque ni les moyens d'y parer, et partant de mettre en cause des responsabilités. Ainsi que le rappelait, au cours d'un débat passionné, le rapporteur du projet de loi devant l'Assemblée nationale, l'objet du dispositif n'était ni de reconnaître ni d'écarter *a priori* la faute de tel ou tel acteur de la chaîne transfusionnelle, mais, dès lors que la recherche de responsabilités n'aurait permis d'indemniser qu'un nombre

155. Cass. civ., 2^e civ., 21 octobre 1987, Bull. civ. II ; n° 204.

156. Loi n° 90-589 du 6 juillet 1990.

157. Créé par l'article 47 de la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social, le fonds est devenu depuis l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000 le « fonds d'indemnisation des victimes contaminées » (FIVC). Ses attributions ont été reprises par l'ONIAM en 2004 (loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique). Les dispositions législatives applicables sont reprises aux articles L. 3122-1 et suivants du Code de la santé publique ; les dispositions réglementaires figurent aux articles R. 3122-1 du même code.



limité de personnes, de mettre en œuvre « un régime d'indemnisation générale le plus large et le plus juste possible et qui, pour ce faire, ne peut se placer que sur le terrain du risque »¹⁵⁸.

Parfois, le fait générateur du dommage peut être difficile à isoler. Ainsi, les maladies liées à l'exposition à l'amiante « n'apparaissent qu'après de nombreuses années de latence ce qui rend souvent besogneuse la recherche de l'époque de l'inhalation et, par voie de conséquence, celle de l'éventuel responsable »¹⁵⁹. La recherche d'une indemnisation empruntera alors la voie soit de la maladie professionnelle mais qui, sauf faute inexcusable, ne procurera qu'une réparation limitée, soit la mise en jeu de la responsabilité de l'État pour carence fautive. Le **fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA)**¹⁶⁰ ouvre une réparation intégrale pour les personnes ayant obtenu la reconnaissance d'une maladie professionnelle occasionnée par l'amiante sans qu'elles aient à prouver la faute inexcusable mais aussi pour toute personne ayant subi un préjudice en raison d'une exposition à l'amiante sur le territoire national.

2.1.3. Le financement des fonds

Les financements, qui font appel à une solidarité plus ou moins large, sont divers.

L'intérêt des fonds est souvent de permettre des financements croisés combinant mutualisation élargie et solidarité nationale, voire de reconstituer une forme d'assurance par un financement des assurés ou des responsables.

Le fonds de garantie des calamités agricoles (FGCA), simple ligne de crédit, combine solidarité professionnelle et solidarité nationale. Ses ressources proviennent¹⁶¹ d'une contribution additionnelle aux primes ou cotisations des exploitations agricoles (bâtiments, cheptel, véhicules utilitaires), ainsi que d'une subvention inscrite au budget de l'État et dont le montant est au moins égal au produit de ces contributions¹⁶². Deux arguments ont justifié le recours à la solidarité nationale : l'impossibilité de socialiser le risque entre les seuls agriculteurs et la nécessité de protéger un secteur vital de l'économie française. Le financement du fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO) repose sur les automobilistes eux-mêmes dès lors qu'il est alimenté par une contribution des compagnies d'assurances assise sur les primes et les cotisations d'assurance des véhicules terrestres à moteur et par une contribution des automobilistes assurés¹⁶³. Le fonds n'est alors que la continuation de l'assurance par d'autres moyens. Pour l'assuré,

158. Jean-Claude Boulard, rapporteur de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales, Assemblée nationale, 3^e séance du 9 septembre 1991, *JO des débats AN*, p. 7405.

159. André Favre Rochex et Guy Courtieu, *Fonds d'indemnisation et de garantie*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, coll. « Droit des affaires », 2003.

160. Créé par la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001.

161. Article L. 361-5 du Code rural.

162. Des réflexions sont en cours pour le réformer.

163. Application d'un taux fixe sur les primes versées au titre des garanties obligatoires sur les risques de circulation des véhicules à moteur, article L. 421-4 du Code des assurances ; une contribution similaire existe pour le volet « chasse » (article L. 421-8, al. 2 du Code des assurances).



tout se passe comme si la surprime correspondait à un risque particulier : celui d'être victime d'un accident de la circulation dont l'auteur serait inconnu ou non assuré ¹⁶⁴.

Le fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI) est alimenté pour l'ensemble de ses dépenses par une contribution sur les primes des contrats d'assurances de biens.

Autre forme de solidarité, certains fonds sont alimentés par des contributions de la sécurité sociale. Le FIVA est financé par une contribution de l'État et par la branche accidents du travail et maladies professionnelles du régime général de sécurité sociale. L'ONIAM dépend principalement d'une dotation versée par la sécurité sociale (article L. 174-2 du Code de sécurité sociale).

Les fonds perçoivent en outre le produit des recours qu'ils exercent contre la personne responsable du dommage ainsi que contre les personnes ou organismes tenus à un titre quelconque d'assurer la réparation totale ou partielle du dommage.

2.1.4. Le caractère subsidiaire des fonds et les possibilités d'actions subrogatoires

Comme on l'a vu, si les différents fonds d'indemnisation se substituent au débiteur final de la dette pour indemniser les victimes, les droits de la victime leur sont alors transmis selon un mécanisme de transfert de créances prévu par les textes ¹⁶⁵, grâce au mécanisme de subrogation. Ce mécanisme diffère selon les fonds.

Le fonds chargé d'indemniser les hémophiles et les transfusés ne peut bénéficier d'un recours subrogatoire que si la responsabilité a été engagée sur le fondement de la responsabilité pour faute, par exemple en raison de la faute commise par l'Assistance publique pour défaut d'information sur les risques encourus par le patient ^{166, 167}. Ce fonds bénéficie alors du recours subrogatoire à due concurrence des sommes versées au titre des droits que possède la

164. Il serait cependant peu légitime de faire porter sur une majorité d'automobilistes vertueux les conséquences dommageables du comportement d'une minorité de conducteurs. Ces derniers sont (outre l'action récursoire) responsabilisés de deux manières : les auteurs d'accidents non assurés supportent une contribution « *assise sur le montant total des indemnités mises à leur charge à titre de réparation des dommages résultant de ces accidents* » (article R. 421-7 4° du Code des assurances ; disposition similaire pour la chasse : article R. 421-38 2° du Code des assurances) ; « *les amendes prononcées pour violation de l'obligation d'assurance [...] sont affectées d'une majoration de 50 p. 100 perçue, lors de leur recouvrement, au profit du fonds de garantie [...]* » (article L. 211-27 du Code des assurances ; disposition similaire pour la chasse : article L. 421-8 al. 2 du Code des assurances).

165. Articles L. 421-3 et R. 421-16 du Code des assurances pour le FGAO ; article L. 422-1 du Code des assurances, 706-11 du Code de procédure pénale, article 111 de la loi n° 87-1060 du 30 décembre 1987 pour le FGTI ; articles L. 1142-17 et L. 3122-4 du Code de la santé publique pour l'ONIAM ; article 53 VI, al. 1^{er} de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001 pour le FIVA ; article L. 361-14 du Code rural pour le FGCA : dans ce dernier cas, c'est l'État qui est subrogé pour le compte du fonds, à concurrence de l'indemnité versée par ce dernier, dans les droits du sinistré contre les tiers (hypothèse théorique s'agissant de calamités naturelles).

166. Voir CE, 27 février 2002, *Assistance publique de Marseille et fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles*, rec. p. 63.

167. Article L. 3122-4 du Code de la santé publique.



victime contre la personne responsable du dommage. En cas de responsabilité sans faute, le juge refuse d'accorder la subrogation ¹⁶⁸.

Le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante peut, après avoir indemnisé les victimes, exercer un recours subrogatoire en cas de faute. Dans le cadre de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, les victimes d'un acte médical peuvent être indemnisées soit par la compagnie d'assurances de la personne déclarée responsable, soit par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM). Dans les deux cas, un recours subrogatoire a été instauré.

En pratique, les actions subrogatoires menées par les différents fonds ne donnent pas toujours les résultats escomptés. Ainsi, le FGAO ne récupère que 18 % des indemnités versées ¹⁶⁹ ; le FIVA, au 31 mai 2004, avait proposé plus de 8 000 offres de réparations et engagé 61 procédures fondées sur la faute inexcusable de l'employeur. La difficulté est encore plus grande lorsque les responsables du préjudice sont inconnus (terrorisme, infractions par exemple).

La question se pose en outre de la **capacité pour la victime à faire jouer concurremment le mécanisme de solidarité nationale** par le biais des fonds **et la mise en cause du responsable** du dommage devant les tribunaux. Dans le cas de l'indemnisation des transfusés et hémophiles victimes de contamination par le VIH, les juridictions judiciaires et administratives ont donné des réponses différentes à cette question ¹⁷⁰. Alors que le juge judiciaire a estimé qu'une victime ne peut obtenir réparation par les juridictions de droit commun que de chefs de préjudice dont elle n'a pas déjà été indemnisée par le fonds, le juge administratif a quant à lui considéré que l'acceptation d'une offre d'indemnisation par le fonds n'interdisait pas à une victime de rechercher la responsabilité de l'auteur du dommage. Mais il appartiendra alors au juge, le cas échéant d'office, de déduire cette somme du montant de la condamnation mise à la charge de cet auteur.

Pour l'indemnisation des victimes de l'amiante, le législateur a tranché en décidant (loi du 23 décembre 2000) que l'acceptation de l'offre du fonds d'indemnisation emportait désistement ou irrecevabilité des actions juridictionnelles en réparation pour le même préjudice. Les voies de recours juridictionnelles normales restent bien entendu ouvertes pour celles des victimes qui choisissent de ne pas saisir le fonds.

2.2. Quelques exemples : catastrophes naturelles, terrorisme, risques technologiques

Ces exemples démontrent la **complémentarité entre assurance et solidarité élargie** ¹⁷¹. Ils reposent sur un partage des rôles entre l'État et les assureurs.

168. CE, 23 septembre 1998, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris*, rec. p. 338.

169. 17 % par accord amiable et 1 % après procédure contentieuse.

170. Cass., Ass. plén., 6 juin 1997, n° 95-12284 Bull 1997 A.P. n° 8, p. 20 ; CE, avis, 15 octobre 1993, *Consorts Jezequel et Vallée*, rec. p. 280, aux conclusions de Patrick Frydman.

171. Cf. Serge Magnan, « Solidarité et catastrophes naturelles », *Risques*, n° 42.



2.2.1. L'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles

Issu de la loi du 13 juillet 1982, le droit à indemnisation des victimes de catastrophes naturelles, complété par la loi du 25 juin 1990, revêt un caractère original. On a, en 1982, préféré un système d'assurance à la constitution d'un fonds public. Mais **il s'agit d'un système hybride où, là encore, assurance et solidarité élargie, loin de s'opposer, se conjuguent**. L'État joue un rôle à plusieurs titres : il constate l'état de catastrophe naturelle par arrêté interministériel, son intervention conditionne donc la mise en œuvre de l'indemnisation ; il a imposé une extension de couverture de certains contrats, la garantie étant prévue par tous les contrats de dommages aux biens ; il fixe le taux unique de cotisation additionnelle ; surtout, il donne sa garantie à un réassureur, les assureurs pouvant se réassurer auprès de la Caisse centrale de réassurance qui bénéficie elle-même de la garantie de l'État. Les assureurs concluent les contrats, perçoivent les cotisations et versent les indemnisations.

Le taux unique de cotisation est déterminé pour chaque catégorie de contrat et fixé par arrêté ministériel. Des cotisations proportionnelles aux risques encourus par les assurés auraient en effet ruiné le principe de solidarité, alors même que l'objectif du système était de répartir sur l'ensemble des assurés la charge des indemnisations¹⁷². La mutualisation du risque se double en l'espèce d'une forte socialisation de celui-ci puisque les risques individuels varient en réalité considérablement.

Il n'est pas anormal, ni paradoxal, que la puissance publique intervienne pour déclencher l'indemnisation et pour fixer le taux de cotisation dans un système largement fondé sur l'assurance, dès lors que l'équilibre financier de celui-ci doit beaucoup à la garantie accordée par l'État en dernier recours. Les finances publiques et donc la solidarité nationale peuvent en effet être lourdement sollicitées en cas de catastrophe exceptionnelle.

Ce système a plutôt suscité l'admiration à l'étranger. Il a ses partisans et ses détracteurs en France¹⁷³. Il combine à la fois prévention et indemnisation, le niveau des franchises applicables étant lié à l'existence d'un plan de prévention des risques. Il a pu, moyennant des aménagements dans le temps, portant sur l'augmentation des taux de cotisation, sur le relèvement des franchises et sur le réaménagement du schéma de réassurance, faire face à d'importants sinistres tels que les inondations de l'année 1988, puis de la fin des années quatre-vingt-dix, le cyclone aux Antilles en 1995, et les dommages causés aux bâtiments érigés sur certains terrains s'effondrant sous l'effet de la sécheresse. En 2003, la Caisse centrale de réassurance indiquait¹⁷⁴ que, grâce à la mise en œuvre de ces différentes mesures, le système semblait renouer avec l'équilibre, mais qu'il fallait toutefois se garder de tout excès d'optimisme et ne jamais perdre de vue qu'en matière de couverture des risques naturels, les résultats doivent s'apprécier sur une longue période. Aujourd'hui se pose

172. Christophe Guettier, « Indemnisation des victimes de catastrophes naturelles et socialisation du risque », *RGDA*, 1997, n° 3, p. 672.

173. Voir, sur ces points, Patrick Bidan « Indemnisation des catastrophes naturelles : de la naissance vers l'âge adulte », *Risques*, n° 42, juin 2000.

174. « Les catastrophes naturelles en France », CCR, juin 2003.



notamment la question de l'augmentation du taux de cotisation (fixé en septembre 1999 à 12 %) pour faire face, en particulier, aux dommages récurrents dus à la sécheresse et aux inondations.

*« Le système doit, si l'on en juge par la renommée qu'il a acquise, satisfaire l'ensemble des parties prenantes. Il ne paraît pas menacé par quoi que ce soit, sinon peut-être par son succès, et il ne manque pas de bons esprits pour proposer de faire entrer dans le régime des catastrophes de nouvelles espèces de calamités en tout genre : les termites dans les habitations, les algues dans les ports, tout ce qui fait des dégâts et ne trouve pas d'assurance pourrait, selon eux, trouver sa place dans ce régime »*¹⁷⁵.

2.2.2. La couverture du risque terroriste

*« Risque extrême à part »*¹⁷⁶, dont l'occurrence ne peut être analysée par les outils actuariels classiques et pour lequel la victime ne dispose pas d'information sur le niveau auquel elle est exposée, le risque terroriste présente des caractéristiques qui excluent qu'il soit entièrement pris en charge par les assureurs et les réassureurs privés. Sa couverture a justifié une place croissante de la garantie de l'État.

La définition même du risque terroriste n'est pas aisée. Au niveau **international**, aucun accord n'a pu être trouvé dans le cadre de l'ONU faute de parvenir à une définition consensuelle du terrorisme. La résolution 1373 du Conseil de sécurité en date du 29 septembre 2001 érige la lutte antiterroriste au rang de priorité sans proposer de définition de la notion de terrorisme.

En droit interne, si des dispositions législatives s'efforcent de cerner la notion (article 421-1 du Code pénal), la qualification d'acte de terrorisme est effectuée au cas par cas par le ministère public, auquel revient la responsabilité de soumettre les auteurs de l'acte à un régime exorbitant du droit commun. La jurisprudence judiciaire a précisé la notion législative de l'acte terroriste : l'acte doit avoir eu pour but de troubler l'ordre public¹⁷⁷ ; il doit s'inscrire dans une action concertée¹⁷⁸ ; il requiert un minimum d'organisation¹⁷⁹.

■ Les fondements du système : la loi du 9 septembre 1986 et la loi du 10 juillet 1990

La loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État a posé les fondements du système français d'indemnisation des victimes d'actes terroristes. Ces fondements ne feront l'objet d'aucune remise en cause profonde jusqu'au 11 septembre 2001.

175. Jean-Luc de Boissieu, *L'assurance facile*, Éditions Lpm, juillet 2001.

176. Erwann Michel-Kerjan, « Terrorisme à grande échelle ; partage des risques et politiques publiques », *Revue d'économie politique*, septembre-octobre 2003, n° 5.

177. Cass. civ., 28 octobre 1991, RGAT 1992 178, note R. Maurice.

178. Cass. 1^{re} civ., 11 octobre 1983, RGAT 1984 182.

179. Cass. 1^{re} civ., 17 octobre 1995, Bull. civ. I, n° 368.



Avant l'entrée en vigueur de cette loi, la couverture des dommages causés par des actes terroristes était exclue des polices d'assurance. Ces dommages n'étaient pas considérés comme des risques assurables. Dans ces conditions, l'indemnisation des victimes relevait en principe uniquement des pouvoirs publics. Les quelques compagnies d'assurances qui proposaient des polices incluant la couverture du risque terroriste offraient des contrats d'une extrême diversité. La série d'attentats du début des années quatre-vingt a fait prendre conscience de la nécessité de généraliser la couverture des dommages liés aux actes terroristes.

La loi du 9 septembre 1986 innove sur plusieurs points. Sur le plan pénal, elle institue une procédure de répression particulière pour les actes terroristes, centralisée à Paris, et aménage les investigations et les peines. Sur le plan civil, elle institue un mécanisme d'indemnisation des dommages tant corporels que matériels ¹⁸⁰.

S'agissant des dommages corporels, comme on l'a vu, **la loi du 9 septembre 1986 crée un fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme**, financé par un prélèvement sur les contrats d'assurance des biens ¹⁸¹. Ce fonds indemnise toutes les victimes, quelle que soit leur nationalité, d'actes de terrorisme survenus en France à compter du 1^{er} janvier 1985. Le fonds de garantie indemnise intégralement les dommages corporels des victimes blessées et les préjudices moraux et économiques des ayants droit des victimes décédées, compte tenu des prestations versées par les organismes sociaux, publics ou privés. La demande d'indemnisation est adressée directement au fonds de garantie, la victime ou les ayants droit disposant pour ce faire d'un délai de dix ans à compter de la date de l'acte de terrorisme. Le fonds de garantie verse une première provision au plus tard un mois après avoir reçu la demande de la victime pour faire face aux premiers frais. Il présente ensuite par écrit une offre d'indemnisation définitive, au plus tard trois mois après avoir reçu de la victime les justificatifs de ses préjudices ¹⁸². La victime dispose alors d'un délai de réflexion de quinze jours pour accepter l'offre d'indemnisation, entamer une discussion sur son montant, ou la refuser. Dans ce dernier cas, la victime peut saisir le tribunal compétent. **Pour les dommages matériels, la loi met l'indemnisation à la charge des assureurs.** À cette fin, elle crée, pour les contrats d'assurance de biens, une obligation de garantie portant sur le risque terroriste.

La loi n° 90-589 du 6 juillet 1990 complète le dispositif d'indemnisation mis en place en l'étendant aux victimes françaises d'actes terroristes perpétrés à l'étranger. La France paraît alors dotée d'une législation exemplaire applicable aux victimes d'attentats. Le dispositif en place, fondé sur un **partage des rôles**

180. Les dispositions relatives à l'indemnisation des victimes ont été codifiées aux articles L. 126-1, L. 126-2 et L. 422-1 à L. 422-3 du Code des assurances.

181. Articles L. 126-1 et L. 422-1 du Code des assurances.

182. Par ailleurs, d'autres droits sont reconnus aux personnes ayant subi des dommages corporels résultant d'un acte terroriste. En particulier, les ayants droit des victimes décédées sont exonérés de droits de succession. Les victimes d'actes de terrorisme commis depuis le 1^{er} janvier 1982 possèdent également le statut de victime civile de guerre, bénéficiant ainsi des droits et avantages qui en découlent en vertu du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre (attribution d'une pension non cumulable, droit aux soins médicaux gratuits et à l'appareillage, notamment).



entre les pouvoirs publics et des acteurs privés, donne globalement satisfaction. Le fonds de garantie des victimes du terrorisme a, depuis sa création, répondu à des besoins réels. En témoigne son importante activité, puisque du 1^{er} janvier 1985 au 31 décembre 2002, il a traité 2 841 demandes d'indemnisations de victimes d'actes de terrorisme.

■ Les limites du système

Plusieurs difficultés, néanmoins, vont progressivement se faire jour. L'application de la notion d'acte de terrorisme peut être source de difficulté. Le taux de prime est laissé à la liberté contractuelle et varie, en pratique, selon la nature des biens des assurés et leur situation géographique. Des inégalités entre assurés sont ainsi introduites, souvent sans justification économique. En outre, en matière d'indemnisation, le fonds de garantie des victimes du terrorisme et d'autres infractions a pu être mis en porte-à-faux en raison du montant des évaluations du préjudice faites par le juge à l'occasion de procès pénaux. Ainsi, la cour d'assises spéciale de Paris qui a condamné, le 14 octobre 1992, *Max X...*, l'artificier du groupe Action directe, a accordé à la victime une indemnité supérieure à celle octroyée par le fonds.

Enfin et surtout, **les assureurs ont dénoncé, après le 11 septembre 2001, l'insuffisante mutualisation des risques pour la couverture des dommages matériels résultant d'actes terroristes.** Dès l'automne, les assureurs français ont décidé qu'ils ne reconduiraient pas les polices d'assurance les plus risquées à compter du 31 décembre, date à laquelle un grand nombre de contrats arrivaient à échéance. De leur côté, les réassureurs ont annoncé leur intention de ne plus offrir de garantie contre le risque terroriste pour une série de biens incluant les immeubles du quartier d'affaires de La Défense, les sites touristiques les plus fréquentés et les installations pétrochimiques. Cela pouvait aboutir à la disparition de l'ensemble des polices d'assurance dommage-responsabilité des biens visés par l'exclusion. Sans une adaptation du dispositif, certains assurés, et en particulier des entreprises et des collectivités locales jugées spécialement exposées au risque terroriste, se seraient donc trouvés privés de toute couverture pour les biens, y compris pour faire face à des dommages non liés au terrorisme. Cette situation a conduit, pour les dommages matériels, à une refonte du système mis en place par la loi du 9 septembre 1986.

■ Après les attentats du 11 septembre 2001, la création du GAREAT

Des négociations ouvertes à l'automne 2001 par la direction du trésor avec les assureurs ont permis d'aboutir à une solution opérationnelle dès le 1^{er} janvier 2002. Des mesures ont été rapidement prises par les pouvoirs publics¹⁸³ dans le sens d'une **plus grande combinaison entre responsabilité et solidarité** : la Caisse centrale de réassurance (CCR) a garanti les risques du secteur aérien supérieurs à 50 millions de dollars ; des dispositions fiscales ont été prises afin

183. Cf. communiqué du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie du 10 décembre 2001.



de faciliter, dans le bilan des sociétés d'assurances, la constitution de provisions couvrant les risques de terrorisme ; la mutualisation du risque terroriste a été recherchée par la constitution d'un *pool* sous la forme d'un groupement d'intérêt économique, le Groupement des assureurs et des réassureurs des attentats terroristes (GAREAT), qui ne joue cependant que pour les dommages matériels.

Le GAREAT rassemble les sociétés membres de la Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA) et du Groupement des entreprises mutuelles d'assurance (GEMA) pour lesquelles l'adhésion est obligatoire ainsi que les sociétés autorisées à pratiquer une activité d'assurance directe sur le territoire français. Il est financé par une prime versée par les membres du *pool*. Cette prime est déterminée par application d'un pourcentage à l'assiette réglementaire du calcul du versement « catastrophes naturelles », avec un taux variable en fonction des valeurs assurées¹⁸⁴. Les risques sont partagés entre les assureurs, les réassureurs et la CCR, l'État offrant sa garantie illimitée au-delà d'un certain seuil¹⁸⁵.

La garantie offerte par le GAREAT est doublement circonscrite. D'une part, le GAREAT n'intervient que pour l'indemnisation des **dommages matériels** subis par les victimes d'actes terroristes. Il ne joue pas, en revanche, pour les dommages corporels qui demeurent indemnisés par le fonds de garantie des victimes d'actes terroristes créé par la loi du 9 septembre 1986. D'autre part, le GAREAT ne peut être mobilisé que pour **certains types de polices d'assurance** : la police d'assurance doit inclure une branche dommages aux biens et une branche risques techniques ; les capitaux assurés en dommages directs et pertes d'exploitation doivent être supérieurs à 6 millions d'euros ; le risque doit s'être réalisé sur le territoire français¹⁸⁶.

Ce schéma présente cependant deux qualités essentielles : il permet, d'une part, une mutualisation du risque terroriste entre assureurs, tout en limitant l'engagement des réassureurs ; il garantit, d'autre part, l'indemnisation des victimes, grâce à la garantie de l'État, quel que soit le niveau des sinistres au-delà d'un certain seuil. À ce stade, le GAREAT paraît plutôt donner satisfaction. Preuve en est qu'institué initialement pour une année renouvelable, le dispositif a été prolongé.

2.2.3. *Les risques technologiques*

Le législateur est intervenu dans ce secteur pour organiser un **régime mêlant responsabilité et solidarité**. Élaborée à la suite de réflexions et concertations menées après la catastrophe de l'usine Grande Paroisse (AZF) à Toulouse, la loi du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques techniques et naturels et à la réparation des dommages comporte, pour les risques technologiques,

184. De 6 M€ à 20 M€ : 6 % ; de 20 M€ à 50 M€ : 12 % ; au-delà de 50 M€ : 18 %.

185. 1,5 Md€ en 2002 ; 1,75 Md€ en 2003. Le niveau d'intervention de l'État devrait être fixé à 2 Md€ en 2004, 2005 et 2006.

186. Sont notamment exclus les risques de particuliers, les polices de dommages immatériels non consécutifs à des dommages matériels, les risques de vol, pillage, fraude, consécutifs à un attentat ou un acte de terrorisme, les risques d'armes et engins nucléaires, les risques relevant des polices transport, marine et aviation.



outre les mesures en matière de prévention, des dispositions visant à une indemnisation rapide et complète des sinistrés en cas d'accident.

Les contrats garantissant contre les dommages causés à des biens d'habitation ou à des véhicules terrestres à moteur ouvrent droit à la garantie pour les dommages résultant de catastrophes technologiques. L'état de « catastrophe technologique » est constaté par décision de l'autorité compétente. La victime est indemnisée par son assureur ou, si elle n'est pas assurée, par le fonds de garantie automobile, l'assureur de la victime étant subrogé dans les droits de celle-ci à l'égard de l'industriel ou de son assureur. Les principes classiques en matière de responsabilité civile, selon lesquels la charge de la réparation incombe *in fine* au responsable du sinistre¹⁸⁷, trouvent donc à s'appliquer. Sont couverts les dommages liés aux installations « Seveso », au transport de matières dangereuses et à l'exploitation d'installations de stockage souterrain. La réparation doit être intégrale et effective dans un délai de trois mois.

C – Des mécanismes communs

La tendance à l'extension de la couverture des risques sociaux quels qu'en soient les auteurs et l'affirmation du principe de précaution opposable à la puissance publique entraînent la mise en place de mécanismes ou approches convergentes du traitement des risques, que ceux-ci soient dus à des activités relevant des pouvoirs ou collectivités publics ou à celles des acteurs privés.

1. Les risques sociaux liés à l'activité de personnes tant privées que publiques

Si les fondements de la responsabilité des personnes publiques restent différents de ceux des régimes de responsabilité des acteurs privés, les solutions retenues pour la couverture des risques, du moins dans certains domaines, se rapprochent, ne serait-ce que parce que l'idée qu'il puisse y avoir dans les régimes de réparation des divergences substantielles pour des risques comparables est de plus en plus ressentie comme inacceptable.

1.1. L'exemple des accidents du travail

1.1.1. La réparation forfaitaire

Le compromis social prévu par la loi du 9 avril 1898 s'attache à protéger la victime, tout en limitant la responsabilité de l'employeur. Ce système, encore en vigueur aujourd'hui, **allie responsabilité et solidarité pour la couverture d'un risque social, le risque professionnel**. La loi crée pour l'employeur une **responsabilité sans faute**. En d'autres termes, la notion de faute est évacuée et la responsabilité de l'employeur est mise en cause mécaniquement, puisque

187. Cf. décision n° 99-419 DC du Conseil constitutionnel du 15 novembre 1999.

le droit à réparation est fondé sur la notion de risque professionnel. En contrepartie, la victime (ou ses ayants droit) obtient automatiquement une **réparation forfaitaire**, mais ne peut intenter contre lui d'actions en réparation, à l'exception des cas particuliers que sont la faute inexcusable ou la faute intentionnelle de l'employeur, cas dans lequel l'employeur doit prendre entièrement à sa charge la réparation.

Cette réparation forfaitaire est destinée à couvrir la « perte de gain » de la victime. Elle est en effet censée remplacer le salaire ou la part de salaire que la victime ne peut plus percevoir du fait de son incapacité. En revanche, la réparation forfaitaire ne couvre pas les préjudices dits « extra-patrimoniaux ».

Ce système a été repris dans la loi du 25 octobre 1919 concernant l'indemnisation des maladies professionnelles, et surtout comme on l'a vu, dans la loi n° 46-2426 du 30 octobre 1946 sur la prévention et la réparation des accidents du travail et les maladies professionnelles. Désormais, la sécurité sociale se substitue aux employeurs dans la gestion et la réparation du risque « accidents du travail-maladies professionnelles » (AT-MP). Au lieu de verser des primes à leurs assureurs privés, les employeurs versent des cotisations à la branche AT-MP de la sécurité sociale, dont le montant est lié notamment au niveau de risque de la branche dans laquelle se situe l'entreprise¹⁸⁸. La cotisation devient, par ce biais, non seulement un instrument de financement mais également de prévention du risque : les entreprises sont en principe incitées à maîtriser le risque pour faire baisser leur taux de cotisation.

Ce système de réparation est donc **doublement dérogatoire**, par rapport au droit commun de la responsabilité d'une part, et par rapport à la prise en charge habituelle du risque maladie par la sécurité sociale d'autre part.

1.1.2. L'évolution récente : vers un rapprochement avec le droit commun de la responsabilité

■ Un système de plus en plus contesté

Les avantages traditionnels de l'indemnisation des accidents du travail liés aux remboursements rapides et plus généreux que ceux prévus par l'assurance maladie sont devenus moins sensibles avec le développement des assurances complémentaires santé, la multiplication des cas d'« affections de longue durée », la prise en charge à 100 % par la sécurité sociale et la garantie de plus en plus fréquente par les conventions collectives, en cas d'accident ou de maladie, du maintien du salaire pendant une certaine période.

L'indemnisation forfaitaire peut s'avérer fréquemment moins favorable que le droit commun de la responsabilité civile. L'article 1384 du Code civil sur la responsabilité du fait des choses permet aux victimes d'obtenir une réparation sans avoir à prouver la faute de l'auteur du dommage. De plus, il s'agit d'une

188. Dans les activités à risque élevé, où la prise en charge du risque est plus importante, les cotisations sont ainsi plus élevées et la mutualisation plus forte. La branche du bâtiment et des travaux publics, par exemple, fait l'objet d'un système spécifique de tarification depuis 1947.



réparation intégrale, puisque le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage¹⁸⁹.

■ Un système concurrencé par d'autres modes de réparation

La réparation classique des accidents du travail a en outre été concurrencée par le développement d'une responsabilité pénale sur le fondement de la loi du 6 juillet 1990 relative aux victimes d'infractions, codifiée aux articles 706-3 à 706-15 du Code de procédure pénale, et par le développement de régimes spécifiques d'indemnisation dans le champ même des risques professionnels, ainsi par exemple dans le cas des préjudices causés par l'amiante.

■ Une tendance à l'harmonisation de l'indemnisation des accidents du travail et du droit commun de la responsabilité

Que l'employeur soit une personne privée ou une personne publique, ces avancées vont dans le sens d'une meilleure indemnisation et remettent au moins partiellement en cause la philosophie de la loi de 1898.

• La Cour de cassation a considérablement étendu le champ de la « faute inexcusable » de l'employeur et modifié le calcul de la rente.

Par ses arrêts du 28 février 2002 (dont *Société Eternit c/ M^{me} Chavatte et autres*), la Cour de cassation a jugé que l'employeur était tenu à une obligation générale de sécurité, résultant du contrat de travail¹⁹⁰. Elle en a déduit que le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable « lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver ».

Le juge a ainsi affirmé le fondement contractuel de l'obligation qui pèse sur l'employeur. Il s'agit d'une obligation de résultat et non plus simplement de moyens. Le manquement est regardé comme résultant de la réalisation du risque. La Cour a par ailleurs assoupli le lien de causalité exigé (Cass. soc.,

189. Plusieurs facteurs peuvent cependant conduire dans certains cas à un montant de la réparation inférieure dans le droit commun à celle prévue par le régime AT-MP, notamment : la situation individuelle de la victime (âge, état de santé) prise en compte pour calculer les préjudices extra-patrimoniaux ; la prise en compte de la pluralité des causes (notamment du salarié alors que la faute du salarié n'a d'incidence que sur la faute inexcusable et uniquement si celle-ci est regardée elle-même comme une faute inexcusable, ce qui est exceptionnel) ; la disparition de la majoration actuelle de la réparation en cas de faute inexcusable de l'employeur.

Cf. sur ces points, le rapport de Michel Laroque sur la rénovation de la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles (mars 2004).

190. Plusieurs rapports publics récents préconisent la refonte du système actuel de réparation au profit d'une réparation intégrale systématique des accidents du travail et des maladies professionnelles. Rapport de MM. Mass et Zeggar (juin 2001) ; rapport de la Cour des comptes sur *La gestion du risque et des maladies professionnelles* (février 2002) ; rapport Yahiel (avril 2002) ; rapport de M. Laroque (mars 2004). Il s'agirait de faire figurer dans un texte législatif les avancées de la jurisprudence, qui, avec l'extension de la notion de faute inexcusable, conduit à admettre de plus en plus la réparation intégrale du préjudice subi, sur la base d'une action en réparation des préjudices personnels. Le rapport de M. Laroque sur la rénovation de la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles (mars 2004) synthétise différentes études afin d'estimer le surcoût qu'entraînerait une réparation intégrale des accidents du travail et des maladies professionnelles.



31 octobre 2002, *Société Ouest Concassage*). Selon la jurisprudence antérieure, il fallait que la faute ait été la cause « déterminante » de l'accident. Désormais, il suffit que la faute ait été « une cause nécessaire pour que la responsabilité de l'employeur soit engagée, alors que d'autres fautes ont concouru au dommage ». La Cour de cassation a mis fin au calcul de la rente en fonction du degré de gravité de la faute de l'employeur (Cass. soc., 19 décembre 2002, *M^{me} Hervé c/ CPAM d'Angers*), au profit d'une majoration maximale et systématique de la rente. Le calcul antérieur en fonction du degré de gravité de la faute était en effet peu cohérent avec la notion de faute inexcusable. Seule la faute inexcusable du salarié peut justifier désormais une diminution de la rente. Mais cette faute inexcusable est définie de façon restrictive comme une « faute volontaire d'une exceptionnelle gravité, exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience » (Cass., civ. 2^e, 27 janvier 2004).

• **S'agissant des agents publics, le Conseil d'État est revenu sur le principe du « forfait de pension » et a admis le principe d'une indemnisation complémentaire.**

La réparation des accidents du travail des fonctionnaires est légèrement différente de celle prévue pour les salariés de droit privé. Comme on l'a vu, par sa décision du 21 juin 1895, *Cames*, le Conseil d'État a créé la responsabilité pour risque professionnel en jugeant que l'administration était tenue, même en l'absence de faute de sa part, de réparer les dommages corporels subis par ses agents dans l'accomplissement de leurs fonctions. Par un avis du 1^{er} juillet 1905, puis dans une décision du 12 janvier 1906, *Paillotin*¹⁹¹, le Conseil d'État a ensuite posé la règle du **forfait de pension**, qui est d'origine entièrement jurisprudentielle. L'idée qui a prévalu en 1905 était que lorsque le législateur a défini les conditions d'indemnisation des victimes de certains dommages, « le droit commun de la responsabilité de la puissance publique ne s'applique pas ; il s'efface devant les règles législatives spéciales »¹⁹². La définition, par le législateur, d'un droit à pension en cas d'accident du travail a dès lors été interprétée comme conférant un caractère forfaitaire à cette pension. L'agent ne peut prétendre à aucune autre réparation, même en présence de faute de l'administration, ce dernier aspect constituant une différence importante par rapport à l'indemnisation des salariés de droit privé.

Si le « forfait de pension » est aujourd'hui vivement critiqué, ce système était à l'origine très favorable : il offrait une réparation automatique, sans avoir à prouver une faute de l'administration. Il permettait de réparer les préjudices non corporels, à une époque où le régime de droit commun de la responsabilité était encore peu développé.

La réparation par le biais du forfait de pension s'avère aujourd'hui incomplète, par rapport au régime de droit commun de la responsabilité mais aussi par rapport au développement de la responsabilité administrative. Si la réparation forfaitaire à laquelle l'accident du travail ouvre droit est plus avantageuse que les remboursements prévus dans le cadre de l'assurance maladie

191. CE, 12 janvier 1906, *Sieur Paillotin*, rec. p. 36.

192. R. Odent, *Cours de contentieux administratif*, p. 1335.



pour des risques comparables (risque invalidité) elle s'avère souvent sensiblement inférieure à ce que la victime obtiendrait par l'application des règles de droit commun, puisque l'agent ne peut obtenir de réparation au titre de ses souffrances physiques ou morales¹⁹³. Le forfait de pension aboutit fréquemment à des situations inéquitables, qualifiées par le président Odent de « *solutions paradoxales* »¹⁹⁴.

Récemment, le Conseil d'État a opéré des **avancées jurisprudentielles** tendant à ce que la victime soit indemnisée sur la base d'une réparation intégrale. En application des décisions de Section du 15 décembre 2000, *M^{me} Bernard et M. Castanet*, le forfait de pension ne s'applique plus lorsque l'employeur aggrave, par une faute distincte, les conséquences dommageables de l'accident de service. Le Conseil a en outre défini un système beaucoup plus complet de réparation des accidents de service dans sa **décision d'Assemblée du 4 juillet 2003, M^{me} M.-C.**

La solution retenue repose sur un système à trois étages, qui permet de réparer intégralement le préjudice. La décision *M^{me} M.-C.* restreint considérablement le champ d'application du forfait de pension. L'idée principale est que la réparation forfaitaire prévue par les textes en cas d'accidents de service ne couvre que les dommages directement liés à l'atteinte à l'intégrité physique et rien n'interdit au fonctionnaire d'obtenir, sur la base de la responsabilité pour risque (c'est-à-dire sans faute de l'administration), une indemnité complémentaire réparant les chefs de préjudice distincts de l'atteinte à l'intégrité physique. De plus, en cas de faute de l'administration, même simple, l'agent peut demander une indemnité supplémentaire au titre de la perte de revenus.

Cette solution permet de conserver le principe du forfait de pension, tout en ouvrant les possibilités de réparation intégrale pour les victimes. Elle présente aussi l'avantage de renforcer la cohérence entre le régime de réparation applicable aux salariés du secteur privé et celui applicable aux agents publics. Enfin, elle permet de respecter le principe d'égalité devant les charges publiques.

• **Les jurisprudences du juge administratif et du juge judiciaire tendent à se rapprocher.**

Par des raisonnements différents, la Cour de cassation et le Conseil d'État visent donc aujourd'hui à promouvoir **la réparation intégrale** des dommages subis par les victimes d'accidents du travail. Dans le premier cas, la notion de « faute inexcusable » de l'employeur a été étendue et le calcul de la rente modifiée, tandis que dans le second cas, c'est la règle du forfait de pension qui a vu son champ d'application se restreindre afin de permettre l'indemnisation des préjudices personnels.

Les préjudices pris en compte par les deux juridictions sont également de plus en plus comparables, notamment pour ce qui concerne les préjudices

193. CE, Ass., 4 juillet 2003, *M^{me} M.-C.*, rec. p. 323, concl. Didier Chauvaux, RFDA, 2003, n° 5, p. 991.

194. R. Odent, *Cours de contentieux administratif, op. cit.*, p. 1335 et suivantes.



« personnels ». Le Conseil d'État utilise la notion de « troubles de toute nature dans les conditions d'existence », et distingue la fraction de l'indemnité allouée en réparation des troubles physiologiques de celle allouée en raison des autres troubles dans les conditions d'existence¹⁹⁵. Cette distinction est importante puisqu'elle permet de déterminer l'assiette du recours des organismes sociaux. La Cour de cassation a pour sa part restreint le champ de la notion de « préjudice d'agrément », qui couvrait parfois un préjudice physiologique, lequel échappait ainsi à l'action récursoire des caisses de sécurité sociale¹⁹⁶. Cette notion se rapproche ainsi de la notion de « troubles dans les conditions d'existence » qu'utilise le Conseil d'État¹⁹⁷.

1.2. L'exemple de la sécurité sanitaire

Face à la montée de certains risques, souvent d'ordre sanitaire, sources de problèmes de responsabilité et d'indemnisation délicats, le législateur est intervenu pour poser des solutions juridiques et financières applicables au secteur privé comme au secteur public. C'est ainsi qu'il a cherché à résoudre le problème des risques thérapeutiques et de la responsabilité médicale, et à apporter des réponses spécifiques à des crises sanitaires liées aux risques particuliers que sont les risques sériels ou de masse.

1.2.1. La responsabilité médicale et hospitalière, l'indemnisation de l'aléa thérapeutique

Précédée d'une importante **évolution jurisprudentielle**, la loi du 4 mars 2002 a réaffirmé le principe selon lequel la responsabilité en matière sanitaire est avant tout fondée sur la faute, tout en prévoyant de faire jouer la solidarité nationale dans certains cas.

Des avancées jurisprudentielles ont au cours de ces dernières années profondément remodelé les conditions d'engagement de la responsabilité du service public de santé, dans le sens d'une meilleure prise en compte de l'indemnisation des victimes. Cette évolution a été marquée par le déclin de la faute lourde et une extension de la responsabilité sans faute dans des hypothèses assez strictement définies.

■ Le déclin de la faute lourde

La jurisprudence de Section *Dame Vion épouse Loiseau et Dame Philiponneau*, du 8 novembre 1935 (rec. p. 1019) avait posé une distinction fondamentale : une faute simple suffisait à engager la responsabilité de l'hôpital lorsque le dommage était dû à une mauvaise organisation ou à un fonctionnement défectueux du service ou à un acte de soin ; en revanche, une faute lourde était nécessaire lorsqu'il était dû à un acte médical. Le juge entendait ainsi tenir

195. CE, Ass., 14 février 1975, *Société des Eaux de Marseille*, concl. Morisot, rec. p. 124.

196. Cass. soc., 9 novembre 1976, Bull. civ. V, n° 573 ; 21 octobre 1985, Bull. civ. V n° 478 ; Cass. civ. 2^e, 23 octobre 1985, Bull. civ. II n° 163 ; Cass. crim., 26 mai 1992, Bull. crim., n° 210 ; Cass. civ. 2^e, 19 mars 1997, D. 1998 59.

197. Cf. également pour une formulation récente, CE, 15 juillet 2004, *Duval Costa*.



compte de la difficulté particulière de l'art médical et des aléas qui lui sont inhérents.

Au fil des ans, la distinction entre l'acte de soin (que le juge nommait « acte courant et de caractère bénin ») et l'acte médical s'est obscurcie. La frontière entre les actes de soins et les actes médicaux était difficile à tracer, car la technique médicale évolue et le traitement d'un malade nécessite généralement une succession d'actes médicaux et d'actes de soins, eux-mêmes parfois pratiqués aussi bien par des médecins que des infirmiers.

Confronté à cette question, le Conseil d'État a, dans son arrêt de Section *Rouzet*¹⁹⁸, décidé de ne plus se fonder sur des critères organiques tirés de la qualité de l'auteur de l'acte mais sur des critères tirés de la nature de ces actes : les actes ne pouvant être pratiqués que par les docteurs en médecine ou sous la responsabilité et la surveillance directe d'un médecin ne pouvaient engager la responsabilité de l'administration que pour faute lourde ; au contraire, une faute simple suffisait pour les actes pouvant être exécutés par des auxiliaires médicaux qualifiés en dehors de la présence du médecin.

La mise en doute de la pertinence de cette distinction a conduit le Conseil d'État à **réduire progressivement la distinction entre faute lourde et faute simple**.

D'une part le juge a fait peser une obligation de moyen de plus en plus rigoureuse sur le service public hospitalier, en retenant une conception plus large des dysfonctionnements constitutifs de fautes dans l'organisation du service. D'autre part le juge a délimité de plus en plus strictement le champ de la faute lourde, en le cantonnant aux seuls actes médicaux réellement complexes et en retenant à l'inverse une acception large de la faute lourde lorsqu'elle est exigée.

L'aboutissement logique de cette évolution a été l'abandon de l'exigence d'une faute lourde pour les actes médicaux par la décision *Époux V.*¹⁹⁹. *Ce revirement de jurisprudence n'a toutefois pas entraîné un changement radical des obligations qui pèsent sur le service public de santé.* Dans ses conclusions sur l'affaire *Époux V.*, le commissaire du gouvernement précisait la portée de la décision : « *il s'agit, à propos des actes accomplis par le médecin hospitalier et selon la nature de chacun d'eux, de faire passer la limite de la responsabilité pécuniaire de l'établissement entre d'un côté l'erreur isolée, la maladresse légère ou l'imprudence minime explicable par une situation d'urgence – disons l'erreur non fautive –, et de l'autre côté la faute, c'est-à-dire l'option ou le geste clairement contraire aux règles de l'art. À notre avis, cette description ne va guère au-delà de ce que fait la tendance dominante de votre pratique jurisprudentielle, qui étend assez largement le domaine de la faute indemnisable (en prenant notamment en compte la gravité des conséquences de l'acte) et qui réserve l'erreur non fautive à l'impondérable et à l'imprévisible, aux aléas indissociables de toute intervention médicale sur le corps humain. Il ne s'agit ni de transformer l'obligation de moyen en obligation de résultat, ni d'assimiler la faute médicale à d'autres fautes. Il*

198. CE, Sect., 26 juin 1959, rec. p. 405.

199. CE, Ass., 10 avril 1992, *Époux V.*, rec. p. 171.



est entendu qu'il s'agit d'une faute spécifique régie par les lois particulières de la discipline en cause. Dans tout régime de responsabilité pour faute, le seuil de la faute se place d'ailleurs à un niveau déterminé par la nature et la difficulté de l'action entreprise, sauf dans les cas où la difficulté n'est pas la seule considération prise en compte. La médecine n'est pas un de ces cas. » La notion de « *faute médicale de nature à engager la responsabilité de l'hôpital* » laisse donc place à une marge d'appréciation du juge, en fonction de la nature et de la difficulté des tâches en cause, et doit être distinguée de la simple erreur ou maladresse. La jurisprudence des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel depuis 1992 ne va pas dans le sens d'un accroissement sensible du nombre de cas dans lesquels la responsabilité des hôpitaux est retenue pour des actes médicaux. Le juge administratif a continué d'apprécier l'activité médicale à la lumière des difficultés spécifiques qui sont les siennes et d'éviter la confusion entre la faute et l'erreur, la maladresse ou l'impondérable qui participent de manière parfois inéluctable aux aléas propres à tout acte médical. La véritable césure dans la jurisprudence est plutôt l'atténuation de la portée concrète de l'exigence d'une faute lourde dans les années quatre-vingt²⁰⁰.

L'abandon de la faute lourde était en outre intervenu dès 1966 pour le cas de la surveillance des malades mentaux. Il a été confirmé pour l'activité des SAMU²⁰¹ et étendu à des hypothèses dans lesquelles l'État est responsable de dommages subis à l'occasion de soins pratiqués dans un établissement public de santé : transfusion sanguine²⁰², hospitalisation d'office des malades mentaux²⁰³.

En outre, s'il revient en principe à la victime d'apporter la preuve de la faute, l'évolution de la jurisprudence montre **un recours accru soit au renversement de la charge de la preuve, soit à une présomption irréfragable de faute**. Or en matière médicale, le problème est souvent moins la charge de la preuve que la possibilité même de pouvoir prouver quoi que ce soit.

L'examen de la jurisprudence permet de distinguer plusieurs types de fautes : la faute dans l'organisation et le fonctionnement du service, qui se traduit par des erreurs et défaillances administratives, des retards, des relations défectueuses entre le médecin et le personnel paramédical, l'absence de personnel compétent, le défaut de surveillance des malades ; la faute dans les soins paramédicaux ; la faute médicale, résultant d'une erreur de diagnostic, d'un mauvais choix thérapeutique, d'une faute dans l'exécution du traitement ou de l'opération, d'une faute à l'occasion d'actes médicaux d'investigation ; le manquement à l'obligation d'information et le défaut de consentement.

Dans ce dernier domaine, il convient de relever la montée en puissance de la **question du consentement libre et éclairé du patient**. Ce principe a été progressivement incorporé au droit positif et figure aujourd'hui dans le Code de

200. Voir Christine Maugüé, *Droit médical et hospitalier*, Litec.

201. CE, Sect., 20 juin 1997, *Theux*, p. 254.

202. CE, Ass., 9 avril 1993, *M.D.*, p. 110.

203. CE, 14 avril 1999, *Société Assurances générales de France c/ Commune d'Anctoville*, rec. tab. p. 921.



déontologie médicale, le Code civil et le Code de la santé publique²⁰⁴. Le patient, pour donner un consentement éclairé, doit disposer des informations nécessaires pour prendre sa décision : nature de l'intervention, raisons pour lesquelles elle est préconisée par le médecin, aléas de l'intervention.

Le juge administratif applique désormais la théorie de la perte de chance, qui conduit dans ce cas à proportionner la réparation à la probabilité d'un refus du malade dûment informé de se prêter à l'intervention²⁰⁵. Sur ce point, il se rapproche des solutions retenues par le juge judiciaire. Auparavant, le juge administratif, qui n'appliquait pas la théorie de la perte de chance, condamnait l'hôpital qui avait manqué à son obligation d'information à réparer l'entier préjudice. Mais les conditions pour admettre l'existence d'un manquement restaient à l'inverse sévères. Cette évolution a contribué à la consécration du principe par la loi du 4 mars 2002.

■ **La responsabilité sans faute : les jurisprudences *Bianchi* et *Gomez*, éléments « précurseurs » de la socialisation des risques dans le domaine médical ?**

Les arrêts *Gomez* (CAA de Lyon, 21 décembre 2000, rec. p. 498) et *Bianchi* (CE, Ass., 9 avril 1993, rec. p. 127 concl. Daël) ont pu paraître audacieux : alors que, jusque-là, la faute restait au cœur de l'engagement de la responsabilité du service public de santé, ils renaient la responsabilité d'un établissement hospitalier non sur le fondement de la faute, mais sur celui du risque encouru.

Selon la jurisprudence *Gomez*, l'utilisation d'une thérapeutique nouvelle crée, lorsque ses conséquences ne sont pas encore entièrement connues, un risque spécial pour les malades qui en sont l'objet, et 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.

Certains commentateurs ont rattaché la solution retenue au régime des collaborateurs du service public, s'agissant en l'espèce des conséquences d'une thérapeutique nouvelle. Mais la décision *Bianchi*, cas dans lequel il n'y avait pas application d'une thérapeutique nouvelle, a donné toute sa portée à l'évolution jurisprudentielle. Le Conseil d'État a jugé, par cette décision, que lorsqu'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 dont 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 l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité (il s'agissait en l'espèce d'une artériographie).

204. Article L. 1111-4 issu de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

205. CE, Sect., 5 janvier 2000, *Consorts T*, rec. p. 5 ; Ass., 19 mai 2004, *Caisse régionale d'assurance maladie d'Ile-de-France* ; *AJDA*, 2004, p. 1361, chronique C. Landais et F. Lenica.



Cette solution a été également retenue alors même que l'acte médical avait été pratiqué lors d'une intervention dépourvue de fin thérapeutique, en l'espèce une circoncision rituelle²⁰⁶. De même le juge administratif a estimé que le service public hospitalier était responsable, même en l'absence de faute de sa part, des conséquences dommageables pour les usagers de la défaillance des produits et appareils de santé qu'il utilise²⁰⁷.

Le régime de responsabilité défini par la jurisprudence *Bianchi* était cependant soumis à des **conditions très strictes**. Sept conditions peuvent en effet être décomptées pour que soit engagée la responsabilité de l'hôpital public. Ses applications positives ont d'ailleurs été fort peu nombreuses, notamment du fait du critère de « dommage d'exceptionnelle gravité », ce qui fait que le bilan de la jurisprudence *Bianchi* a pu paraître décevant. En réalité, elle a ouvert la voie à la mise en place, par la loi du 4 mars 2002, d'un régime de réparation de l'aléa thérapeutique au titre de la solidarité nationale.

*« L'application d'un régime de responsabilité sans faute dans cette hypothèse était audacieuse au plan théorique. Dès lors que l'acte médical est accompli dans le seul intérêt du patient, il n'est pas évident, en effet, que la réalisation des risques qu'il comporte puisse être regardée comme une rupture à son détriment de l'égalité devant les charges publiques, rupture qui constitue la justification principale des régimes de responsabilité pour risque. Cependant, le fait qu'une intervention thérapeutique aggrave de manière catastrophique l'état de santé du patient, sans que celui-ci puisse bénéficier d'une indemnisation, n'est guère acceptable. Constatant que le législateur n'avait pas mis en place un dispositif de réparation, fondé par exemple sur un mécanisme d'assurance, l'Assemblée du contentieux avait accepté de traiter cette question par la voie jurisprudentielle »*²⁰⁸. Le Conseil d'État est allé aussi loin qu'il le pouvait sans empiéter sur le rôle du législateur.

■ **La loi du 4 mars 2002 : l'affirmation du principe de responsabilité pour faute et la création par la loi d'un mécanisme d'indemnisation de l'aléa thérapeutique fondé sur la solidarité nationale**

La loi, qui consacre l'obligation d'assurance des praticiens, prévoit que la responsabilité des professionnels et établissements ne peut être engagée qu'en cas de faute, sauf dans deux cas : pour les dommages causés par les produits de santé défectueux ; pour les infections nosocomiales, qui engagent la responsabilité des établissements sauf s'ils apportent la preuve d'une cause étrangère.

En outre, dès lors qu'un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale n'engage pas la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé, la solidarité nationale jouera, si les préjudices subis par le patient ont eu « *des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un*

206. CE, Sect., 3 novembre 1997, *Hôpital Joseph-Imbert d'Arles*, rec. p. 412.

207. CE, 9 juillet 2003, *Assistance publique – Hôpitaux de Paris c/ Mme Marzouk*, rec., p. 338 : il s'agissait en l'espèce du fonctionnement défectueux d'un respirateur artificiel.

208. Didier Chauvaux, *Cahiers de la fonction publique*, avril 2002.



caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle, mesurées en tenant compte notamment du taux d'incapacité permanente ou de la durée de l'incapacité temporaire de travail »²⁰⁹.

La loi a ainsi fait passer la charge financière de la réparation des accidents médicaux les plus graves des professionnels et établissements de santé vers les assurés sociaux, *via* l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM), financé par l'assurance maladie (article L. 1142-22 du Code de la santé publique).

Ainsi, la loi s'inspire de l'évolution jurisprudentielle. Les conditions de prise en charge d'un accident médical par la solidarité nationale sont très proches de celles requises par la jurisprudence pour que les conséquences d'un aléa thérapeutique soient réparées par un établissement hospitalier, si ce n'est que le seuil de gravité permettant la prise en charge des dommages a été fixé à un niveau d'incapacité permanente d'au moins 24 %, alors que les applications positives de la jurisprudence *Bianchi* portaient sur des cas d'IPP de 70 % ou plus²¹⁰.

La loi permet par ailleurs aux victimes de formuler leurs demandes d'indemnisation devant les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI), système dont on peut se demander s'il n'aboutit pas à une complexité excessive au regard des avantages escomptés (*cf. infra*).

Des cas d'ouverture de responsabilité sans faute subsistent, en outre, prévus par d'autres textes législatifs : responsabilité des centres de transfusion sanguine, puis de l'Établissement français du sang en matière de transfusion sanguine (la loi n° 61-846 du 2 août 1961) ; responsabilité de l'État en matière de vaccinations obligatoires (la loi n° 64-643 du 1^{er} juillet 1964) ; responsabilité des promoteurs des recherches biomédicales en matière de recherches biomédicales sans bénéfice individuel direct (loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988).

Des régimes jurisprudentiels de responsabilité sans faute, restent, en outre, applicables au service public hospitalier : le régime de responsabilité sans faute applicable aux collaborateurs occasionnels (bénévoles ou requis), qui s'applique aux hôpitaux publics ; le régime de responsabilité sans faute en raison des dommages causés par les malades mentaux en sortie d'essai surveillée.

1.2.2. Le rapprochement des règles de responsabilité entre les secteurs public et libéral

Longtemps, on considérait que le juge judiciaire était plus généreux que le juge administratif, notamment en raison de la jurisprudence sur la faute lourde médicale. Mais le principe même de responsabilité administrative est favorable aux victimes, en raison des spécificités du droit public, qui permettent de

209. Le décret du 24 avril 2003 fait jouer la solidarité nationale pour les dommages entraînant un taux d'incapacité permanente d'au moins 24 % (soit presque le plafond de 25 % fixé par le législateur), ou répondant à certains critères de gravité.

210. *Cf.* Frédéric Thiriez, « La jurisprudence Bianchi, symbole ou réalité ? », *Droit administratif*, janvier 2001.



mettre en cause le service ou l'équipe médicale globalement, au lieu d'exercer une action contre le médecin. De plus, les évolutions décrites plus haut ont changé la donne.

La Cour de cassation a progressivement mis à la charge des professionnels de santé des obligations permettant au patient de bénéficier d'une protection accrue. L'autorité judiciaire, parallèlement à l'avancée du droit des victimes opérée par le juge administratif, a fait évoluer sa jurisprudence. À la fin des années quatre-vingt-dix, la pression sur les médecins – libéraux comme hospitaliers – s'est faite plus forte, notamment pour ce qui concerne l'obligation d'informer le malade sur les risques du traitement ou de l'intervention, en renversant la charge de la preuve²¹¹. Mais, comme dans l'ordre administratif, des limites ont été posées à la responsabilité médicale, en raison de la part de risque inhérente à l'acte médical.

L'action conjuguée des juges et du législateur a permis d'aboutir à ce que les malades soignés dans les hôpitaux publics, dans les établissements privés ou en secteur libéral soient soumis à des règles de responsabilité largement communes. L'unification des délais de prescription applicables aux accidents médicaux a en outre été réalisée, dans le souci de rétablir une égalité de traitement entre les victimes devant le juge judiciaire et le juge administratif. Ainsi, aux termes de l'article L. 1142-28 du Code de la santé publique, les actions tendant à mettre en cause la responsabilité des professionnels de santé ou des établissements de santé publics ou privés à l'occasion d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins se prescrivent par dix ans à compter de la consolidation du dommage. Cette prescription décennale se substitue, en matière de responsabilité médicale, à la prescription trentenaire de droit commun et à la prescription quadriennale instaurée par la loi du 31 décembre 1968 pour les créances sur les collectivités publiques²¹².

Mais les règles de responsabilité selon que les victimes sont patients du service public de santé ou du secteur libéral ont des fondements différents. Depuis les arrêts *Mercier*²¹³ et *Clinique Sainte-Croix*²¹⁴ la responsabilité des médecins et des cliniques a un fondement contractuel. Du point de vue de la responsabilité administrative, le lien se crée au contraire non pas entre le praticien et le patient, mais entre le patient et l'hôpital, à l'égard duquel le patient est un usager, placé dans une situation légale et réglementaire.

En outre, comme on le verra, **il n'est pas toujours facile, pour les pouvoirs publics, d'organiser une socialisation du risque pour les activités relevant du secteur privé**, sauf à mettre en place un système de solidarité nationale reposant essentiellement sur des fonds publics, ce qui n'est pas forcément souhaitable. Ces difficultés se retrouvent dans le domaine médical, comme dans d'autres. La crise récente des assurances médicales en est un exemple (*cf. infra*).

211. Cass. civ., 25 février 1997.

212. CE, avis, 19 mars 2003, *M. Haddad et CPAM de Tourcoing c/ CH de Tourcoing*, rec. p. 133.

213. Cass. civ., 20 mai 1936, *Mercier*, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, p. 342.

214. Cass. civ., 6 mars 1945, D. 1945, p. 217.



1.2.3. Les régimes spéciaux de socialisation des risques sériels ou de masse

Les dommages particulièrement lourds causés par certains risques sériels ou de masse, le sentiment d'injustice et l'émotion qu'ils ont causé, ont justifié la mise en œuvre de règles d'indemnisation particulières ; celles-ci font appel, de façon conjuguée ou non, à des régimes de responsabilité comme à des mesures de solidarité nationale qui participent à la socialisation de ces risques.

■ Les risques sériels

Le risque sériel dans le domaine de la santé est une affection contractée à l'occasion de soins et qui affecte un très grand nombre de personnes. En raison du nombre potentiellement très grand des victimes, l'application individuelle des règles de droit commun de la responsabilité hospitalière atteint rapidement ses limites, notamment parce que le critère de spécialité du préjudice, qui conditionne habituellement la responsabilité sans faute, ne peut être rempli. Cette difficulté s'inscrit sur un fond de tension du corps social face à des préjudices qui suscitent l'incompréhension voire la colère : hormone de croissance, hépatite C et VIH transmis par voie transfusionnelle, dommages causés par les produits médicamenteux, notamment.

Face à ces risques, les règles en matière d'indemnisation sont les mêmes, que soit en cause un hôpital public ou un établissement privé, même si l'unité des solutions législatives n'exclut pas certaines divergences jurisprudentielles²¹⁵.

Dans les cas de **maladie de Creutzfeldt-Jacob dus à l'injection d'hormone de croissance extractive**, l'État a spontanément pris en charge le préjudice subi par les personnes atteintes, parant ainsi à des actions en justice des victimes contre l'hôpital.

S'agissant des dommages causés par **les médicaments, les greffes ou les produits issus du corps humain**, les producteurs sont responsables de plein droit en vertu des articles 1386-1 à 1386-18 du Code civil, issus de la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.

Le cas de la **contamination par le virus du VIH à la suite de transfusions sanguines** est le plus complexe. L'affaire du sang contaminé a conduit à la combinaison de règles législatives et jurisprudentielles. Un régime législatif d'indemnisation des victimes a été institué par l'article 47 de la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991. Le trait distinctif de ce régime est que l'indemnisation est assurée par un fonds : un fonds particulier jusqu'en août 2004, l'ONIAM depuis²¹⁶. Ce dernier est « *subrogé, à due concurrence des sommes versées, dans les droits que possède la victime contre la personne responsable du dommage ainsi que contre les personnes tenues à un titre quelconque d'en assurer la réparation totale ou partielle dans la limite du montant des prestations à la charge desdites personnes. Toutefois l'office ne peut engager d'action au titre*

215. Cf. CE, avis, 15 octobre 1993, *Consorts Jezequel et Vallée*, rec. p. 280, concl. P. Frydman et Cass., Ass. plén., 6 juin 1997, n° 95-12284, Bull. 1997 AP n° 8, p. 20.

216. Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.



de cette subrogation que lorsque le dommage est imputable à une faute » (Code de la santé publique, article L. 3122-4). Mais l'indemnisation des victimes par un fonds *ad hoc*, indépendamment de toute action en justice, apparente ce régime davantage à un mécanisme de solidarité qu'à un régime de responsabilité. Le nombre élevé d'indemnisations assurées par le fonds créé pour les victimes de contamination par le virus du sida (4 438 au 1^{er} mars 2000, pour un nombre de victimes évalué à 5 000), comparé, par exemple, au nombre restreint d'actions en justice intentées dans le cas de la contamination par le virus d'hépatite C, montre qu'il y a, d'un point de vue sociologique, une différence substantielle entre la saisine d'un fonds d'indemnisation et la saisine d'une juridiction.

Mais l'existence d'un fonds n'exclut pas la recherche de la responsabilité de l'État. Le juge administratif a pour sa part considéré que la responsabilité de l'État peut être engagée par toute faute commise dans l'exercice des attributions relatives à l'organisation générale du service public de la transfusion sanguine, au contrôle des établissements qui sont chargés de son exécution et à l'édition des règles propres à assurer la qualité du sang humain. En outre, dans le cas où cette responsabilité serait engagée, l'État ne pourrait s'en exonérer en invoquant des fautes commises par les établissements de transfusion sanguine. Ainsi, la carence fautive de l'administration est de nature à engager la responsabilité de l'État à raison des contaminations provoquées par des transfusions de produits sanguins pratiquées entre le 22 novembre 1984 et le 20 octobre 1985²¹⁷.

En présence de transfusions pratiquées à une époque où le mode de préparation des produits sanguins n'assurait pas l'inactivation du VIH, le juge retient une présomption d'imputabilité dès lors qu'aucun autre facteur de risque n'existe et que l'innocuité des produits administrés n'a pas été démontrée. Les tribunaux judiciaires saisis de demandes contre des centres privés de transfusion sanguine ont adopté la même attitude en considérant que l'origine transfusionnelle de la contamination est établie dès lors qu'il y a des présomptions « graves, précises, et concordantes » au sens de l'article 1353 du Code civil²¹⁸.

Enfin, la responsabilité de l'hôpital public dans lequel a été faite la transfusion ne peut être engagée, pour faute prouvée ou présumée, que s'il a manqué aux précautions qui s'imposaient pour éviter une transfusion non indispensable ou pour vérifier la qualité du sang alors qu'il aurait dû avoir des doutes à cet égard.

Pour ce qui concerne **l'hépatite C post transfusionnelle** pour laquelle le nombre de victimes pourrait être potentiellement très important, et pour l'indemnisation de laquelle il n'existe pas de fonds, le juge, comme le législateur, ont précisé la portée de la présomption de causalité²¹⁹ admise. L'article 102 de la loi du 4 mars 2002 pose une présomption de causalité entre une transfusion et la contamination par le virus de l'hépatite C antérieure à la date

217. CE, Ass., 9 avril 1993, *M. D.*, rec. p. 110, concl. H. Legal, RFDA 9(3), mai-juin 1993, p. 583.

218. Cf. concl. D. Chauvaux sur CE, 15 janvier 2001, *APHP c/ Mme Shames*.

219. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, *JORF* du 5 mars 2002.



d'entrée en vigueur de la loi, à condition que le demandeur apporte des éléments permettant de présumer que cette contamination a pour origine une transfusion de produits sanguins labiles ou une injection de médicaments dérivés du sang. Le Conseil d'État, par une décision de Section du 10 octobre 2003, *M^{me} Tato et autres*²²⁰, a jugé qu'il appartient au demandeur, non pas seulement de faire état d'une éventualité selon laquelle sa contamination par le virus de l'hépatite C provient d'une transfusion, mais d'apporter un faisceau d'éléments conférant à cette hypothèse, compte tenu de toutes les données disponibles, un degré suffisamment élevé de vraisemblance, et que, si tel est le cas, la charge de la preuve contraire repose sur le défendeur. Ce n'est qu'au stade où le juge, au vu des éléments produits successivement par ces parties, forme sa conviction, que le doute profite au demandeur.

Le commissaire du gouvernement dans cette affaire précisait qu'à ses yeux les dispositions nouvelles n'introduisaient pas un bouleversement radical dans l'approche des litiges liés à la contamination transfusionnelle telle que dégagée par la jurisprudence. L'imputation du dommage à une transfusion sanguine pouvait être présumée lorsque le demandeur établissait, d'une part, que la contamination était apparue à la suite de transfusions sanguines et d'autre part, qu'il ne présentait pas d'autres facteurs de risques. Lorsque la présomption était constituée, il appartenait aux fournisseurs des produits sanguins d'apporter la preuve que ceux-ci n'étaient pas contaminés, ce qui n'est normalement possible que si tous les donneurs ont été retrouvés et qu'aucun n'est porteur du virus²²¹. Il ajoutait que la loi ne devait pas être interprétée en ce sens que la seule possibilité qu'une contamination soit intervenue lors d'une transfusion conduirait à faire droit à la demande : « *la présomption doit résulter d'un faisceau d'éléments conférant à cette hypothèse un degré suffisamment élevé de vraisemblance. Un seuil critique doit être atteint, compte tenu de toutes les données disponibles, notamment des données cliniques et résultats d'examens médicaux recueillis avant et après la transfusion et de l'existence d'autres causes possibles de contamination précisément identifiées* ».

La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de se prononcer sur des affaires concernant les dommages causés par des transfusions. Elle a rappelé que les États étaient tenus de respecter les règles procédurales prévues par la Convention, en particulier celles relatives au délai raisonnable et à l'existence d'un recours effectif (*cf. infra*).

■ Les risques de masse : le cas de l'amiante

Le souci croissant d'une plus grande protection des victimes se double d'un phénomène plus récent de mise en cause de la responsabilité des pouvoirs publics pour des dommages sanitaires qui ne sont pas directement liés au service public de santé *stricto sensu*. Ainsi, la question de l'indemnisation des conséquences dramatiques de l'inhalation des poussières d'amiante met en

220. Rec. p. 393.

221. CE, Sect., 29 mars 2000, *AP-HP*, rec. p. 147 ; CAA Paris, Plénière, 12 février 1998, *M^{mes} J. et L.*, p. 571 ; Cass. civ. 1^{re}, 2 juillet 2002, n° 00-15848 et 00-16126, Bull. civ. I n° 182, p. 139.



cause tant l'action des pouvoirs publics que la responsabilité des employeurs, publics ou privés.

C'est à propos de l'amiante que la Cour de cassation a bouleversé le régime de **responsabilité de l'employeur** en matière d'hygiène et de sécurité de ses salariés, en se fondant sur le caractère de faute inexcusable du manquement à « l'obligation de sécurité de résultat »²²². Par une série de décisions rendues le 3 mars 2004 (CE, Ass., *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/ Consorts X. et autres*)²²³, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a pour sa part reconnu la **responsabilité de l'État** pour carence fautive à prendre les mesures de prévention des risques liés à l'exposition des travailleurs aux poussières d'amiante.

Le Conseil d'État a tout d'abord rappelé que si l'employeur a l'obligation générale d'assurer la sécurité et la protection de la santé des travailleurs placés sous son autorité, il incombe aux autorités publiques chargées de la prévention des risques professionnels de se tenir informées des dangers que peuvent courir les travailleurs. À cet égard, il appartient à ces autorités d'arrêter, en l'état des connaissances scientifiques, les mesures les plus appropriées pour limiter et si possible éliminer ces dangers. Un double constat peut être fait : d'une part le caractère nocif des poussières d'amiante était connu de longue date et leur caractère cancérigène avait été mis en évidence dès le milieu des années cinquante ; d'autre part les autorités publiques n'ont entrepris, avant 1977, aucune recherche afin d'évaluer les risques pesant sur les travailleurs exposés à ces poussières d'amiante, ni pris de mesures propres à éliminer ou à limiter les dangers liés à une telle exposition. Le juge en déduit que l'État a commis une faute de nature à engager sa responsabilité du fait de ses carences dans la prévention des risques liés à cette exposition.

Un mécanisme d'indemnisation fondé sur la **solidarité** a par ailleurs été mis en place : la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale a créé, comme on l'a vu, le **fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante**. La gravité, le caractère massif des dommages et la nécessité d'indemniser le plus rapidement possible expliquent ce recours à la solidarité. Le coût total sur vingt ans de l'indemnisation des différentes pathologies liées à l'amiante serait compris entre 11,7 et 22 milliards d'euros. Le coût du dispositif de cessation anticipée d'activité des victimes de l'amiante à l'horizon 2002 pourrait s'établir à environ 15 milliards d'euros²²⁴. Ces chiffres montrent que, compte tenu de son coût financier, ce type d'indemnisation ne peut être qu'exceptionnellement mis en place.

222. Cass. soc., 28 février 2002, n° 99-17201, Bull. 2002 V n° 81, p. 74.

223. Cf. concl. Emmanuelle Prada Bordenave sur l'affaire *Ministère de l'Emploi et de la Solidarité c/ Consorts X et autres*, RFDA 2004, p. 612.

224. Cf. rapport du Gouvernement au Parlement présentant l'impact financier de l'indemnisation des victimes de l'amiante pour l'année en cours et pour les vingt années suivantes, 2003.



2. La responsabilité de l'État conséquence de son rôle de prévention des risques

Le rôle accru dévolu à l'État dans la prévention et la gestion des risques en amont de leur réalisation ouvre un champ toujours plus large à la mise en jeu de sa responsabilité. Il peut se retrouver coresponsable de préjudices causés par d'autres acteurs que lui ou responsable de préjudices ne relevant d'aucun acteur humain, dès lors qu'il aurait commis une faute en matière de prévention ou de régulation. La tendance qui consiste à confier à des organes ou autorités plus ou moins indépendants des fonctions de veille, de contrôle ou de régulation n'exclut pas la mise en cause de la responsabilité de l'État.

2.1. La prévention classique, source de responsabilité

L'idée que la responsabilité de l'État peut être mise en cause à raison des carences ou des insuffisances de son action en matière de prévention des risques n'est pas nouvelle. Déjà, à propos de la loi du 12 juin 1893 relative à la protection générale des ouvriers, le ministre de l'Intérieur de l'époque déclarait : « *La plupart des industries sont insalubres, beaucoup sont dangereuses. Mais s'il est des périls que la prudence humaine sera toujours impuissante à conjurer, il en est d'autres que de sages précautions sont susceptibles de prévenir. L'expérience a en effet montré que le problème de l'amélioration de la sécurité des travailleurs et de la salubrité des établissements industriels n'est pas insoluble, et puisque cet objectif n'est pas inaccessible, c'est un devoir de chercher à l'atteindre* »²²⁵.

2.1.1. Le défaut de réglementation : de la carence à la faute

Le juge administratif a, comme on l'a vu (*cf. supra*), retenu la carence fautive de l'État pour n'avoir pas pris en temps utile les mesures propres à limiter les risques de contaminations du VIH par transfusion sanguine. Les préjudices causés par les poussières d'amiante mettent en cause la responsabilité de l'État à un double titre : d'abord, en tant qu'employeur qui voit sa responsabilité pécuniaire « socialisée » avec celle des autres employeurs par l'entremise du FIVA, mais aussi en tant qu'État contrôleur depuis les décisions du Conseil d'État de mars 2004. Dès lors se pose la question de l'articulation entre les responsabilités respectives de l'État employeur, de l'État contrôleur et des employeurs privés. Au regard de ces décisions, la part de la contribution de l'État au financement du FIVA a fait l'objet de critiques. Pour l'année 2003, la contribution au FIVA de la branche accidents du travail et maladies professionnelles était de 190 millions d'euros, celle de l'État de 40 millions²²⁶.

225. Cf. concl. E. Prada Bordenave conclusions sur la décision CE, Ass., 3 mars 2004, *Ministère de l'Emploi et de la Solidarité c/ Consorts X*, précitées.

226. Rapport du Gouvernement au Parlement présentant l'impact financier de l'indemnisation des victimes de l'amiante pour l'année en cours et pour les vingt années suivantes, 2003.



2.1.2. *Le paradoxe des catastrophes naturelles et technologiques*

Même si, dans l'hypothèse de catastrophe naturelle, la source du risque semble très extérieure à l'action de l'administration, un réflexe se manifeste : celui qui consiste à rechercher si la réalisation du dommage implique des acteurs humains, ne serait-ce que du fait de leur abstention ou omission : mauvaise prévision météorologique, mauvais plan de prévention des risques, délivrance à tort de permis de construire, insuffisance d'une réglementation imposant des normes de sécurité. Le constat vaut également pour les catastrophes technologiques causées par des acteurs privés.

L'idée prévaut qu'il n'y a pas de pur aléa : le fait qu'un risque se réalise conduit automatiquement à se tourner vers l'État en se demandant s'il n'aurait pas pu empêcher sa réalisation, mieux, en considérant que l'État aurait dû empêcher sa réalisation. Ceci est d'autant plus vrai en matière de catastrophes technologiques.

Ainsi, à la logique de solidarité nationale organisée par l'État vient se superposer de plus en plus une logique de responsabilité des autorités publiques dans la prévention des risques majeurs.

2.1.3. *Prévention classique et risques sociaux*

Certains « risques sociaux » sont pris directement et intégralement en charge par l'État. L'un des exemples les plus anciens est celui de l'indemnisation des dommages causés par des attroupements et rassemblements, qui incombait à l'origine aux communes et a été progressivement transférée à l'État.

La loi du 5 avril 1884 qui fait suite à une série de mesures édictées dans le temps dont l'origine peut être rattachée à un décret de Clotaire et à des capitulaires de Charlemagne faisait peser sur la commune la responsabilité des dommages en cas d'émeutes, fondée sur une présomption de faute. La loi du 26 avril 1914, sans doute la première à avoir mentionné le « risque social », consacre, en cas d'émeute, aux côtés de la responsabilité de la commune, celle de l'État : la responsabilité de la commune est désormais de plein droit à l'égard des victimes et « *l'État contribue pour moitié en vertu du risque social au paiement de dommages-intérêts* »²²⁷. La responsabilité du fait des attroupements et rassemblements incombe totalement à l'État depuis l'intervention de l'article 92 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983, codifié à l'article L. 2216-3 du Code général des collectivités territoriales, l'État pouvant toutefois exercer une action récursoire contre la commune lorsque la responsabilité de celle-ci se trouve engagée. La responsabilité envers la victime est encourue par l'État alors même qu'aucune faute n'aurait contribué à la réalisation ou à l'aggravation du dommage²²⁸. Il n'est pas exigé que soit constaté le caractère anormal et spécial du dommage²²⁹, et il appartient au juge de soulever d'office le

227. Cf. Christine Bréchon-Moulènes, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, LGDJ, 1974.

228. CE, 16 février 1990, *Sté GAN Incendie-Accidents*, rec. p. 316.

229. CE, avis du 20 février 1998, *Sté Études et Construction de sièges pour l'automobile (ESCA) et autres*, rec. p. 60.



moyen tiré de l'existence d'une responsabilité sans faute de l'État fondée sur les dispositions précitées ²³⁰.

Cette législation conduit à mettre à la charge du budget de l'État la réparation de nombreux préjudices qu'il n'a pas provoqués et ce même en l'absence de faute de sa part. Le périmètre d'application de la loi a donné lieu à des décisions contentieuses, les requérants souhaitant y faire entrer quantité d'événements. La jurisprudence a fait preuve de libéralisme ²³¹. Si ont été exclues du champ d'application de ce régime de responsabilité les actions terroristes ou de commando ²³² ou les violences commises par les hooligans ²³³, il a été jugé que l'occupation des locaux de travail par des grévistes ²³⁴ entrait dans le champ d'application de la loi, de même les dommages causés par une série d'actions concertées ayant donné lieu sur l'ensemble du territoire ou sur une partie substantielle de celui-ci à des crimes et délits ²³⁵.

Plus récemment, la responsabilité de l'État sur le fondement de l'article L. 2216.3 du Code général des collectivités territoriales a été appliquée aux violences urbaines : elle a été admise pour les dégâts causés par un rassemblement de jeunes gens à la suite de la noyade accidentelle d'un jeune homme qui tentait d'échapper à la police cherchant à l'interpeller à la suite d'un vol à l'étalage ²³⁶.

On a pu voir dans cette décision une évolution de la jurisprudence : « *En incluant dans le champ du régime de responsabilité organisé par l'article 92 de la loi du 7 janvier 1983 un nouveau type de comportements sociaux, le Conseil d'État a démontré sa capacité à appréhender les évolutions de la société. En mettant à la charge de l'État l'indemnisation des dommages commis à l'occasion de violences urbaines, à la condition toutefois que celles-ci ne résultent pas de la seule envie de "casser", le juge administratif permet ainsi à la puissance publique de rester le garant efficace de la solidarité sociale* » ²³⁷.

2.2. En amont des risques avérés, le principe de précaution

Pour l'opinion publique la précaution traduit une exigence de prudence accrue et la demande de mesures éventuellement drastiques de prévention et de protection. Un risque mineur, voire hypothétique, peut prendre une ampleur disproportionnée et entraîner un mouvement de peur irraisonnée. La sensibilité

230. CE, 30 juin 1999, *Foucher*, rec. p. 232.

231. Voir, sur cette question, « Chronique générale de jurisprudence du Conseil d'État » par Matthias Guyomar et Pierre Collin, *AJDA*, n° 2, 20 février 2001.

232. TC, 24 juin 1985, *Préfet, Commissaire de la République du département du Val-de-Marne c/ TGI de Créteil*, rec. p. 407 ; CE, 25 mars 1992, *Cie d'assurances Mercator*, rec. tab. p. 1289 ; CE, 12 novembre 1997, *Cie d'Assurances générales de France*, rec. tab. p. 1043.

233. Cass. civ. 1^{re}, 15 novembre 1983, n° 82-13719 Bull. n° 268.

234. TC, 22 avril 1985, *Commissaire de la République, Préfet des Yvelines c/ Sociétés Talbot et Peugeot*, rec. p. 405.

235. CE, avis, Ass., 20 février 1998, *Sté Études et Construction de sièges pour l'automobile (ESCA) et autres*, rec. p. 60.

236. CE, Sect., 29 décembre 2000, *Assurances générales de France*, rec. p. 607.

237. « Chronique générale de jurisprudence du Conseil d'État » par Matthias Guyomar et Pierre Collin, *AJDA*, n° 2, 20 février 2001.



naturelle au risque est accrue par le soupçon croissant vis-à-vis du progrès technique. Les mises au point des autorités publiques, qui répondent à une attente forte, peuvent paradoxalement attiser la méfiance.

Pour les experts et les décideurs, le principe de précaution pose le problème du traitement des risques incertains : quelles solutions techniques et éthiques définir vis-à-vis d'activités dont on ne mesure pas les conséquences immédiates ou futures ? La nouveauté réside ainsi dans la systématisation de la réflexion sur les effets ambivalents du progrès et sur l'articulation entre le seuil de connaissance et la décision.

Les risques non avérés sont dans la plupart des cas susceptibles d'être provoqués par des acteurs privés, plus précisément par la conjonction d'activités privées de nature très hétérogène. Pourtant, le principe de précaution tend à être interprété comme ne pesant que sur la puissance publique. Sa contrepartie en aval du risque va dans le sens de l'élargissement de la responsabilité de la puissance publique, qu'elle soit fondée sur la faute ou sur le risque. Parallèlement, la légitimité de la puissance publique pour opérer des choix en vue de limiter ou d'éviter des risques est contestée, ce qui se traduit par une présence accrue des organisations non gouvernementales et des associations pour faire valoir leurs analyses et leurs vues.

2.2.1. *Quelle portée ?*

■ Un principe ²³⁸, à l'origine, plus éthique que juridique

Le principe de précaution est formalisé au cours des années soixante-dix en Allemagne – *Vorsorgenprinzip* – à la fois comme principe de politiques de l'environnement (loi de 1974 sur les pluies acides) et, philosophiquement, par Hans Jonas, comme un nouvel impératif de responsabilité politique. Consacré pour la première fois au niveau international en 1987 dans la déclaration de la Conférence sur la protection de la mer du Nord ²³⁹, il devient un des principes directeurs des politiques de développement durable dans la déclaration finale du Sommet de la Terre de Rio sur l'environnement et le développement, en 1992, qui en donne la définition suivante : « *En cas de risques de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement* ». Il est énoncé par le droit européen, en 1993, à l'article 130 R du traité de Maastricht (devenu l'article 174 du TCE) au titre de la protection de l'environnement (*cf. infra*).

En France, le principe de précaution apparaît dans la loi n° 95-101 du 2 février 1995, relative au renforcement de la protection de l'environnement, parmi les principes devant « *inspirer la législation de l'environnement* ». La définition qui en est donnée dans l'ordre interne se rapproche des termes retenus par la déclaration de Rio. Selon ce principe « *l'absence de certitudes, compte tenu*

238. *Cf.* sur ce point : « Traitement juridique du risque et principe de précaution », Michel Franc, *AJDA*, 3 mars 2003.

239. Voir sur ces points le site internet du ministère de l'Écologie et du Développement durable.



des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économique acceptable » (article L 110-1 du Code de l'environnement). Au total, le principe de précaution figure dans « *des textes nombreux, mais de portée incertaine* », comme le soulignait le rapport Kourilsky-Viney.

Les conditions d'apparition en France du principe de précaution, présenté comme une réponse aux crises sanitaires successives, permettent de comprendre l'écho particulier qu'il a reçu. L'engouement soudain du public pour ce « *slogan refuge* »²⁴⁰, fortement médiatisé, semble avoir été l'expression nouvelle d'une défiance à l'égard des responsables. « *Nouveau standard de comportement des responsables de la politique de santé* »²⁴¹, le principe de précaution est aussi la traduction d'une recherche d'une plus grande responsabilité des décideurs. La précaution s'est ainsi imposée comme un principe d'éradication des sources de risque, expliquant la forme des actions entreprises dans certains dossiers : recours privilégié à des mesures d'abstention ou d'interdiction, excès de mesures qui se révèlent difficiles à appliquer comme à contrôler. Prises parfois en fonction d'impératifs de court terme, nombre de décisions traduisent les pressions contradictoires auxquelles sont soumis les pouvoirs publics lesquels peuvent se voir reprocher tant l'insuffisance que l'excès de précaution.

Les débats sur le principe de précaution tiennent moins au principe lui-même qu'aux décalages importants apparus entre ses énoncés raisonnables et les conceptions extrêmes qui ont pu prévaloir dans les esprits de ses partisans ou de ses détracteurs.

■ Les conceptions extrêmes

Selon la conception maximaliste, le principe serait celui d'une règle d'abstention tant que la preuve de l'absence de risque n'est pas rapportée (dommage zéro). Réunissant trois critères, la référence au dommage zéro, le scénario du pire et l'inversion de la charge de la preuve, la conception maximaliste est indéfendable en théorie comme en pratique. Elle conduit à renoncer aux avantages potentiels des avancées technologiques, condamnées *a priori* ; or il n'y a guère de progrès sans prise de risque. Elle engendre des coûts difficilement supportables, qui peuvent conduire à privilégier les risques incertains, parfois fortement médiatisés, par rapport aux risques avérés. « *Il convient de résister à la tentation catastrophique qui réduit toute hypothèse de risque à la catastrophe dont elle pourrait être porteuse, sans considération pour la plausibilité de ce scénario. Si la démarche apocalyptique inspirait vraiment la gestion publique des risques et, au-delà, le comportement de tous les agents économiques, elle*

240. Philippe Kourilsky et Geneviève Viney, *Le principe de précaution : rapport au Premier ministre*, Odile Jacob, Paris, 2000, p. 19.

241. Conseil d'État, Rapport public 1998, *Réflexions sur le droit de la santé*, p. 227, EDCE n° 49, La Documentation française.



absorberait l'ensemble des ressources disponibles et mettrait en crise systèmes économiques et systèmes politiques »²⁴².

À l'inverse, selon la conception minimaliste, seul le risque probable, qui serait de nature à entraîner de graves préjudices, en déclencherait l'application. Cette conception revient à dénier toute portée nouvelle au principe de précaution, qui s'assimilerait alors à la prévention classique.

■ La conception médiane

Seule une conception médiane peut aboutir à une approche raisonnable et consensuelle du principe de précaution.

Dans ses conclusions sous la décision *SFR* du 22 mai 2002, le commissaire du gouvernement notait que le principe de précaution peut apparaître comme l'aboutissement d'une construction juridique ancienne qui consiste à obliger la puissance publique à user de ses pouvoirs, notamment de police, pour assurer l'une des fonctions qui fondent sa légitimité, à savoir la protection des administrés.

Conçu comme un principe d'action plus que d'inaction ou d'abstention, le principe de précaution doit se traduire par une exigence de prise en compte précoce des risques potentiels. Celle-ci doit alors se fonder elle-même sur la proportionnalité dans l'analyse en fonction de la gravité des risques, des avantages auxquels on devrait renoncer et du niveau de protection à rechercher, comme dans la gradation des mesures à prendre : actions d'alerte, de veille, d'expertise, d'information, mesures provisoires et conservatoires... Il doit s'agir d'une règle de « vigilance active » pour reprendre les termes du rapport Kourilsky-Viney.

Certains seraient tentés de voir dans le principe de précaution, essentiellement, un « principe institutionnel » de gestion des risques en amont se traduisant par des exigences en termes de procédures et par la création d'institutions chargées d'exercer des contrôles en amont de la décision et des vérifications en aval. Cela étant, même dans cette hypothèse, en cas de réalisation du risque, la question se posera nécessairement de savoir si les contraintes de procédure ont été respectées.

Peut-on y voir un cas limite du principe de prévention, un principe permettant de valider les choix de la puissance publique en situation d'incertitude, ce qui relève d'une situation classique ? La précaution intervient cependant en amont. Elle implique un abaissement du seuil de déclenchement de l'intervention : « *Dans le cas de la précaution, il s'agit de la probabilité que l'hypothèse soit exacte, dans le cas de la prévention, la dangerosité est établie et il s'agit de la probabilité de l'accident* »²⁴³.

242. Olivier Godard, « Le principe de précaution comme norme de l'action publique, ou la proportionnalité en question », *Revue économique*, 54 (6), novembre 2003, p. 1245-1276.

243. Rapport Kourilsky-Viney, p. 18.



■ Vers la consécration constitutionnelle du principe de précaution

C'est à la lumière de cette conception médiane qu'il convient d'analyser l'approche retenue par l'article 5 du projet de Charte de l'environnement aux termes duquel « *lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* ».

On peut voir dans cette définition un principe d'action orienté vers l'évaluation et l'amélioration de la connaissance du risque, dont l'un des principaux apports est de guider les comportements de l'administration en renforçant l'expertise, la transparence, l'anticipation²⁴⁴. Le caractère provisoire des mesures, au demeurant variées, qui peuvent être prises, implique un mouvement d'aller-retour entre des mesures permissives (autorisation de mise sur le marché) et des mesures conservatoires (moratoire, retrait d'autorisation...) lesquelles ne visent qu'à prendre le temps nécessaire à l'acquisition des connaissances et doivent être conçues comme réversibles. Les mesures prises doivent être « proportionnées » au risque éventuel qu'il s'agit de réduire et à la gravité du dommage redouté. En outre, aux termes de l'article 6 du projet de Charte : « *Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* ».

Mais les débats sur le projet de Charte ont montré qu'inquiétudes et incertitudes subsistent. D'abord, la rédaction de l'article 1^{er} de la Charte est très large : « *Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* ». Ensuite, le principe acquerra valeur constitutionnelle par la référence « *aux droits et devoirs définis par la Charte de l'environnement* » dans le préambule de la Constitution alors que jusqu'ici le Conseil Constitutionnel s'était refusé à faire de ce principe un objectif de valeur constitutionnelle (décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001). Les termes « *par application du principe de précaution* » laissent planer le doute sur l'existence d'autres attributs de ce principe²⁴⁵. Des frontières sont posées par l'article 5 du projet de Charte. Seuls les pouvoirs publics sont concernés ; seul l'environnement est couvert, mais l'intangibilité de ces frontières n'est pas certaine : le droit communautaire étend le principe de précaution au domaine de la santé²⁴⁶ et le juge administratif français se réfère également à la notion de « précaution » ou de « mesures de précaution » dans ce domaine²⁴⁷. Les dommages environnementaux ayant leurs caractéristiques propres (risques de long terme et diffus,

244. Cf. concl. E. Mignon sur CE, 22 août 2002, *SFR*.

245. Yves Jegouzo, audition devant la commission des lois de l'Assemblée nationale, mercredi 10 décembre 2003.

246. Cf. à propos des mesures d'urgence contre l'encéphalopathie spongiforme bovine, arrêt du 5 mai 1998, aff. C-157/96, *National Farmer's Union* ; arrêts TPICE des 11 septembre 2002, *Alphama c/ Conseil* et 26 avril 2002, *Artogodan GmbH et autres c/ Commission européenne*.

247. CE, 21 avril 1997, *Mme Barbier*, inédit au rec. ; 24 février 1999, *Société Pro-Nat*, rec. tab. p. 617.



aux causes multifactorielles), il n'est au surplus pas exclu que dans d'autres domaines le principe de précaution soit chargé d'une signification particulière, ainsi pour ce qui concerne la santé, secteur dans lequel la perception individuelle du risque est plus grande.

Les débats qui ont par ailleurs eu lieu sur le rôle qui doit être réservé au législateur ont abouti à l'article 3 du projet de loi constitutionnelle qui introduit à l'article 34 de la Constitution une disposition aux termes de laquelle la loi détermine les principes fondamentaux « *de la préservation de l'environnement* ». Mais indépendamment des dispositions législatives qui pourraient intervenir, la question se pose de savoir si le principe de précaution peut ou non être invoqué directement dans les actions en responsabilité.

■ La pratique et ses difficultés : l'exemple de l'ESB

La gestion de l'épidémie d'encéphalopathie spongiforme bovine transmissible (ESB) est révélatrice des difficultés que peut poser la mise en œuvre du principe de précaution ²⁴⁸.

Dans le cas de l'ESB, cause de la maladie de Creutzfeldt-Jacob, l'attention est surtout portée, dans un premier temps, sur les nombreux procédés de fabrication de farine à base de viandes utilisées pour l'alimentation des animaux, thèse considérée comme la plus vraisemblable fin 1987. Mais le rapport d'octobre 2000 de la commission d'enquête britannique, présidée par Lord Philips, écarte cette hypothèse, en faisant valoir que l'ancien procédé de fabrication n'aurait pas non plus empêché la diffusion de l'ESB. En outre, si les procédés de fabrication des farines animales avaient été modifiés afin d'éviter ou de limiter l'utilisation des solvants, c'est parce que ces solvants étaient source de pollution et avaient été la cause d'accidents du travail. Ainsi l'application du principe de précaution à l'époque (fin des années soixante-dix) aurait probablement conduit à accélérer ces changements de fabrication, ou à conserver l'ancien procédé. Les États n'ont pas pris plus tôt la décision de retirer du marché les farines animales non pas seulement pour des raisons économiques mais aussi et surtout parce que les données scientifiques de l'époque ne permettaient pas d'affirmer que l'ESB pouvait passer à l'espèce humaine. Le rapport Philips fait également valoir que la contamination orale des bovins par la tremblante du mouton n'est pas à l'origine de l'ESB. Si l'origine exacte de la maladie reste inconnue, elle serait vraisemblablement due à une mutation génétique des bovins, ce qui conduit à constater cependant que le principal facteur d'expansion de la maladie est le recyclage des déchets bovins. Si ces analyses sont exactes, il aurait alors fallu interdire totalement les farines animales. On ne peut cependant exclure que les conclusions du rapport Philips soient elles-mêmes un jour remises en cause. L'exemple du traitement de l'épidémie d'ESB ²⁴⁹ montre qu'il faut se garder de ce qu'O. Godard qualifie d'« *illusion rétrospective* », qui consiste, dans sa forme la plus grossière, à juger du caractère fautif des décisions au regard des connaissances qui ne sont

248. Pierre-Marie Lledo, *Histoire de la vache folle*, PUF, 2001.

249. Le rapport Philips souligne que l'encéphalopathie spongiforme transmissible concerne les félins et les volailles.



apparues qu'ultérieurement. Une telle constatation ne doit cependant pas aboutir à la conclusion que le principe de précaution n'est d'aucune utilité ou ne peut conduire qu'à des erreurs : « Dans le cas du Royaume-Uni, il a été constaté par la commission Philips que des erreurs ont été commises à de nombreuses reprises : des informations disponibles sur des points clés n'ont pas été utilisées, des croyances erronées se sont maintenues, des mesures utiles ont été prises avec retard et, surtout, leur mise en œuvre n'a pas toujours été rigoureuse, faute de crédibilité auprès de professionnels qui croyaient que cette politique n'avait pour but que de rassurer l'opinion publique. L'application plus rigoureuse et cohérente d'une stratégie de précaution proportionnée et plus attentive à l'évolution des informations et connaissances scientifiques aurait significativement réduit l'ampleur de l'épidémie et son incidence possible pour la santé humaine, même si elle n'avait pas pu la tuer dans l'œuf. Le principe de précaution est une exigence de prise en compte précoce de risques potentiels, mais sa contrepartie est bien l'adoption de mesures effectives et proportionnées, comme le demande la loi française »²⁵⁰.

2.2.2. Quel contrôle ?

Quelles sont les conséquences, en termes de responsabilité de la puissance publique, du principe de précaution ?

C'est dans le **contentieux de la légalité** et de façon non explicite la plupart du temps que le principe a trouvé le plus souvent à s'appliquer, plus spécialement dans le contentieux des mesures de police, qui constituent une grande partie des activités à risque de l'administration. Les décisions se réfèrent aux « précautions qui s'imposent » ou à des « mesures de précaution », par exemple pour conforter la légalité d'une mesure de police intervenue dans le contexte de crainte suscitée par l'épidémie d'encéphalopathie spongiforme bovine²⁵¹, ou à propos du retrait d'une autorisation de mise sur le marché d'un insecticide destiné au traitement des semences et de l'interdiction de la mise en culture²⁵² des semences ainsi traitées. Certaines décisions, toutefois, se réfèrent explicitement au principe de précaution.

La portée du contrôle du juge a été précisée par la jurisprudence. La légalité externe fait l'objet d'un contrôle classique²⁵³. S'agissant de la légalité interne, le juge contrôle l'erreur manifeste²⁵⁴ pour apprécier l'existence d'un danger, mais exerce un contrôle de proportionnalité sur les mesures de protection prises²⁵⁵. Il se place sur le terrain de l'erreur de droit lorsque les autorités compétentes n'ont pas examiné tous les éléments nécessaires à leur appréciation des risques.

250. Olivier Godard, « L'impasse de l'approche apocalyptique de la précaution. De Hans Jonas à la vache folle », *Ethique publique* 4(2), éd. Liber, octobre 2002, pp. 7-23.

251. CE, 4 janvier 1995, *M. Rossi*, inédit au rec. ; CE, 21 avril 1997, *M^{me} Barbier*, précité.

252. CE, 24 février 1999, *Société Pro-Nat*, précité ; 29 décembre 1999, *Sté Rustica Prograin Génétique SA et autres*, rec. tab. p. 601.

253. CE, Sect., 25 septembre 1998, *Association Greenpeace France*, rec. p. 343.

254. CE, 21 avril 1997, *M^{me} Barbier*, précité ; 29 décembre 1999, *Sté Rustica Prograin Génétique SA et autres*, précité.

255. CE, 28 juillet 2000, *Association Force ouvrière consommateurs et autres*, rec. p. 352.



Le Conseil d'État a ainsi considéré que la décision du ministre de l'agriculture de ne pas abroger l'autorisation d'utilisation du « gaucho » pour le traitement des semences du maïs devait être annulée pour erreur de droit dès lors que le ministre n'avait pas examiné l'intégralité des éléments nécessaires à l'appréciation de l'innocuité du produit, en ne prenant pas en compte, en particulier, la fréquentation du maïs par les abeilles et les conséquences des prélèvements²⁵⁶ qu'elles effectueraient.

Le contentieux de l'urgence pourrait constituer à l'avenir le cadre de prédilection pour invoquer le principe de précaution devant le juge administratif. La suspension d'une décision administrative peut en effet être accordée lorsque son exécution risque de préjudicier « *de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public* »²⁵⁷. Accordée à titre conservatoire et pour une durée déterminée, cette suspension offre le temps d'approfondir l'instruction ou de laisser évoluer la connaissance scientifique. Certains auteurs ont exprimé la crainte que le doute qui caractérise un risque incertain conduise à généraliser les décisions de suspension et aboutisse de la sorte aux inconvénients de la conception maximaliste du principe de précaution. Loin d'étayer ces craintes, l'examen de la jurisprudence montre que le juge, attaché au caractère exécutoire des décisions administratives, est hostile à tout principe de suspension automatique. Il n'hésite pas, non plus, à suspendre des décisions dont il estime qu'elles font une application excessive de la règle de précaution. Une illustration en est fournie par le contentieux en matière de téléphonie mobile. Les opérateurs ayant demandé au juge la suspension des décisions de maires s'opposant à l'installation d'antennes nécessaires à la couverture du réseau de radiotéléphonie, le Conseil d'État a estimé « *qu'eu égard, d'une part, à l'intérêt qui s'attache à la couverture du territoire par le réseau de téléphonie mobile et, d'autre part, aux intérêts de la société SFR, résultant notamment des autorisations qui lui ont été délivrées, et en l'absence de risques sérieux prouvés pour la santé publique, l'urgence justifie la suspension de la décision attaquée* »²⁵⁸. De même, il a suspendu, dans la décision de Section du 22 février 2002, *Société des Pétroles Shell*, une mesure qui avait pour objet de parer à un risque dont la probabilité de réalisation était extrêmement faible (une fois tous les 25 000 ans).

S'agissant du **contentieux de la responsabilité**, aucune décision n'a jusqu'à présent reconnu explicitement l'engagement de la responsabilité sur le fondement de la méconnaissance du principe de précaution. Le juge administratif se réfère au « *risque prévisible* » (CE, 9 avril 1993, *M. D.*), à « *l'état des connaissances scientifiques* » (CE, Sect., 31 mars 2003, *Bergaderm* ; Ass., 3 mars 2004, *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/ Consorts X.*). Le postulat d'incertitude scientifique n'apparaît pas davantage dans les jugements et arrêts des tribunaux judiciaires se référant à une nécessaire « précaution ».

Qu'en sera-t-il à l'avenir ? Certains voient dans le principe de précaution le retour de la faute. Pour d'autres, cette éventualité n'est pas crédible : « *La théorie du risque et le principe de précaution ayant comme objectif commun*

256. CE, 9 octobre 2002, *Union nationale de l'apiculture française*, rec. p. 330.

257. CE, Sect., 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, rec. p. 29.

258. CE, 22 août 2002, *SFR*, concl. E. Mignon.



*d'améliorer la protection du public contre les risques, il serait paradoxal qu'ils entrent en conflit et que le principe de précaution ait pour effet de revenir sur les régimes de responsabilité sans faute que cette doctrine a permis d'aménager... Bien plus, il semble même que (le principe de précaution) incite à franchir une nouvelle frontière en favorisant la création de régimes d'indemnisation totalement indépendants de toute affirmation, non seulement d'une faute, mais même d'une responsabilité quelconque »*²⁵⁹.

On voit bien les risques d'une recherche systématique de la carence fautive : une conception trop large d'une telle carence consacrerait l'interprétation maximaliste du principe de précaution, transformé en principe rétrospectif qui conduirait à condamner tout comportement qui n'aurait pas choisi l'interdiction ou l'abstention face à un risque.

Il n'est toutefois pas évident d'anticiper l'interprétation que les juges feront de la définition d'obligations positives par l'article 5 de la Charte de l'environnement quand ils auront à l'appliquer. Un déplacement de la ligne de partage entre la responsabilité pour risque et la responsabilité pour faute ne peut être exclu. Le juge pourrait ainsi sanctionner à l'avenir le défaut de précaution, en qualifiant de fautives des décisions ayant entraîné des dommages qui ne pouvaient être précisément anticipés mais dont la probabilité était importante. Cette démarche ne serait pas sans fondement et s'inscrirait dans le mouvement d'extension du champ de la faute lié à la multiplication des obligations pesant sur le décideur. Lorsque le juge aura considéré qu'une autorité administrative a méconnu le principe de précaution, il lui sera difficile d'écarter ensuite l'idée d'une responsabilité.

Certains auteurs voient ainsi dans le principe de précaution la solution pour restaurer le sens de la responsabilité : face à des situations où existeraient des soupçons de risque, ne conviendrait-il pas d'établir une distinction entre celles où des mesures ont été prises pour développer les recherches ou diminuer l'occurrence de dommages et celles, les seules visées par une faute de précaution, où, aucune mesure n'ayant été prise, le dommage résulte d'une carence fautive ? « *Ce qui relevait auparavant du fatalisme peut désormais relever de la carence fautive* »²⁶⁰.

Une telle évolution n'irait cependant pas sans difficultés et dangers. L'établissement devant le juge d'un lien de causalité entre le fait et le dommage serait particulièrement délicat et ouvrirait la voie à de longues batailles d'experts. De façon générale, le juge se trouvera confronté à la difficulté de l'expertise : pour juger du défaut ou non de précaution, exercice rendu particulièrement délicat par le décalage entre le risque virtuel et le risque avéré ; pour évaluer les dommages subis. Pour les risques diffus, tels les risques environnementaux, la causalité serait « distendue » et l'écoulement d'un temps long avant l'apparition du dommage poserait la question de la prescription.

Le débat reste également ouvert sur les **risques de mise en cause pénale** des décideurs par le biais de condamnations sur le fondement d'incriminations à caractère très large : le non respect de l'obligation de prudence ou de sécurité

259. Rapport Kourilsky-Viney précité.

260. Marie-Angèle Hermitte, *Le sang et le droit. Essai sur la transfusion sanguine*, Seuil, 1996.



prévue par la loi ou le règlement (article 121-3 du Code pénal) ; les atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité des personnes (articles 221-6 et 222-19 à 21 du Code pénal) ; la mise en danger d'autrui (article 223-1 du Code pénal). Cette crainte devrait normalement s'avérer infondée, compte tenu du principe de légalité en matière pénale²⁶¹ qui contraint le législateur à prévoir des textes clairs et précis, définissant avec précision ce qui est prohibé afin de mettre les individus à l'abri de poursuites arbitraires. Dans son arrêt du 18 juin 2003 à propos de l'affaire du sang contaminé²⁶², sans se référer au principe de précaution, la Cour de cassation a en effet explicitement affirmé qu'une condamnation pénale ne pouvait être prononcée à défaut de délit clairement matérialisé.

Il reste que l'on constate une tendance croissante à rechercher la responsabilité pénale des décideurs²⁶³ pour des infractions non intentionnelles.

La loi du 10 juillet 2000 traite des infractions d'imprudence en général²⁶⁴. Aux termes de l'article 121-3 du Code pénal qui en est issu : « *Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement [...]* ». L'objectif était d'alléger la responsabilité pénale des personnes physiques et notamment des élus locaux liée aux infractions d'imprudence. Pour qu'il y ait condamnation, les personnes physiques qui ont soit causé directement le dommage soit « *créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer* ». La charge de la preuve repose sur l'accusation et non plus sur le prévenu. La portée des obligations de sécurité et de prudence prévues par ce texte reste cependant floue. Deux décisions prises en 2003²⁶⁵, condamnant deux maires, pour n'avoir pas suffisamment surveillé, l'un les travaux d'entretien de pistes de ski, le second les branchements électriques lors d'une fête municipale, ont cependant ravivé la crainte des élus en faisant redouter une interprétation encore trop large de ce texte²⁶⁶. Il est clair que s'il y a là une dérive à éviter, il faut aussi se garder de la dérive contraire et de la déresponsabilisation qui en résulterait.

261. Article 111-3 du Code pénal : « *Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement.*

Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention ».

262. Cf. également Cass. crim., 25 juin 1996, n° 95-86205, Bull. crim. n° 274, p. 828.

263. Cf. rapport Delevoye-Fauchon de 1995 ; étude du Conseil d'État sur la responsabilité pénale des agents publics en cas d'infractions non intentionnelles, La Documentation française, 1996 ; rapport au garde des Sceaux du groupe d'étude sur la responsabilité pénale des décideurs publics présidé par M. Massot, 1999.

264. Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels publiée au *JORF* n° 159 du 11 juillet 2000, p. 10484.

265. Cass. crim., 18 mars et 11 juin 2003, JCP 2003, 2020 et 2448.

266. Cf. Jacques-Henri Robert, « La loi Fauchon, trois ans après », *AJDA*, n° 36-2003, 27 octobre 2003.



Troisième partie Perspectives

A – L'influence du contexte international et européen

L'évolution constatée en France d'une plus grande sensibilité à l'égard des risques sociaux et de leur réparation ne lui est pas propre. Le phénomène de socialisation accrue des risques qui en découle peut également se constater au-delà de nos frontières, en particulier pour les risques exceptionnels, même si les solutions apportées sont diverses. Mais la place de la responsabilité pour faute reste le droit commun. L'évolution du droit international public est particulièrement prudente, en raison des enjeux et des difficultés de la formalisation d'un régime, même s'il existe quelques régimes conventionnels assez novateurs de responsabilité pour risque. Le droit communautaire est en revanche, dans certains secteurs, plus perméable au phénomène de socialisation des risques.

1. La prudence du droit international public

Les États sont traditionnellement très réticents à la « socialisation du risque » au niveau international. Ceci n'a pas empêché, cependant, la naissance d'un droit international de la responsabilité, essentiellement élaboré à la fin du XIX^e siècle et qui reste aujourd'hui encore d'origine largement coutumière.

La préoccupation de protéger l'environnement, en particulier, par des normes ou procédures de droit international public, n'est pas nouvelle et s'amplifie. Elle se manifeste par une approche générale, fondée sur la notion de globalité, sur le concept de développement durable, sur le devoir de prévention et le principe de précaution, sur le principe pollueur-payeur. Mais les instruments applicables restent généraux et flous. Souvent, il s'agit davantage de principes que d'engagements précis et contraignants, même si la « responsabilité » est de plus en plus souvent invoquée, ainsi par exemple de la résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité, qui se réfère à la responsabilité de l'Iraq pour les dommages causés à l'environnement « *du fait de son invasion et de son occupation illicites du Koweït* ». C'est en revanche essentiellement par le biais de conventions sectorielles portant sur des activités à risques que les questions de responsabilité sont traitées de façon précise.



1.1. La responsabilité de l'État en droit international

La responsabilité pour fait illicite reste la règle

Le droit international public de la responsabilité est fondé sur le principe fondamental selon lequel deux conditions doivent être réunies pour faire naître une obligation de réparation²⁶⁷ : l'illicéité du fait générateur du dommage et l'existence d'un dommage subi par un sujet de droit international.

Le fait illicite peut consister en la violation d'une norme, d'une obligation de résultat ou d'une obligation de comportement, par exemple d'une obligation de diligence. La responsabilité internationale peut être engagée pour une omission tout autant que pour un agissement. Dans l'affaire du détroit de Corfou, la Cour internationale de Justice a reproché à l'Albanie son inaction qui consistait, en l'occurrence, à ne pas avoir notifié la présence de mines dans les eaux territoriales albanaises. À l'inverse, elle a blâmé le Royaume-Uni pour ses agissements, notamment pour avoir procédé au déminage d'office des mines. Le fait générateur à l'origine de l'engagement de la responsabilité internationale doit pouvoir être imputé à un sujet de droit international, donc à un État, une organisation internationale ou des organes et des personnes ayant avec eux un lien suffisant. La responsabilité internationale d'un État pourra ainsi être engagée du fait d'un dommage commis par une collectivité publique exerçant des prérogatives de puissance publique. Des causes exonératoires de responsabilité ôtent au fait générateur du dommage son caractère illicite, ainsi du consentement de l'État lésé au fait qui a produit le dommage, de la légitime défense, de la force majeure, du cas fortuit, de la détresse ou encore l'état de nécessité.

La responsabilité internationale ne peut être engagée que si un droit a été violé ; il ne suffit pas qu'un intérêt ait été lésé, ainsi que l'a estimé la Cour internationale de Justice dans son arrêt de 1966 sur le Sud-Ouest africain. La Cour a en effet refusé de reconnaître « *une sorte d'actio popularis, ou un droit pour chaque membre d'une collectivité d'intenter une action pour la défense d'un intérêt public* ». Le droit international de la responsabilité exige en outre qu'il existe un lien de causalité entre le fait illicite commis et le dommage subi. Dans l'affaire de l'Alabama, tranchée par sentence arbitrale en 1872, les États-Unis demandaient réparation du préjudice subi du fait de la hausse du coût des frets et des polices d'assurance découlant de l'activité du navire Alabama, armé par l'Angleterre pour le compte des confédérés sudistes au cours de la guerre de sécession. Le tribunal arbitral refusa de faire droit à la demande américaine, au motif qu'il n'existait pas de lien direct entre le fait illicite et le préjudice subi par le demandeur.

Enfin, si le dommage n'a pas frappé directement l'État, mais un de ses ressortissants, la protection diplomatique peut être exercée. L'État prend alors fait et cause pour son ressortissant, en faisant valoir son droit propre de « faire respecter le droit international public en la personne de ses ressortissants »²⁶⁸. Ce faisant, le litige devient international, opposant à l'avenir l'État auquel le dommage est imputé et l'État protecteur, substitué au particulier.

267. Voir notamment arrêt CPJI, 13 septembre 1928, *Usine de Chorzów*, Série A, n° 17.

268. Voir l'arrêt CPJI du 30 août 1924, affaire *Mavrommatis*, Série A, n° 2, p. 12.



La responsabilité pour faits licites demeure exceptionnelle

Le droit international connaît, pour certains domaines, des régimes particuliers qui échappent au droit commun de la responsabilité internationale des États. Ces régimes de nature conventionnelle portant sur des activités bien identifiées instituent une obligation de réparation des dommages fondée en réalité sur la responsabilité pour risque.

Les activités spatiales sont ainsi soumises au régime défini par la convention internationale sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, signée en 1972 à Londres. En vertu de l'article 2 de cette convention : « *Un État de lancement a la responsabilité absolue de verser réparation pour le dommage causé par son objet spatial à la surface de la Terre ou aux aéronefs en vol* »²⁶⁹.

Dans le domaine des activités nucléaires, les conventions de Paris du 29 juillet 1960 et de Vienne du 19 mai 1963 relatives à la responsabilité civile dans le domaine nucléaire, celle de Bruxelles, du 25 mai 1962, sur la responsabilité civile dans le domaine du transport maritime des matières nucléaires, prévoient outre une responsabilité automatique de l'exploitant civil limitée à un montant maximum, la prise en charge des dommages par l'État au-delà, mais également dans la limite d'un certain plafond.

1.2. Les régimes conventionnels de responsabilité de plein droit des exploitants ou entreprises pour certaines activités

Outre l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire, certaines activités particulièrement dangereuses qui, dans l'ordre interne des États, relèvent généralement de la responsabilité pour risque, ont donné lieu à des conventions consacrant un régime de responsabilité de plein droit. Les États peuvent en effet être plus enclins à se rallier à ce type de régime lorsque la charge peut en être supportée, exclusivement ou largement, par des personnes privées²⁷⁰. Ces régimes restent cependant peu fréquents.

Ainsi, à la suite du naufrage du *Torrey Canyon* en 1967 au large des côtes britanniques, un système international d'indemnisation des dommages occasionnés par des « marées noires » s'est imposé. Il a été établi par voie conventionnelle entre les pays membres de l'Organisation maritime internationale.

Les activités de **transport maritime d'hydrocarbures** sont régies, pour ce qui concerne les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, par la convention internationale sur la responsabilité civile signée à Bruxelles en 1969 et entrée en vigueur le 19 juin 1975 qui prévoit la responsabilité financière des propriétaires de navires responsables des dommages causés par les déversements de leurs cargaisons. La responsabilité du dommage peut être engagée sans faute ou négligence de leur part. Toutefois, cette responsabilité

269. Une étude du Conseil d'État sur le statut juridique des activités spatiales gouvernementales et non gouvernementales et la responsabilité de l'État dans la réparation de leurs conséquences dommageables est actuellement en cours.

270. Cf. sur ces points, *Droit international public*, Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier et Alain Pellet, LGDJ, 2002.



était limitée, en fonction du dommage du navire, à un niveau bien inférieur aux dommages possibles. Le régime, déjà novateur en lui-même, a été complété par la création, par une convention de 1971 entrée en vigueur le 16 octobre 1978, d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par hydrocarbures (FIPOL), remplacé par un nouveau fonds en 1992. Ce fonds, alimenté par les importateurs de pétrole, constitue une forme de socialisation des risques : lorsque l'indemnisation par le propriétaire du navire ne suffit pas à dédommager les victimes du sinistre, les ressources du FIPOL peuvent être mobilisées pour réparer le préjudice subi. Ce dispositif, jugé encore sous-dimensionné, a joué à diverses reprises. Il est vraisemblablement appelé à se développer. Sa dotation a d'ailleurs été augmentée en 2003 ²⁷¹.

La convention relative au **transport maritime des substances nocives** et potentiellement dangereuses ²⁷² institue, comme dans le système du FIPOL, une assurance obligatoire limitée de l'armateur pour indemniser les victimes. Un second niveau d'indemnisation est prévu par un fonds (fonds SNPD) plafonné, alimenté par des redevances versées par les industriels utilisateurs de substances nocives ou dangereuses transportées par voie maritime, c'est-à-dire les importateurs et réceptionnaires.

Les activités de **transport aérien** ont de même donné lieu à l'élaboration d'un régime conventionnel de responsabilité ²⁷³. La Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international du 28 mai 1999, entrée en vigueur le 28 juin 2004, prévoit que le transporteur est responsable de plein droit des dommages causés aux passagers et aux bagages et marchandises transportés, jusqu'à concurrence de 100 000 DTS ²⁷⁴. Au-delà, le régime de responsabilité pour faute avec présomption de faute s'applique.

1.3. Les travaux de la Commission du droit international des Nations unies

Cette Commission a achevé ses travaux sur un premier projet concernant la responsabilité des États à raison d'actes contraires au droit international. L'élaboration de ce projet a soulevé de profondes divergences entre les États membres des Nations unies. Les points qui ont suscité le plus de débats sont notamment l'introduction d'une responsabilité pénale des États, le régime de contre-mesures, d'arbitrage et de conciliation. Le projet actuel n'a pas retenu la responsabilité

271. Le 3 août 2004, six États (Danemark, Norvège, Finlande, France, Irlande et Japon) avaient ratifié le protocole de 2003 portant création du fonds complémentaire.

272. Plus connue sous le nom de convention HNS.

273. Cf. également convention de Londres du 17 décembre 1976, pour les dommages résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin ; les conventions d'Helsinki de 1992 sur la protection des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux et sur la protection de l'environnement marin dans la zone de la mer Baltique ; l'accord de la FAO du 24 novembre 1993, en vue de favoriser le respect par les navires des mesures internationales de conservation et de gestion des ressources en haute mer (*JOCE* n° L. 177 du 16 juillet 1996, p. 26).

Tous ces régimes conventionnels n'excluent naturellement pas, cependant, que des transactions pour l'indemnisation des victimes puissent intervenir.

274. Soit 152 495 dollars au 19 janvier 2005.



pénale des États. Une résolution de l'Assemblée générale a pris note de ce projet sur lequel des réserves subsistent de la part de certains États.

En outre, des travaux de la Commission du droit international lancés en 1978 sur un projet relatif à la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses licites ont abouti en 2001 sans aborder toutefois la question des conditions dans lesquelles ce type d'activités pourrait engager la responsabilité internationale des États. Mais ces travaux ont conduit la Commission à proposer au cours des débats un régime aboutissant à une responsabilité pour risque et ouvrant la voie à une mutualisation de la réparation de certains dommages entre les différents agents intervenant dans les activités dangereuses (par exemple entre ceux qui les autorisent, ceux qui les gèrent ou ceux qui en tirent profit). Au stade auquel ils sont ainsi parvenus, ces travaux sont loin de refléter le droit positif existant et ne reçoivent qu'un faible soutien de la part des États membres des Nations unies.

Un troisième projet en cours d'étude porte sur la responsabilité des organisations internationales pour les actes contraires au droit international.

1.4. Le principe de précaution en droit international public

Appréhendé comme une règle générale de conduite, et évoqué au cours des années quatre-vingt à propos de l'environnement, le principe de précaution a été consacré en 1987 dans la déclaration de la Conférence sur la protection de la mer du Nord. Il devient un des principes directeurs des politiques de développement durable dans la déclaration finale du Sommet de la Terre de Rio sur l'environnement et le développement, en 1992.

Tant la Cour internationale de Justice que l'organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce ont fait preuve de prudence, sinon de réticence, à l'égard du principe de précaution. La Cour internationale de Justice ne s'est pas encore prononcée sur celui-ci. Elle n'a pas eu ou a évité de le faire lorsqu'il était invoqué, soit explicitement, comme dans l'affaire des essais nucléaires français²⁷⁵ soit implicitement, comme dans l'affaire du projet d'aménagement d'écluses sur le Danube²⁷⁶ ou la demande d'avis sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires²⁷⁷.

Parmi les textes fondateurs de l'Organisation mondiale du commerce, seul l'accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (accord SPS) prévoit, en matière de commerce des denrées alimentaires, des mesures que l'on peut qualifier de précaution. Ces mesures consistent, en réalité, en des clauses de sauvegarde temporelle limitées à un délai raisonnable, ce délai devant permettre aux scientifiques d'établir avec certitude l'existence d'un risque avant d'autoriser une restriction définitive. Mais elles n'autorisent pas à

275. CIJ, ordonnance du 22 septembre 1995, « Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des essais nucléaires » (*Nouvelle-Zélande c/ France*), rôle général n° 97.

276. CIJ, arrêt du 25 septembre 1997, *Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie c/ Slovaquie)*, rôle général n° 92.

277. CIJ, avis du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, rôle général n° 95.



fonder une décision de protection sur une incertitude scientifique. C'est d'ailleurs pourquoi l'Union européenne a pu être condamnée en 1999 par l'organe de règlement des différends de l'OMC pour ses restrictions à l'importation concernant la viande bovine américaine, dès lors qu'elle n'avait pu prouver scientifiquement la dangerosité de l'usage des hormones de croissance dans l'élevage bovin.

Le principe de précaution a cependant été partiellement reconnu en droit commercial international à la suite du débat sur les OGM. Le 29 janvier 2000, 128 pays ont en effet signé le protocole de Carthagène qui porte sur la prévention des risques biotechnologiques, pris en application de la convention sur la biodiversité de 1992. Cet accord permet de refuser l'importation d'OGM selon un principe de précaution interprété largement et dont la conciliation avec les règles de l'OMC peut s'avérer délicate²⁷⁸. Le principe est celui de la mise en place de procédures d'autorisation préalable, après évaluation des risques, pour les mouvements transfrontières d'OGM.

2. Les avancées du droit communautaire

2.1. La responsabilité extra-contractuelle de la Communauté

Aux termes de l'article 288 du TCE (ex. article 215) : « *En matière de responsabilité non contractuelle, la Communauté doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par des institutions ou par des agents dans l'exercice de leurs fonctions* ». La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sur l'application de cet article a évolué dans le sens d'un assouplissement.

De même que pour la responsabilité de l'État en droit interne, la responsabilité de la Communauté peut être engagée sur le **terrain classique de la faute**, en raison d'un fait illicite d'une institution (méconnaissance d'un devoir d'information, violation d'une obligation de confidentialité...) ou d'un acte illégal, toute illégalité ne constituant cependant pas une faute. Lorsqu'est en cause un acte normatif comportant des mesures de politique économique, entendues au sens large, la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté pour le préjudice subi par des particuliers du fait de cet acte ne pouvait être engagée qu'en présence d'une violation caractérisée d'une règle supérieure du droit protégeant les particuliers engendrant un dommage grave et spécial, condition que le juge français n'apprécie qu'en cas de responsabilité sans faute²⁷⁹. Le principe d'une telle responsabilité se trouvait ainsi cantonné dans des limites étroites²⁸⁰.

Mais, par la suite, la Cour a considéré que les conditions de mise en œuvre de la responsabilité de la Communauté pour les dommages causés aux particuliers en raison de l'évolution du droit communautaire ne devaient pas, en

278. Les États-Unis ne sont pas partie à ce protocole.

279. CJCE, aff. 9 et 11-71, 13 juin 1972, *Cie d'approvisionnement de transport et de crédit SA et Grands Moulins de Paris SA c/ Commission des Communautés européennes*.

280. Cf. Guy Isaac, Marc Blanchet, *Droit communautaire général*, Armand Colin, 8^e édition, 2001.



l'absence de justification particulière, différer de celles régissant la responsabilité des États dans des circonstances comparables. Elle en a déduit que, lorsqu'une institution de la Communauté ne dispose que d'une marge d'appréciation réduite, voire inexistante, la simple infraction au droit communautaire peut suffire à établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée²⁸¹. Elle se cale ainsi sur sa jurisprudence classique sur les critères décisifs de responsabilité des États membres pour violation du droit communautaire : méconnaissance manifeste et grave, par un État membre, des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation²⁸² (*cf. infra*).

Le juge communautaire a en outre pris soin de ne jamais écarter le principe d'une responsabilité sans faute de la Communauté sans cependant le consacrer expressément²⁸³. La Cour a ainsi précisé, dans une affaire concernant un préjudice invoqué par une société en raison de l'adoption d'un règlement du Conseil interdisant les importations et les exportations avec l'Iraq et le Koweït, que, « *dans l'hypothèse où le principe de la responsabilité de la Communauté du fait d'un acte licite devrait être reconnu en droit communautaire, l'engagement d'une telle responsabilité supposerait, en tout état de cause, l'existence d'un préjudice anormal et spécial* ». Elle a estimé que tel n'était pas le cas en l'espèce²⁸⁴. La jurisprudence de la Cour n'a offert pour l'instant aucun exemple d'application positive.

2.2. Le droit communautaire et la socialisation des risques

Le droit communautaire impose aux États de mettre en œuvre ou d'appliquer certaines règles de responsabilité.

Selon la Cour de justice des Communautés européennes, le principe de la responsabilité de l'État pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables est inhérent au système du Traité²⁸⁵. L'État doit indemniser les particuliers même lorsque les dommages causés par la violation du droit communautaire sont imputables au législateur²⁸⁶ et alors même que l'action de ce législateur n'aurait pu entraîner la responsabilité de l'État en droit interne. Cela peut poser des problèmes de conciliation avec la tradition jurisprudentielle française en matière de responsabilité du fait des lois.

Dans tous les cas de figure, il ne peut y avoir engagement de la responsabilité de l'État qu'à condition que la règle de droit violée ait pour objet de conférer

281. CJCE, aff. C-352/98/P, 4 juillet 2000, *Laboratoire pharmaceutique Bergaderm SA* ; aff. C-472/00P, 10 juillet 2003, *Commission des Communautés européennes c/ Fresh Marine Company A/S* ; TPICE, 10 février 2004, aff. T-64/01, *Afrikarische-Frucht-Compagnie GmbH*.

282. CJCE, aff. C-46/93 et C-48/93, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur SA c/ Bundesrepublik Deutschland et The Queen c/ Secretary of State for Transport*, ex parte : *Factortame Ltd et autres*.

283. CJCE, aff. 59/83, 6 décembre 1984, *Biovilac c/ Communauté économique européenne* ; TPICE, aff. T-184/95, *Dorsch Consult*, 28 avril 1998.

284. CJCE, aff. C-237/98 P, 15 juin 2000, *Dorsch Consult c/ Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*.

285. CJCE, aff. C-6/90 et C-9/90, 19 novembre 1991, *Francovitch et autres*.

286. CJCE, aff. C-46/93 et C-48/98, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA c/ Bundesrepublik Deutschland et The Queen c/ Secretary of State for Transport*, ex parte : *Factortame Ltd et autres*.



des droits aux particuliers, que la violation soit suffisamment caractérisée et qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation et le dommage subi.

Le principe de responsabilité est applicable quel que soit l'organe de l'État à l'origine de la violation du droit communautaire, législateur, autorité administrative, autorité juridictionnelle. La Cour a jugé que ce principe est également applicable lorsque la violation en cause découle d'une décision d'une juridiction statuant en dernier ressort²⁸⁷. Si la Cour précise que cette responsabilité n'a pas en soi pour conséquence de remettre en cause l'autorité de la chose jugée, il n'en reste pas moins que la question de la compatibilité de cette jurisprudence avec celle du Conseil d'État telle qu'elle découle de la décision d'Assemblée du 29 décembre 1978, *Darmont*²⁸⁸, se pose.

Des textes communautaires instituant des **obligations de nature à engager la responsabilité des acteurs ou des principes de responsabilité** sont intervenus dans un **certain nombre de secteurs caractérisés par des activités à risque**.

L'approche communautaire de la responsabilité dans le **domaine de l'environnement** a essentiellement pour objectif la protection de celui-ci. Elle s'affirme notamment par le principe « pollueur-payeur » inscrit dans le Traité. La directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux prévoit que, pour certaines des activités les plus dangereuses, cette responsabilité existe même sans faute. La directive ne vise que la réparation des dommages à l'environnement (dommages causés aux espèces et habitats naturels protégés, dommages affectant les eaux, dommages affectant les sols). Elle exclut de son champ d'application les dommages aux biens et aux personnes. Adoptée après de nombreuses années de discussions, elle témoigne de la prudence sur ces questions : la pollution atmosphérique, qu'il est souvent difficile d'imputer à une activité donnée, est exclue du champ d'application de la directive ; la directive elle-même ne confère aux victimes ou organisations de défense de l'environnement aucun droit à indemnisation à la suite des dommages visés. Celles-ci pourraient tout au plus s'adresser à l'autorité compétente désignée par chaque État.

Dans le domaine de la protection de la santé, de la sécurité et de l'hygiène sur les lieux de travail, plusieurs directives visent à imposer aux États membres la prescription d'obligations minimales que les employeurs devront respecter et dont la violation est de nature à mettre en cause la responsabilité des employeurs en cas de maladie ou d'accident du travail.

C'est à propos de la **protection des consommateurs**, avec les directives sur la **responsabilité du fait des produits défectueux**, que se trouve clairement consacré le principe de la responsabilité sans faute dans le domaine du risque-développement : « *Considérant que seule la responsabilité sans faute du producteur permet de résoudre de façon adéquate le problème, propre à notre époque de technicité croissante, d'une attribution juste des risques*

287. CJCE, aff. C-224/01, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler c/ Republik Österreich*.

288. *Cf. supra*.



inhérents à la production technique moderne »²⁸⁹. Sont considérés comme producteurs tout participant au processus de production, l'importateur du produit, toute personne apposant son nom, sa marque ou un autre signe distinctif sur le produit, toute personne qui fournit un produit dont le producteur ne peut être identifié. La victime doit simplement établir l'existence du dommage, le défaut du produit et le lien de causalité entre le dommage et le défaut. À la suite de la crise de la « vache folle », le champ d'application de ce régime a été élargi en 1999 aux matières premières agricoles et produits de la chasse.

Les États peuvent en outre prévoir dans leur législation que le producteur sera responsable même s'il prouve que l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit par lui ne permettait pas de déceler l'existence du défaut (article 15). Peu d'États membres ont appliqué cette option, d'autres l'appliquent uniquement à certains produits. Mais la directive n'autorise pas les États à adopter des mesures de protection plus strictes que celles qu'elle prévoit et qui répondent à l'objectif d'assurer une concurrence non faussée entre les opérateurs économiques, de faciliter la libre circulation des marchandises et d'éviter les différences dans le niveau de protection des consommateurs. La France a été condamnée par la Cour de justice pour avoir prévu de telles mesures²⁹⁰.

La question de **l'indemnisation des victimes d'infractions** a également donné lieu à une réglementation communautaire. Une récente directive relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité²⁹¹ prévoit qu'au 1^{er} juillet 2005 chaque État membre aura mis en place un régime national garantissant une indemnisation juste et appropriée des victimes de la criminalité.

2.3. Le principe de précaution en droit communautaire

C'est dans le domaine de l'environnement que le principe de précaution a été consacré en droit communautaire, par l'article 130 R du traité de Maastricht, devenu l'article 174 TCE, aux termes duquel : « *La politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de la Communauté. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur* ».

Mais l'application du principe n'a pas été cantonnée au secteur de l'environnement.

L'article 6 TCE prévoit, de façon générale, que « *les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté* ». En outre, selon l'article 174 TCE, la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement

289. Directive du Conseil du 25 juillet 1985, 85/374/CEE, modifiée par la directive 1999/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 mai 1999.

290. CJCE, aff. C-52/00, 25 avril 2002, *Commission des Communautés européennes c/ République française*.

291. Directive 2004/80/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité.



contribue à la protection de la santé des personnes. La communication de la Commission européenne du 2 février 2000 dégage des lignes directrices en vue de l'application du principe. Cette communication présente le principe comme une règle de procédure qui s'inscrit dans le cadre général de l'analyse du risque et s'applique non seulement à l'environnement mais également à la politique de la protection des consommateurs et à la santé humaine et animale. Le Conseil européen de Nice, dans sa résolution du 4 décembre 2002 sur le principe de précaution, considère qu'« *il y a lieu de recourir au principe de précaution dès lors que la possibilité d'effets nocifs sur la santé ou l'environnement est identifiée et qu'une évaluation scientifique préliminaire, sur la base des données disponibles, ne permet pas de conclure avec certitude sur le niveau de risque* ».

La Cour de justice, pour sa part, a fait référence au principe de précaution au-delà de l'environnement dans des affaires relatives à la sécurité alimentaire²⁹² ou à la santé. Le principe de précaution concerne les autorités publiques, qui prennent les mesures nécessaires « sur la base d'une appréciation politique ». C'est ce que précise également la résolution du Conseil du 4 décembre 2002.

L'application du principe de précaution au sein de l'Union européenne témoigne de la difficulté d'une gestion communautaire des risques environnementaux et sanitaires. Si la protection de la santé publique incombe en premier lieu aux États membres, leur compétence pour adopter des mesures sanitaires est en effet fortement réduite et encadrée par le droit communautaire lorsque les mesures adoptées ont une incidence sur la libre circulation des marchandises. Leur marge d'appréciation dépend notamment du degré d'harmonisation communautaire des règles qui régissent le secteur. L'incertitude scientifique multiplie les divergences d'appréciation sur les risques en cause et les mesures à prendre. L'adoption de mesures restrictives peut conduire à des batailles d'experts comme l'a montré le conflit entre les experts au sujet de la levée de l'embargo sur la viande bovine britannique. La difficulté des États à arbitrer entre les intérêts en jeu (commerce et santé publique) les a souvent conduits à laisser la décision entre les mains de la Commission, au sein des comités de gestion de la politique agricole commune.

De son côté, la Cour de justice des Communautés européennes, dans sa recherche d'un équilibre, difficile à déterminer, entre la précaution et l'absence d'entrave aux échanges, veille au respect du **principe de proportionnalité** entre l'objectif poursuivi et les mesures prises, s'efforçant de faire ainsi prévaloir une conception mesurée du principe de précaution. Dans son arrêt du 5 mai 1998 rejetant la requête du Royaume-Uni contre la décision de la Commission du 27 mars 1996 relative à certaines mesures d'urgence en matière de protection contre l'ESB²⁹³, la Cour rappelle « *que le principe de proportionnalité, qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, exige que les actes des institutions communautaires ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par la réglementation* ».

292. CJCE, aff. C-41/02, 2 décembre 2004, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume des Pays-Bas*.

293. CJCE, aff. C-180/56, 5 mai 1998, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c/ Commission des Communautés européennes*.



en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés ».

Dans un arrêt du même jour, en réponse à une question préjudicielle portant sur la validité des dispositions de la même décision, la Cour précise qu'il doit être admis que, lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, les institutions peuvent prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées. Elle relève que la décision attaquée a été adoptée à titre de « *mesure d'urgence* », édictant une interdiction d'exportation « *de façon transitoire* » et que la Commission reconnaît la nécessité d'approfondir sur le plan scientifique la portée des nouvelles informations et, par conséquent, la nécessité de réexaminer la décision attaquée après une analyse de l'ensemble de la situation.

La Cour ²⁹⁴ indique qu'en égard, d'une part, à l'incertitude quant au caractère suffisant et à l'efficacité des mesures adoptées antérieurement par le Royaume-Uni et par la Communauté et, d'autre part, aux risques considérés comme graves pour la santé publique, la Commission, qui dispose d'un large pouvoir d'appréciation en l'espèce, n'a pas manifestement dépassé les limites de ce pouvoir en s'efforçant de confiner la maladie au territoire du Royaume-Uni par l'interdiction des exportations de bovins, viande bovine et produits dérivés en provenance de ce territoire. Elle a ainsi accepté, dans l'incertitude, que la Commission ait fait prévaloir la protection de la santé sur la libre circulation des produits.

La marge d'action que reconnaît la Cour aux États membres pour prendre des mesures de précaution est fonction du degré d'harmonisation ²⁹⁵. Elle reste très attentive à limiter le droit des États à prendre des mesures de précaution, avec le souci d'éviter que de telles mesures ne deviennent une nouvelle source d'entrave aux échanges entre États : un arrêt du 13 décembre 2001 ²⁹⁶ a condamné la France pour n'avoir pas appliqué la décision communautaire qui décidait la levée de l'embargo sur les bovins britanniques. Le Tribunal de première instance des Communautés européennes a pour sa part qualifié le principe de précaution de « *principe général du droit communautaire* » ²⁹⁷.

Le droit dérivé ne se réfère que rarement de façon expresse au principe de précaution ; il impose, généralement, des obligations liées à des connaissances scientifiques établies. Toutefois, des références au principe de précaution figurent dans des textes relatifs à la sécurité alimentaire ou à la biotechnologie, ainsi des directives relatives à l'utilisation confinée et à la dissémination volontaire d'OGM ²⁹⁸. En outre, la nouvelle directive adoptée le 12 mars 2001 qui révisait la directive n° 90/220 relative à la dissémination volontaire d'OGM dans l'environne-

294. CJCE, aff. C-157/96, 5 mai 1998, *The Queen et Ministry of Agriculture*.

295. Aff. C-318/98, arrêt du 22 juin 2000, *Giancarlo Fornesar* ; aff. C-1/00, arrêt du 13 décembre 2001, *Commission des Communautés européennes c/ République française*.

296. Aff. C-1/00, arrêt du 13 décembre 2001, *Commission des Communautés européennes c/ République française*.

297. TPICE, 26 novembre 2002, *Artogodan GmbH et autres c/ Commission européenne*.

298. Directive 90/219/CEE du 23 avril 1990 ; directive 2001/18/CE du 12 mars 2001.



ment a défini des procédures et des critères communs d'évaluation des risques ainsi qu'un « système indépendant de résolution des conflits » sur une base scientifique²⁹⁹. L'exemple des OGM montre cependant que la légitimité de l'encadrement communautaire demeure contestée³⁰⁰ dans les domaines caractérisés par de fortes incertitudes scientifiques où, la sensibilité des citoyens devenant trop forte, les États sont soucieux de rester maîtres de la gestion des risques.

3. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la responsabilité publique

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne consacre aucun principe selon lequel la puissance publique serait responsable de ses actes en général. Mais « *la (Convention) et sa pratique vont dans le sens d'un recul des zones d'irresponsabilité de la puissance publique* »³⁰¹. Si la Cour, par sa jurisprudence, admet expressément des cas d'absence de responsabilité, elle exerce comme toujours un contrôle de proportionnalité sur les limitations au droit d'accès à un tribunal. Les États sont tenus de prévoir des régimes de responsabilité pour les dommages liés à la violation des droits et libertés prévus par la CEDH³⁰². Ils doivent, plus généralement, respecter les règles procédurales découlant de cette même Convention et de son interprétation par la Cour (règle du procès équitable, délai raisonnable, recours effectif...). La Cour a ainsi jugé, à propos des contentieux devant la juridiction administrative relatifs à des transfusés contaminés par le VIH, qu'une diligence exceptionnelle s'imposait en l'occurrence, nonobstant le nombre de litiges à traiter, et a condamné la France pour violation de l'article 6-1 de la Convention³⁰³.

En outre, devant la Cour, la responsabilité de l'État, certes limitée à la violation des droits et libertés consacrés par la Convention, est entendue de façon large. La Cour a dégagé des exceptions au principe selon lequel la charge de la preuve incombe au demandeur (arrêt *Tomasi c/ France*, 1992). Le droit à un environnement sain, non expressément prévu par la Convention, a été rattaché à l'article 8 relatif au respect de la vie privée et familiale³⁰⁴.

299. Voir aussi, s'agissant de la sécurité des denrées alimentaires, le règlement (CE) n° 178/2002 du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2002 qui institue l'autorité européenne de sécurité des aliments.

300. En matière de médicaments également, la Commission déplore une certaine réticence à se fier à l'évaluation scientifique d'autres États membres qui empêche de tirer pleinement profit des procédures (Communication n° 98C229/03).

301. J.-P. Costa, « La pratique de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », colloque du Sénat « Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique », mai 2001.

302. Ainsi des exigences découlant, selon la Cour, de l'article 1^{er} du protocole n° 1 (droit au respect des biens).

303. CEDH, aff. *X c/ France*, 31 mars 1992 ; *Vallée c/ France*, 26 avril 1994 ; *Karaya c/ France*, 26 avril 1994 ; *Demai c/ France*, 27 octobre 1994.

304. CEDH, *Lopez Ostra c/ Espagne*, 23 novembre 1994. Dans cette affaire, la Cour a condamné l'État espagnol à indemniser la requérante pour les nuisances et les préjudices en matière de santé provoqués par une station d'épuration.



La Cour, lorsqu'elle est saisie d'affaires dans lesquelles elle doit examiner la probabilité de certains risques au regard des obligations prévues par la Convention, observe une attitude de prudence. Elle recherche si un lien direct est établi entre les activités en cause et une menace suffisamment grave est imminente. Les dommages purement hypothétiques ne peuvent être pris en compte. Ainsi, à propos des dangers qu'aurait présentés une centrale nucléaire en Suisse, la Cour a considéré que les requérants n'avaient pas « *établi un lien direct entre les conditions d'exploitation de la centrale qu'ils ont mises en cause et leur droit à la protection de leur intégrité physique, faute d'avoir démontré qu'ils se trouvaient personnellement exposés, du fait du fonctionnement de la centrale de Mühleberg, à une menace non seulement sérieuse, mais également précise et surtout imminente. En l'absence de pareil constat, les effets sur la population des mesures qu'aurait pu décider le Conseil fédéral demeuraient donc hypothétiques. En conséquence, ni les dangers ni les remèdes ne présentaient le degré de probabilité qui eût rendu l'issue du litige directement déterminante, au sens de la jurisprudence de la Cour, pour le droit invoqué par les intéressés* ». La Cour a estimé que le lien entre la décision du Conseil fédéral et le droit invoqué par les requérants était trop ténu et lointain³⁰⁵. Elle a de même considéré, dans son arrêt *X c/ France* du 24 mars 1992, à propos des transfusés victimes du VIH, que les conséquences physiologiques de la surcontamination des personnes déjà séropositives à la date du 12 mars 1985, rendue possible en raison de la carence de l'État, étaient « *en l'état actuel des connaissances scientifiques, totalement hypothétiques* », et que, dès lors, le préjudice allégué de ce fait était purement éventuel et ne pouvait ouvrir droit à réparation³⁰⁶.

Dans une affaire récente (CEDH, 30 novembre 2004, n° 48939/99), à propos de préjudices causés par une explosion de gaz en 1993 dans un dépôt d'ordures municipal d'Istanbul³⁰⁷, la Cour a conclu à la violation de l'article 2 de la Convention sur le droit à la vie, en soulignant que : « *L'obligation positive de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie au sens de l'article implique avant tout pour les États le devoir primordial de mettre en place un cadre législatif et administratif visant une prévention efficace et dissuadant de mettre en péril le droit à la vie... Cette obligation s'applique sans conteste dans le domaine spécifique des activités dangereuses, où il faut, de surcroît, réserver une place singulière à une réglementation adaptée aux particularités de l'activité en jeu notamment au niveau du risque qui pourrait en résulter pour la vie humaine. Elle doit régir l'autorisation, la mise en place, l'exploitation, la sécurité et le contrôle afférents à l'activité ainsi qu'imposer à toute personne concernée par celle-ci l'adoption de mesures d'ordre pratique propres à assurer la protection effective des citoyens dont la vie risque d'être exposée aux dangers inhérents au domaine en cause.*

305. CEDH, aff. *Balmer-Schafroth et autres c/ Suisse*, 26 août 1997.

306. S'agissant de la possibilité, pour un requérant, d'introduire une action parallèle à sa demande d'indemnisation par le fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles, même après acceptation de l'offre de ce dernier, la Cour a jugé que le libellé de la loi et les travaux préparatoires permettaient au requérant de croire qu'il pouvait mener cette action parallèle et a, dès lors, conclu à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention par la cour d'appel de Paris qui avait déclaré son recours irrecevable (CEDH, aff. *Bellet c/ France*, 20 novembre 1995).

307. Cette explosion a entraîné la mort de vingt-six personnes et onze ont été blessées.



Parmi ces mesures préventives, il convient de souligner l'importance du droit du public à l'information, tel que consacré par la jurisprudence de la Convention ».

Certains ³⁰⁸ ont pu voir là l'amorce d'une « contribution propre (de la Cour) à la construction du principe de précaution » qui se serait ainsi déparée « de la prudence, voire de la réticence » manifestée dans ses arrêts précédents.

4. Exemples étrangers

Il n'est pas aisé de comparer les régimes de responsabilité de nos partenaires les plus proches avec les nôtres ni d'analyser la place réservée chez chacun à des formes de socialisation du risque. **Ces régimes sont le fruit de l'histoire et de conceptions juridiques différentes. Les solutions restent variées. Quelques lignes se dégagent cependant : l'attachement qui demeure à la notion de faute, l'existence de régimes divers de responsabilité de la puissance publique, le développement, plus ou moins répandu, de la responsabilité sans faute et de régimes spécifiques pour répondre à des risques particuliers, la place généralement réservée aux régimes d'assurance classique** ³⁰⁹.

4.1. La responsabilité de la puissance publique

La responsabilité de la puissance publique obéit à des régimes divers selon les pays. La notion française de « faute du service public » est souvent inconnue, ce qui n'empêche pas la mise en cause de la responsabilité des autorités publiques dans des conditions variables. La place de la responsabilité sans faute, qui gagne généralement du terrain, reste circonscrite et souvent prévue par des textes. Mais la notion de faute peut être entendue de façon large.

Ainsi, le **Royaume-Uni** ³¹⁰ reste très attaché à la responsabilité pour faute et à la responsabilité individuelle. Le droit jurisprudentiel a très tôt posé le principe selon lequel les autorités publiques sont responsables comme toute personne de droit privé. Leur responsabilité délictuelle et contractuelle peut être engagée devant les tribunaux de droit commun. L'autorité publique peut être contrainte à réparation à raison des fautes de ses agents pour des faits commis dans l'exercice de leurs fonctions tels que la négligence ou la violation du droit de propriété. Cette responsabilité du fait de la faute commise par l'agent est largement admise.

Les hypothèses de responsabilité sans faute (*strict liability*) sont en revanche très limitées. Les juges se sont traditionnellement montrés soucieux de tenir compte des contraintes de l'action administrative. Toutefois, la tendance

308. Jean-François Flauss, « Actualité de la CEDH », *AJDA*, 2002, p. 1277.

309. Une étude en cours du Commissariat du Plan, portant sur l'État et la gestion des risques de l'assurance, analyse de ce point de vue des exemples étrangers.

310. Sur cette question : *cf. infra*, contribution de M. Duncan Fairgrieve, « Responsabilité et risques : l'approche outre-Manche » ; « La responsabilité de l'État du fait d'un dysfonctionnement dommageable de la justice au Royaume-Uni », *Juriscope* 2000.



actuelle va dans le sens d'un assouplissement des conditions de mise en œuvre de la responsabilité administrative.

En **Allemagne**³¹¹, l'article 19 alinéa 4 de la loi Fondamentale dispose que « *quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel* ». L'article 34 prévoit que « *lorsqu'une personne, dans l'exercice d'une fonction publique dont elle est investie, viole ses obligations de fonction envers un tiers, la responsabilité incombe par principe à l'État ou à la collectivité au service de laquelle elle se trouve* ». La responsabilité de l'État peut être engagée s'il y a faute des fonctionnaires, une action récursoire étant possible en cas de faute intentionnelle ou de négligence grossière de l'agent. La responsabilité sans faute joue dans deux autres hypothèses : en se fondant sur le principe, énoncé par la Loi fondamentale, de l'indemnisation en cas d'expropriation, le juge civil assimile certaines atteintes à la propriété à l'expropriation et admet l'indemnisation, qu'il y ait atteinte illégale ou non ; en outre, sur le fondement de la rupture de l'égalité devant les charges publiques, le juge civil accorde l'indemnisation d'un préjudice spécial né d'une intervention de la puissance publique si le dommage concerne un droit non patrimonial.

C'est le juge judiciaire qui est compétent pour les actions en responsabilité contre l'État. Il fait application des règles du Code civil allemand. Au-delà des cas de responsabilité sans faute précités la jurisprudence se refuse à engager la responsabilité de l'État sur le fondement du risque, et ce type de régime n'est prévu par la loi que dans des hypothèses limitées, correspondant à des activités ou méthodes dangereuses.

En **Espagne**³¹², le droit applicable à la responsabilité de la puissance publique présente davantage de similitudes avec le système français. La responsabilité pour « fonctionnement anormal du service public », équivalent du régime français de responsabilité sans faute en droit public, est consacrée³¹³. Elle fait peser une lourde charge financière sur les pouvoirs publics. Les juridictions administratives sont attentives à l'indemnisation des administrés. Aux termes de la loi, l'administration doit se retourner contre les agents publics fautifs. Le droit espagnol admet, comme le droit français, la responsabilité du fait des lois sur la base de la rupture du principe de l'égalité devant les charges publiques s'il y a préjudice spécial. Dans le système très décentralisé que connaît l'Espagne, les collectivités autonomes intentent souvent des actions contre l'État pour l'indemnisation de préjudices causés par ses activités.

311. Voir sur ces points, Michel Fromont, *Grands systèmes de droit étrangers*, Mémentos, 4^e édition, 2001 ; Philippe Gréciano, « Le contentieux de droit public comparé France-Allemagne », *Revue de l'actualité juridique française*, septembre 2004 ; Carole Bontemps, « La responsabilité de l'État du fait de la justice en Allemagne », *Justice et responsabilité de l'État*, PUF, 2003.

312. Voir notamment Francisco Lechuga, *La responsabilité patrimoniale des pouvoirs publics en droit espagnol : aspect historique*, Madrid-Barcelone, Marcial Pons, 1999.

313. Aux termes de l'article 106-2 de la Constitution espagnole de 1978 : « *Les particuliers, selon les dispositions légales, auront le droit d'être indemnisés pour tout préjudice subi tant dans leurs biens que dans leurs droits, sauf cas de force majeure, lorsque le préjudice résulte du fonctionnement des services publics* », ce droit étant opposable à « toutes les administrations publiques » (article 149-1-18a).



En **Italie**, la responsabilité extra-contractuelle de l'administration s'est construite, comme en France, très progressivement, l'immunité de l'administration ayant prévalu jusqu'à une époque récente. À la souveraineté répondait l'immunité³¹⁴. La Constitution du 27 décembre 1947 a représenté une première étape importante : elle affirme, en son article 113, la possibilité de contester devant le juge tous les actes administratifs ; surtout, l'article 28 établit un lien entre les régimes de responsabilité fixés par les Codes civil et pénal et les règles applicables aux agents publics³¹⁵. L'article 2043 du Code civil, selon lequel « *l'auteur de tout fait qui cause un dommage injuste à un tiers doit réparer ce dommage* », est ainsi applicable aux administrations et le juge administratif, seul compétent pour connaître de l'action des services publics³¹⁶, a déterminé quatre conditions pour que leur responsabilité soit engagée dans ce cas : le fait générateur du dommage doit être illégal et le comportement de l'agent doit pouvoir être qualifié de fautif ; le lien entre ce fait et le dommage doit être certain ; le dommage doit être « injuste » ; il ne doit pas être possible de mettre fin au dommage, l'indemnisation étant seulement une réparation *ex post*.

Parmi les évolutions récentes, il faut noter que la jurisprudence a longtemps distingué les « droits subjectifs » (ex : expropriation illégale) et les « intérêts légitimes » (ex : refus illégal d'autorisation), seuls les atteintes aux premiers étant indemnisables. Une décision de la Cour de cassation de 1999 (n° 500/99) puis une intervention du législateur (loi n° 205/2000) ont rendu possible l'indemnisation du préjudice dans tous les cas. La responsabilité de l'administration peut également être engagée par le juge du fait d'une action ou d'un acte légal.

*« De plus en plus souvent, le législateur et le juge prévoient des mécanismes d'indemnisation automatique, qui font l'impasse sur une détermination précise du dommage, mais permettent une réparation plus facile et moins sujette à contentieux. L'usager a ainsi l'assurance que le gestionnaire du service, s'il viole les règles applicables, peut voir sa responsabilité engagée et être obligé de payer une indemnisation »*³¹⁷. Un tel mécanisme a été institué pour les arrestations et incarcérations infondées : lorsqu'un procès constate l'innocence de la personne, une indemnisation forfaitaire lui est accordée.

En **Suède**, la responsabilité de l'État (ou de la commune) peut être mise en cause pour les dommages causés par une faute ou une négligence commise dans l'exercice de la fonction publique. La responsabilité de l'État peut être engagée devant les juridictions de droit commun. Mais les demandes à l'encontre de l'État sont, dans la plupart des cas, examinées selon une procédure originale devant le chancelier de justice, représentant du gouvernement, qui peut décider de la responsabilité de l'État.

314. S. Cassese, *Corso di diritto amministrativo*, Éditions Multa Pavois AG.

315. « Les fonctionnaires et agents de l'État et des collectivités publiques sont directement responsables, en vertu des lois pénales, civiles et administratives, des actes illégaux qu'ils accomplissent ».

316. D. Ig n° 80/1998, article 33.

317. S. Cassese, *op. cit.*, p. 377.



4.2. La place de la socialisation du risque dans les autres régimes de responsabilité

La responsabilité pour faute reste souvent le régime quasi exclusif

L'exemple britannique est marqué par l'attachement à la notion de faute et par une préférence pour les solutions transactionnelles. La possibilité pour le juge de condamner la partie perdante à l'ensemble des frais exposés par l'autre partie n'est pas étrangère à la recherche de transactions. Le régime de responsabilité sans faute se limite pour l'essentiel à trois régimes : les accidents du travail, les victimes d'infractions criminelles, les vaccinations obligatoires.

Le droit allemand reste également très attaché à la notion de faute et s'est longuement montré réticent à envisager des cas de responsabilité sans faute. Mais certains textes prévoient des hypothèses pour faute présumée, ainsi de la responsabilité du fait d'autrui, de la responsabilité du commettant du fait de ses préposés, ou, pour la responsabilité du fait des choses, de la responsabilité des animaux, allant, dans ce dernier cas, jusqu'à la responsabilité sans faute pour les animaux de compagnie. C'est essentiellement le législateur et non la jurisprudence qui, par le recours à des lois spéciales, a prévu des cas de responsabilité sans faute : pour les produits défectueux par exemple, l'utilisation de l'énergie nucléaire, certains accidents impliquant des moyens de transport ou des dommages causés à l'environnement. La plupart des lois édictant des cas de responsabilité sans faute prévoient le plafonnement de l'indemnisation, et les préjudices extra-patrimoniaux donnent difficilement lieu à réparation.

Aux États-Unis, de même, on constate une grande réticence des juges à se départir de la notion juridique de faute. Le droit américain connaît toutefois un régime de responsabilité – la *strict liability* – que l'on peut regarder dans ses effets comme assimilable à la responsabilité sans faute, dans lequel la seule survenance du dommage, même en l'absence de tout élément intentionnel, est de nature à engager la responsabilité de son auteur. La jurisprudence sur la *strict liability* a été développée notamment dans le cas des maîtres d'animaux dangereux ou dans les cas d'utilisation de machines ou de produits dangereux, par exemple des explosifs ou en matière de transport. Certains avocats ont essayé d'étendre le domaine de la *strict liability* à de nouveaux champs des activités sociales, mais la Cour suprême a fait preuve de réticence. Dans le domaine médical, la responsabilité sans faute ne joue pas, mais la responsabilité du défendeur est présumée et il ne peut dégager sa responsabilité qu'en démontrant l'absence de volonté fautive ou de négligence.



La socialisation des risques progresse par le biais de régimes législatifs spécifiques répondant à certains risques

Ainsi, en Allemagne, pour certains dommages, des fonds d'indemnisation ont été mis en place : la Fondation d'aide aux enfants handicapés³¹⁸, la Fondation d'aide aux personnes contaminées par le VIH à la suite d'une transfusion sanguine, le fonds d'indemnisation des dommages causés par les boues d'épuration (*Klärschlamm*)³¹⁹. Certains textes prévoient des mécanismes de compensation financière : indemnisation des dommages causés par un vaccin ; indemnisation des victimes d'actes de violence ; aide aux personnes contaminées par le virus de l'hépatite C.

En Grande-Bretagne, le législateur a institué des mécanismes de solidarité pour indemniser certains risques. Des fonds ont ainsi été créés pour l'indemnisation des préjudices causés par le sang contaminé ou par les vaccinations obligatoires.

En Italie, la loi n° 210 du 25 février 1992³²⁰ dite « d'indemnisation des personnes ayant subi un dommage irréversible à cause de vaccinations obligatoires, de transfusions ou d'administration de produits hémoprotéiniques » prévoit que ce mécanisme bénéficie aux personnes ayant présenté des lésions permanentes à la suite de transfusions. L'indemnisation est fixée par référence à des tableaux d'indemnisation arrêtés par le législateur³²¹. La Cour de cassation a jugé, dans une décision de la Chambre sociale des 12 juillet et 21 octobre 2000 (n° 13923) que les sommes ainsi versées aux victimes n'avaient pas le caractère de réparation au sens du Code civil, mais de prestation d'assistance relevant de la solidarité nationale. Cette appréciation est notamment fondée sur le fait que l'indemnisation prévue par la loi est conçue comme une alternative à tout recours contentieux.

En Espagne, depuis les années cinquante, il existe un organisme de droit public, le Consortium de compensation des assurances, qui garantit les risques exceptionnels, quelle que soit leur origine, naturelle, sociale ou politique³²².

De fortes disparités existent entre les États membres de l'Union européenne pour l'indemnisation de préjudices comparables. Ainsi, la plupart des États membres ont instauré des régimes **d'indemnisation publique des victimes d'infraction**. L'exposé des motifs de la proposition de directive du Conseil

318. Dont le but est notamment de fournir des prestations à des personnes handicapées dont les malformations peuvent être en relation avec l'absorption, par leurs mères durant leur grossesse, du « *Contergan* » (thalidomide). L'État fédéral, la Croix-Rouge allemande, et plusieurs entreprises pharmaceutiques contribuent au financement de la fondation. Voir sur ces points, Frédérique Ferrand, *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997.

319. Tous les producteurs de boues d'épuration (*Klärschlamm*) à des fins agricoles doivent verser une contribution pour financer le fonds.

320. <http://www.filodiritto.com/diritto/privato/civile/leggeindennizzovaccinazioni.htm>

321. En cas de décès d'une victime avant sa majorité, l'indemnisation revient aux parents. La demande d'indemnisation peut être présentée dans les dix ans, en cas de contamination par le VIH, dans les trois ans pour les autres cas. La loi a tenu à couvrir les contaminations intervenues avant son entrée en vigueur, le délai précité courant, dans ces cas, à compter de la publication de la loi du 25 février 1992.

322. Il est alimenté par des primes prévues dans les contrats d'assurances.



relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité indiquait, en 2002, que ces régimes présentent entre eux d'importantes disparités quant aux conditions à remplir pour se faire indemniser par l'État. Sept États membres limitent le bénéfice de l'indemnisation aux cas de graves préjudices. Les types de préjudice indemnissables diffèrent très sensiblement. Cinq États membres n'octroient aucune indemnisation pour les préjudices non pécuniaires. Les calculs du montant de l'indemnité présentent, eux aussi, de grandes différences. Six États membres se réservent la possibilité de diminuer ou de refuser une indemnité en fonction de la victime et de l'auteur de l'infraction, de la situation financière de la victime ou de motifs d'ordre public. L'un des États membres ne couvre pas tous les résidents permanents victimes d'une infraction sur son territoire.

La question de **l'indemnisation des victimes d'accidents thérapeutiques** a suscité une mise en place de procédures particulières. Une étude du Sénat de novembre 2000³²³ constatait que des solutions étaient prises afin d'éviter aux victimes d'avoir à recourir aux tribunaux pour obtenir une indemnisation : des instances extrajudiciaires ont été instituées en Allemagne et en Suisse ; la réforme de la procédure civile anglaise favorise le règlement amiable avant la saisine d'un tribunal : au Danemark et en Suède, la loi dispense les victimes de tels accidents de prouver l'existence d'une faute.

La couverture des risques terroristes donne également lieu à des solutions diverses, dans lesquelles l'État intervient cependant toujours.

Dans un premier schéma, l'État intervient comme assureur en premier ressort : il joue le rôle d'assureur public volontaire et supporte donc l'essentiel du risque terroriste à travers un fonds public chargé de l'indemnisation des dommages. Ce système, qui suppose une solidarité nationale forte devant le risque terroriste, a été mis en place dans des pays particulièrement préoccupés par cette menace. Il se trouve notamment en Espagne où le *Consortio* indemnise depuis 1954 les victimes d'attentats et de catastrophes naturelles. Il existe également en Israël³²⁴, où le fonds d'indemnisation présente la spécificité d'être essentiellement financé par l'impôt, et non par des primes comme en Espagne.

Dans un deuxième modèle, l'État intervient comme réassureur en dernier ressort : les assureurs peuvent se réassurer auprès d'un organisme public, ce qui permet, contrairement au schéma précédent, un véritable partage du risque entre la sphère publique et la sphère privée, pondéré selon la structure du système d'assurance et le type de contrat de réassurance retenu. Ce schéma se retrouve en Afrique du Sud où, lorsque les assureurs ont refusé de continuer à couvrir le risque terroriste, en 1976, les quinze plus grandes compagnies de réassurance du pays se sont constituées en un *pool*, le *South Africa Strikes and Riots Association* (SASRIA), réassuré en dernier ressort par l'État. Le Royaume-Uni, également, a choisi ce type de partage des risques : depuis les attentats perpétrés à Londres par l'IRA en 1993, un *pool* de réassurance, *Pool*

323. « L'indemnisation des victimes d'accidents thérapeutiques », *Les documents de travail du Sénat*, novembre 2000.

324. Cf. Erwann Michel-Kerjouan, « Terrorisme à grande échelle : partage des risques et politiques publiques », *Revue d'économie politique*, septembre-octobre 2003, n° 5.



Re, bénéficie de la garantie de l'État en qualité de réassureur en dernier ressort. En cas de sinistre, l'assureur membre du *pool* n'acquiesce qu'une franchise, au-delà de laquelle l'indemnisation des dommages est assumée par *Pool Re*. Le GAREAT français correspond également à ce type de schéma.

Enfin, dans une troisième configuration, l'État intervient comme prêteur en dernier ressort : il s'agit là d'un mode d'intervention encore plus discret de la puissance publique. Le gouvernement offre sa garantie aux assureurs, mais uniquement à titre d'avance, en consentant éventuellement à fournir des prêts à taux d'intérêt bonifiés. Ce schéma, qui est pour partie celui mis en place par la loi américaine sur l'assurance du risque de terrorisme³²⁵, est moins avantageux pour les assureurs que les précédents, ceux-ci pouvant avoir à supporter de lourdes pertes. Le *Terrorisme Risk Insurance Act* (TRIA) adopté par le congrès américain le 26 novembre 2002 met en place, pour trois ans, un système particulier. Le dispositif n'entre en œuvre que pour les actes qualifiés par le Trésor de terroristes, perpétrés par des personnes étrangères ou directement liées à des réseaux terroristes sur le sol américain. Pour un attentat du type de celui perpétré à Oklahoma City, c'est-à-dire par un citoyen américain isolé, la garantie offerte par le TRIA ne fonctionnerait donc pas. Le partage des risques prévus par la loi américaine sur l'assurance du risque de terrorisme est le suivant : en cas d'acte terroriste officiellement reconnu comme tel, le gouvernement fédéral indemnise à hauteur de 90 % les pertes assurées en dommages-responsabilité, cette indemnisation ne valant qu'au-delà d'une franchise appliquée à chaque assureur. Au total, l'assureur garde donc à sa charge la franchise et une quote-part de 10 % de la part des dommages excédant le montant de la franchise. La question de la prolongation de ce dispositif au-delà de 2005 fait l'objet de débat.

En outre, pour les dommages corporels causés par les attentats du 11 septembre, un fonds particulier a été créé qui vise à l'indemnisation intégrale en complétant les indemnités versées au titre de toutes les autres formes d'assurance. En contrepartie, la victime renonce aux actions en responsabilité devant les tribunaux sauf contre les participants identifiés³²⁶.

S'agissant du principe de précaution, l'approche française se caractérise par sa singularité au sein de pratiques nationales très diverses.

En Allemagne, où le principe de précaution est apparu très tôt, celui-ci constitue davantage une exigence morale qu'une norme produisant des effets juridiques³²⁷. Les applications pratiques découlant de certains textes se distinguent ainsi peu de la prévention et reposent par exemple sur la fixation de marges de sécurité lors de la définition de seuils réglementaires ou le recours aux meilleures technologies disponibles permettant de réduire les ris-

325. Voir sur les points qui suivent concernant les États-Unis, Erwann Michel-Kerjouan, *idem*.

326. Voir, sur cette question, Tom Baker, « Terrorisme, assurance et responsabilité : un point de vue américain », *Risques*, n° 60, octobre-décembre 2004.

327. L'article 20 a de la Constitution allemande consacré à la protection des fondements naturels de la vie dispose que « *Assumant ainsi également sa responsabilité pour les générations futures, l'État protège les fondements naturels de la vie par l'exercice du pouvoir législatif, dans le cadre de l'ordre constitutionnel, et des pouvoirs exécutif et judiciaire, dans les conditions fixées par la loi et le droit* ».



ques à un coût économique acceptable. Si la Cour constitutionnelle a confirmé que l'administration devait adopter des mesures de précaution tant contre les dangers identifiés que contre des risques non encore identifiés³²⁸, le juge allemand accorde aux pouvoirs publics une marge d'appréciation relativement large. Aux États-Unis, le principe de précaution a également inspiré, dès les années soixante-dix, la législation de l'environnement et notamment les missions de l'*Environmental Protection Agency*. Le souci de le concilier avec les intérêts industriels s'est cependant rapidement traduit, tout au moins au niveau fédéral, par une réticence à l'appliquer. Il n'intervient qu'en cas de forte présomption de risque et après un bilan coût/avantage favorable. Rarement invoqué en tant que tel, le principe se traduit principalement par l'exigence d'innocuité imposée à de nombreuses activités en vue de la protection des consommateurs. Au Royaume-Uni, le principe de précaution est considéré comme un principe directeur de la politique de l'environnement aux termes du Livre Blanc sur l'environnement. Mais le juge est réticent à son application.

4.3. Les différences de procédures

Alors même qu'en France une catastrophe collective conduit souvent à une intervention de l'État et à une orientation pénale du traitement juridictionnel, celui-ci demeure la plupart du temps civil aux États-Unis, le versement de dommages et intérêts étant réputé réparer exactement les préjudices subis et assurer une correcte prévention de nouveaux comportements fautifs. L'une des causes de l'orientation pénale de ce type d'affaire en France, outre la réponse à une attente sociale qui identifie procès pénal et punition, est l'importance des ressources procédurales offertes par la justice pénale, qu'il s'agisse des moyens judiciaires, humains ou matériels (*cf. infra*). Aux États-Unis, le procès civil permet de disposer de tels moyens et le recours à une stratégie juridictionnelle pénale devient presque inutile.

Le mécanisme de *discovery*, utilisé largement dans les procès contre les fabricants de tabac, donne des pouvoirs importants aux parties en vue de réunir des éléments de preuve chez l'adversaire, pouvoirs qui s'apparentent à une forme de perquisition civile. Les *class actions* (actions collectives réunissant des milliers de plaignants dans la même instance) couplées aux *contingency fees* (paiement des avocats uniquement en cas de victoire au pourcentage) sont des outils procéduraux qui permettent de réunir et de gérer à moindre frais les réclamations d'un nombre indéterminé de plaignants³²⁹. Le recours à des experts comme témoins, qui font l'objet d'interrogatoires et contre-interrogatoires, est intensifié et habituel. La présence d'un jury populaire dans les procès civils est imposée par le septième amendement à la Constitution américaine.

328. Arrêt du 8 août 1978 portant sur l'exploitation du surgénérateur de Kalka. Voir, sur ce point, *Rapport d'information sur la Charte de l'environnement et le droit européen*, Assemblée nationale, janvier 2004.

329. Parmi les affaires les plus importantes, on peut citer : l'affaire *Castano vs American Tobacco corp.*, où 40 millions de fumeurs sont réunis ; l'affaire *Engel vs R.J. Reynolds et al.*, où 700 000 demandeurs sont représentés ; l'affaire *Price vs Philip Morris*, où un million de plaignants ont intenté une action collective.



De même, en Grande-Bretagne, la séparation entre instance civile et procès pénal est stricte et les experts ont un rôle important. Ainsi, en matière médicale, un médecin n'est pas considéré comme négligent s'il a agi conformément aux données et compétences considérées comme adéquates par un corps d'opinion médicale raisonnable³³⁰. D'où le rôle central de l'expert médical lors du procès. Comme aux États-Unis, se développe également le système des « *contingency fees* ».

Ces systèmes, cependant, ne présentent pas que des avantages. Au Royaume-Uni, le coût et l'allongement des délais liés au large recours à des experts fait l'objet d'interrogations³³¹. Aux États-Unis, les inconvénients et risques de dérive d'un système en apparence adapté aux contentieux de masse sont connus : encouragement du nombre de demandeurs, qui peut croître plus vite que la capacité financière d'honorer les demandes, d'où des tribunaux qui peuvent être surchargés, des entreprises fragilisées, une compensation insuffisante accordée aux demandeurs et une part importante des indemnisations versées aux avocats³³², des procès surprenants et des indemnisations parfois peu réalistes.

Ainsi en est-il des « *punitive damages* » qui, bien qu'ayant le caractère de réparation civile, sont des sanctions à l'égard de l'auteur d'un préjudice intentionnel et, à ce titre, s'apparentent à des amendes pénales. Le pouvoir largement discrétionnaire laissé aux jurys populaires pour déterminer les *punitive damages* a pu conduire à l'octroi de montants déraisonnables liés à la capacité financière supposée des acteurs économiques en cause, avec les risques que cela comporte pour les efforts de recherche et d'investissement. Ces montants peuvent parfois s'avérer bien supérieurs aux dommages-intérêts alloués. Dans l'affaire *Frankson vs Brown & Williamson*, en 2004, un jury de New York a accordé à la famille d'une victime du tabac 20 millions de dollars au titre des *punitive damages*.

S'agissant des produits dangereux, c'est essentiellement la responsabilité du producteur qui est recherchée. On perçoit la différence avec la conception française : l'approche française, qui retient la défectuosité du produit ne peut jouer par exemple pour le tabac, la seule obligation étant alors celle de l'information ; l'approche américaine est en revanche celle d'une responsabilité « sociale » des fabricants de produits dangereux. La réparation devient alors une compensation économique plus que la sanction d'une faute morale. La Cour suprême des États-Unis a cherché à encadrer le système des *punitive damages*, en invitant les jurys à ne plus allouer des montants excessifs par rapport au préjudice réel. Le juge Kennedy, dans son opinion (majoritaire) sur l'arrêt *State Farm vs Campbell* de 2003, souligne que « *le défendeur doit être*

330. *Bolam vs Friern Hospital Management Committee* (1957) WLR 582.

331. Cf. Rapport de Lord Woolf de juillet 1996, *Access to justice – Final Report to the Lord Chancellor of the Civil justice system in England and Wales*, cité dans le rapport d'information du Sénat sur la réforme de la justice civile en Angleterre (Rapport d'information n° 9, 1997/1998).

332. En matière de responsabilité civile, « *seulement 46 % des indemnisations sont effectivement versés aux victimes, le reste servant à rémunérer les avocats et à régler les frais administratifs.* », P. Kaltwasser et B. Salzmann, « L'assurance aux États-Unis : défis et perspectives », *Risques*, n° 60, octobre-décembre 2004.



puni pour la conduite qui a causé du tort au demandeur et non parce qu'il est une entreprise ou un particulier peu recommandable ». Par ailleurs, certains États américains ont imposé des plafonds et créé des fonds étatiques spécialisés qui recueillent une fraction des « *dommages punitifs* » dans certains cas.

Au niveau fédéral, des initiatives de réforme dans le domaine de la responsabilité civile visent à réduire les actions collectives, les actions en responsabilité médicale et celles liées à l'amiante. Elles n'ont toutefois pas encore abouti ³³³.

L'expérience américaine nourrira le débat qui s'ouvre en France sur l'éventualité d'une modification de la législation pour permettre à des groupes de consommateurs et à leurs associations d'intenter des actions collectives. Le système juridique français n'accorde pour l'instant qu'une place limitée aux actions collectives. Cette place n'est toutefois pas négligeable dans certains secteurs ³³⁴.

4.4. Des exemples de systèmes étendus d'indemnisation sans recours à la responsabilité civile

Quelques exemples de régimes de ce type peuvent être cités. Ils sont le plus souvent limités à certaines catégories de risques.

L'assurance automobile au Québec

La loi sur l'assurance automobile au Québec a créé un régime public d'assurance automobile, géré par la Société de l'assurance automobile du Québec, qui couvre tout résident du Québec en cas de blessures ou de décès lors d'un accident automobile qu'il soit ou non responsable de l'accident. Les poursuites devant les tribunaux civils n'existent plus : on ne recherche pas de coupable, l'objectif est de garantir une indemnisation équitable et rapide. Seules sont maintenues les sanctions administratives du Code de la sécurité routière et les sanctions pénales prévues au Code criminel ³³⁵.

L'exemple de la Nouvelle-Zélande

Une « entité royale » (*crown entity*) mise en place par les autorités néo-zélandaises permet aux Néo-Zélandais de bénéficier d'une couverture totalement détachée de la faute pour une gamme étendue de préjudices corporels. Les fonds proviennent, en fonction des risques, des employeurs, des travailleurs

333. Swiss Re, Sigma n° 6/2004, septembre 2004.

334. Quelques associations ont été habilitées par le législateur à défendre un intérêt collectif devant les juridictions civiles : associations de défense des travailleurs handicapés, associations de défense des consommateurs. Un grand nombre de textes législatifs permettent à des associations expressément habilitées de se constituer partie civile à certaines conditions, liées par exemple à un agrément ministériel ou au but poursuivi. Elles sont habilitées à agir soit sans condition de préjudice (associations de défense des droits des femmes à accéder à la contraception et à l'avortement, associations de défense ou d'assistance de l'enfance martyrisée, associations familiales, associations se proposant de combattre le racisme ou d'assister les victimes de discriminations fondées sur leur origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse...) soit sous condition de préjudice (associations de défense des intérêts des consommateurs, associations se proposant de défendre les intérêts moraux et l'honneur de la résistance ou des déportés...). Voir, sur ces points, *Associations*, Dalloz Action, 2000.

335. Voir le site de la Société de l'assurance automobile du Québec : www.saaq.gouv.qc.ca.



indépendants, des actifs et inactifs, du gouvernement ou des taxes sur l'essence. Ce système s'accompagne d'une politique active de prévention³³⁶.

L'indemnisation des accidents médicaux dans les pays nordiques

Le modèle social scandinave s'est développé en marge des schémas continentaux, avec une approche d'État providence. Le système d'indemnisation des accidents médicaux mis en place, plus particulièrement en Suède³³⁷, s'inscrivait donc dans un contexte très particulier, où les assurances sociales étaient très développées et très généreuses. Dans tous les cas, les dépenses de soins étaient couvertes par l'assurance maladie. Mais l'originalité du système a surtout été de poser très tôt le principe de la réparation intégrale des préjudices dus à un bon nombre de risques engendrés par le système de santé.

Une série de difficultés dans le domaine de la responsabilité médicale, liées à l'augmentation du nombre de sinistres elle-même conséquence des progrès de la médecine, à la délicate détermination de la frontière entre l'acte fautif et l'aléa, ainsi qu'au coût des procédures juridictionnelles, ont conduit à instituer une procédure d'indemnisation unique en son genre. Elle a pris la forme d'une série d'accords collectifs passés en 1975. La Fédération des conseils de comités³³⁸ a signé un accord avec les représentants des grandes compagnies d'assurance, instituant un système d'indemnisation non fondé sur la recherche d'une faute et indépendant des procédures juridictionnelles classiques : la question de l'indemnisation et celle de la responsabilité furent totalement dissociées. Ces compagnies, réunies en consortium opérant une mutualisation très large entre les secteurs médicaux, sont chargées d'administrer un fonds d'indemnisation des patients en y réunissant les primes d'assurance de responsabilité civile médicale versées par les organisations de médecins libéraux ainsi qu'une part de taxes locales. Le consortium indemnise intégralement les préjudices des victimes, excepté la part prise automatiquement en charge par l'assurance maladie, au terme d'une procédure administrative non contentieuse assez rapide³³⁹. Tous les préjudices médicaux ne sont cependant pas indemnisés, certaines restrictions sont prévues, liées à la nature du préjudice, au caractère évitable du dommage, à sa gravité, qui doit être « exceptionnelle ».

336. Voir le site de l'Accident Compensation Corporation (ACC) : www.acc.co.nz.

337. Voir Carl Espersson, *The patient injury act*, août 2000, www.lof-forsakring.com.

338. Qui ont sous leur contrôle, entre autres, le système de santé publique.

339. La demande d'indemnisation est traitée par un bureau central du fonds à Stockholm, où, après avoir déterminé si le demandeur était dans une situation qui ouvrait droit à une indemnisation, les administrateurs déterminent le montant du préjudice. Cette procédure nécessite en moyenne seulement six mois d'attente. Le patient peut encore s'adresser, généralement pour contester cette décision, à une commission d'indemnisation, composée de sept membres et présidée par un juge en activité ou honoraire. C'est une formation marquée par l'échevinage : trois membres sont des représentants des patients, un autre est un expert médical, un autre représente les assureurs, le dernier doit être un expert en administration hospitalière (représentant le gouvernement). Bien que ses avis aient toujours été suivis, ils ne sont que des recommandations. Sur 140 000 procédures entre le 1^{er} janvier 1975 et le 31 décembre 1999, seuls 7 223 cas ont été portés devant la commission d'indemnisation, et ses avis ne diffèrent de ceux des assureurs que dans 10 % des cas. Il existe une commission d'arbitrage en appel, très rarement sollicitée, composée d'un juge assisté d'experts médicaux. Il est notable que cette procédure « administrative » est en grande partie indépendante de l'administration centrale.



Cette procédure d'indemnisation n'exclut pas que des sanctions disciplinaires soient imposées aux médecins en cas de faute ni que le fonds exerce des actions récursoires.

Une loi du 19 juin 1996 a consacré le système tel qu'il résultait dans ses grandes lignes de l'accord collectif testé par vingt ans de pratique qui a conduit à sans cesse adapter le système notamment pour le rendre conforme aux exigences du droit européen de la concurrence. La loi prévoit par ailleurs la possibilité d'un recours contentieux pour faute et, face aux coûts engendrés par le système, a instauré une franchise et un plafond.

D'autres pays du nord de l'Europe³⁴⁰ ont suivi la Suède, sur ce terrain comme sur d'autres : l'indemnisation de l'aléa médical dissociée du droit de la responsabilité et suivant une procédure administrative semble être devenue aujourd'hui une composante essentielle du « modèle social nordique ». Chaque pays y a cependant apporté sa marque : conditions ouvrant droit à indemnisation, règles probatoires plus ou moins sévères, indemnisations plus ou moins généreuses. La Norvège, qui a la première suivi la Suède en retenant la voie de l'accord collectif, a assis son système d'indemnisation sur un texte législatif en 2001. La Finlande, qui a choisi de légiférer dès 1987, a réformé sa loi en 1999, mais de nombreuses modalités sont destinées à être complétées par voie d'accord collectif. Le Danemark s'est doté d'une loi en 1992. Dernier né de cette vague nordique, le système d'indemnisation des accidents médicaux en Islande a été institué par une loi de 2001, inspiré avant tout par la législation danoise.

On a également vu apparaître aux États-Unis des partisans d'une procédure administrative simple et séparée du droit de la responsabilité centré sur la faute. Certains États l'ont retenue pour des cas circonscrits. En Virginie (*Birth Related Neurological Injury Act* de 1987) et en Floride (1988), les préjudices neurologiques liés à l'accouchement (encéphalopathie, notamment) peuvent être indemnisés par un fonds d'indemnisation spécial financé par les médecins-chirurgiens et les hôpitaux, ainsi que les assureurs de responsabilité civile, habituellement en Virginie, exceptionnellement en Floride. L'acceptation par une victime du programme d'indemnisation, qui n'est pas exclusivement financier et comprend des mesures d'aide médicale, d'aménagement du lieu d'habitation, l'indemnisation des préjudices « moraux » pour la famille et l'enfant étant sévèrement plafonnée, rend irrecevable toute action contentieuse ultérieure pour l'indemnisation d'un quelconque chef de préjudice né de l'accident médical. En Virginie, c'est la commission des accidents du travail qui est chargée de déterminer le droit à compensation, tandis qu'un juge d'État fédéré (de la division de droit administratif) s'en charge en Floride. Toutefois, les médecins et les hôpitaux sont libres de ne pas participer à ce programme.

Il n'est pas évident qu'un modèle de type suédois, tel que décrit ci-dessus, soit aisément transposable dans un pays comme le nôtre. La différence d'échelle (la Suède compte 9 millions d'habitants) et la part prépondérante du secteur public dans le domaine médical (90 %) s'accompagnent d'une forte différence de culture administrative : le modèle suédois suppose notam-

340. Voir Arne Grünfeld, *The nordic patient insurance systems – similarities and differences*, www.patientforsikringen.dk.



ment la relative indépendance, face à l'administration, du système d'indemnisation, sa souplesse (le système suédois a été en constante adaptation depuis son origine), ainsi que le travail en commun des partenaires publics et privés. Enfin, la déconnexion radicale du droit de la responsabilité et du droit de l'indemnisation suppose un saut qualitatif que juristes et requérants potentiels ne sont sans doute pas prêts à accepter en France : si l'on a réussi depuis longtemps à introduire dans le droit de la responsabilité français du « sans faute », la notion qui peut paraître paradoxale de « responsabilité sans faute » y reste ancrée, et laisserait difficilement la place à du « sans faute » voulant dire aussi sans responsabilité.

B – Justifications et limites de la socialisation du risque

Il n'est guère concevable de s'en tenir aux seuls mécanismes traditionnels de l'assurance pour faire face à certains risques, conjoncturels ou non, qui se manifestent aujourd'hui. Le recours à la solidarité, pouvant aller jusqu'à la solidarité nationale, et, de façon plus générale, la socialisation de ces risques, paraissent indispensables. Mais il n'est pas davantage concevable de généraliser cette approche dont les limites sont évidentes.

1. Les justifications

Les justifications de la socialisation du risque, reposant sur une solidarité élargie, sont, comme on l'a vu, diverses et fondées.

Cette solidarité est indispensable en faveur des plus démunis qui se trouvent hors du champ de l'assurance, faute de moyens ou parce que leur état – maladie en particulier – fait qu'ils deviennent *a priori* non assurables ou encore parce qu'ils sont victimes de préjudices dont les auteurs sont introuvables ou insolvables. Au-delà, la socialisation du risque permet de rétablir l'équilibre devant les charges publiques lorsqu'il est rompu et, si besoin est, de réparer les dommages causés par les activités de la puissance publique quand bien même ne seraient-elles la source d'aucune faute.

La socialisation du risque facilite l'indemnisation des dommages, tels les calamités naturelles, pour lesquels aucun responsable n'est identifiable. Il est en outre des risques pour lesquels le schéma classique de l'assurance, fondé sur des calculs actuariels, ou des montants de primes et de franchises liés aux risques encourus et aux efforts de prévention de l'assuré, n'a plus de sens. Dans ces cas, au premier rang desquels figure le risque terroriste, mieux vaut s'orienter vers des solutions fondées sur des schémas généraux de partage de risques à grande échelle s'appuyant sur une très large mutualisation ³⁴¹.

341. Erwann Michel-Kerjan, « Terrorisme à grande échelle : partage des risques et politiques publiques », *Problèmes économiques*, 9 juin 2004, p. 32.



La solidarité peut également pallier les limites matérielles des mécanismes classiques d'assurance pour le traitement de certains risques, et, plus généralement, les limites de la mutualisation du risque. Dans les secteurs les plus exposés, la segmentation du marché de l'assurance peut en effet conduire à ce qu'une charge financière insupportable soit imposée à ceux qui souhaitent s'assurer.

La socialisation du risque trouve une autre justification, lorsqu'elle s'appuie sur la responsabilité sans faute, dès lors qu'elle peut contraindre un acteur à prendre en compte le coût social de son activité : il s'agit de « *forcer les producteurs de risques à internaliser ces risques* »³⁴², ce qui devrait les inciter à les prévenir. C'est, indirectement, l'un des effets que l'on peut espérer d'un mécanisme tel que le fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (FIPOL, *cf. supra*), qui est à cet égard exemplaire : les contributions proviennent des pollueurs potentiels.

La socialisation du risque permet en outre de compenser les limites inhérentes à la responsabilité politique des décideurs publics comme sanction du défaut de prise en charge par ceux-ci de problèmes collectifs.

2. Les limites

Si l'évolution constatée vers une socialisation accrue du risque a ses justifications, elle ne saurait toutefois être considérée comme le remède miracle en toutes circonstances. Elle connaît des limites, liées à son impact financier, aux difficultés auxquelles se heurte l'action de l'État pour imposer des solutions fondées sur une solidarité élargie, aux risques, enfin, de déresponsabilisation que peut comporter cette évolution.

2.1. Des limites matérielles

Les limites de la solidarité financière

Lorsque l'État intervient parce que le simple jeu du marché de l'assurance ne permet pas l'indemnisation des victimes, lorsqu'il s'engage à indemniser directement certains préjudices ou lorsqu'il doit se porter garant en dernier recours sur les plus gros risques (*cf. supra*), **le coût supporté par la collectivité n'est pas extensible à l'infini.**

Étendre la contribution à la couverture d'un risque à des personnes qui ne sont pas exposées à ce risque ou le sont peu, comme dans le cas de catastrophes naturelles, n'est admissible que si cette contribution reste à un niveau raisonnable. La solidarité n'est pas toujours bien acceptée. Après les attentats du 11 septembre 2001, « *le phénomène de la sélection adverse a joué à plein : le propriétaire*

342. Jean-Bernard Auby, « L'évolution du traitement des risques dans et par le droit public », *ERPL/REDP*, vol. 15, n° 1, printemps 2003. Pour de plus amples développements sur les justifications des procédures « sans faute » inspirées par le courant *Law and Economics*, voir Th. Kirat (dir.), *Les mondes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action*, LGDJ, 2003, notamment Th. Kirat, « L'économie de la responsabilité et les dispositifs institutionnels de prise en charge des risques », p. 67.



*du bureau de tabac de Saint-Flour n'avait aucun intérêt à souscrire de garanties attentats spécifiques et seules les entreprises les plus exposées y avaient intérêt, ce qui renchérisait les coûts de leur couverture..., les dissuadant in fine de s'assurer »*³⁴³.

De même, l'obligation d'assurance imposée à certaines professions n'est acceptée que si le coût en est jugé supportable. La prise en charge directe par les budgets publics ou les assurances sociales, parfois inévitable, au moins dans un premier temps, pour des catastrophes de grande ampleur (amiante) ne peut non plus être systématique même si, comme le soulignait avec optimisme le commissaire du gouvernement Romieu dans l'affaire *Cames* : « *Ajoutons qu'en ce qui concerne l'État, on n'a même pas à redouter l'objection, plus ou moins sérieuse, tirée des frais excessifs qui pourraient, le cas échéant, grever l'industrie, en dehors d'un système d'assurance ou de mutualité sagement organisé. L'État est en mesure de pourvoir aux charges que le risque professionnel peut faire peser sur lui, soit qu'il se fasse allouer, selon les besoins reconnus, les crédits nécessaires qu'on ne lui marchandera pas, soit qu'il établisse tel système d'assurances qu'il lui appartient d'instituer, et pour lequel le concours du Parlement ne lui fera pas davantage défaut* ».

Le poids financier du risque

Certaines catastrophes, certains risques sériels ou de masse, certes exceptionnels, entraînent des dommages dont le coût peut s'avérer considérable. Outre les évaluations records citées plus haut à propos des conséquences des attentats du 11 septembre 2001, du cyclone Andrew ou des inondations de 2002, quelques chiffres en témoignent : le coût de la prise en charge des victimes de l'amiante était estimé en 2003 entre 26,8 et 37,2 milliards d'euros pour les vingt prochaines années³⁴⁴ ; le coût du naufrage du *Prestige* a été évalué à 1 ou 2 milliards d'euros, celui de l'*Erika* serait de 400 à 600 millions d'euros³⁴⁵ ; les dommages causés aux bâtiments par la sécheresse du sous-sol étaient estimés à 3,2 milliards d'euros de 1989 à 2000³⁴⁶ ; le montant des indemnités versées entre 1994 et 2001 aux victimes de la maladie de Creutzfeldt-Jacob, contractée à la suite d'un traitement par hormone extractive de croissance, est de 20,5 millions d'euros³⁴⁷. Dans l'hypothèse d'un tremblement de terre en Californie, on estime que les valeurs assurées avoisinent actuellement 75 milliards de dollars³⁴⁸. Les sinistres provoqués par le tremblement de terre dans l'ouest des États-Unis en 1994 sont évalués à 17,3 milliards de dollars³⁴⁹. Les quatre ouragans qui ont sévi sur les côtes du sud-est

343. Denis Kessler, *Risques*, n° 59, juillet-septembre 2004, p. 88.

344. Rapport du gouvernement au Parlement présentant l'impact financier de l'indemnisation des victimes de l'amiante, 2003.

345. *Dommage environnemental en cas de pollutions maritimes accidentelles*, Association Cèdre, 2004.

346. *Les catastrophes naturelles en France*, CCR, juin 2003.

347. *Rapport sur le projet de loi de finances pour 2002*, annexe n° 22, Assemblée nationale.

348. Swiss Re, *L'assurabilité des risques terroristes dans l'assurance dommage après le 11 septembre 2001*, 2003.

349. *Catastrophes naturelles et techniques en 2003* », *Sigma n° 1/2004*, Swiss Re.



des États-Unis en août et en septembre 2004 ont entraîné des dommages s'élevant à 20,5 milliards de dollars pour les sinistres assurés ³⁵⁰.

Le niveau global des primes émises par les sociétés d'assurance françaises au titre de l'assurance « non vie » était en 2001 de 50 milliards d'euros, soit environ 3,65 % du PIB ³⁵¹. Les dommages corporels représentent 12,9 % des primes d'assurance non vie (6,1 milliards d'euros) ³⁵², l'automobile 32,4 % (15,3 milliards d'euros, dommages corporels compris), les contrats de dommages aux biens 20 % (9,5 milliards d'euros), les catastrophes naturelles 2,1 % (1 milliard d'euros). Le rapport en 2001 entre les charges de sinistres et les primes est de 80,5 pour les dommages corporels, 79,7 pour les dommages aux biens, 92,8 pour l'automobile, 93,4 pour la responsabilité civile générale et 46,6 pour les catastrophes naturelles, secteur dans lequel il varie très sensiblement selon les années, en fonction des aléas climatiques (il était de 123,4 % en 1999).

Le poids des sinistres de responsabilité civile, en pourcentage du PIB, varie de façon importante selon les pays. Aux États-Unis, il représenterait 0,4 %, en Allemagne 0,21 %, en France et en Italie, 0,19 %. On constate dans ces pays une progression du coût des sinistres et des primes plus rapide que celle de l'activité économique. Cette progression serait de 1,5 à 2 fois plus rapide que celle du PIB nominal ³⁵³.

Il n'existe pas, **pour l'État**, de recensement centralisé permettant d'avoir une connaissance d'ensemble des coûts liés à la responsabilité de l'État et, plus largement, aux actions d'indemnisation liées à la solidarité nationale. Un tel **effort d'identification des coûts paraît souhaitable**.

2.2. Des limites liées au rôle de l'État

L'État ne peut être l'assureur multirisque de la population. S'il lui appartient d'encadrer les activités d'assurance, il n'a pas, en principe, à s'y substituer, sauf si le jeu du marché ne permet pas la couverture de certains risques ou des indemnisations rapides. Le danger serait d'ailleurs que, se préoccupant en priorité de l'indemnisation, il ne soit pas attentif aux risques et à leur prévention, alors même que l'on attend de lui davantage qu'autrefois sur ce terrain et que l'affirmation du principe de précaution vient renforcer ses obligations.

Les restrictions apportées à la liberté contractuelle des assureurs, et à leur libre appréciation du risque, ont elles-mêmes des limites : elles peuvent les conduire à se retirer du marché. Mais inversement une action des pouvoirs publics peut s'imposer, il est vrai trop souvent dans l'urgence : un fonds comme le fonds d'indemnisation des victimes contaminées, solution radicale, était nécessaire face à la crise du marché de l'assurance confrontée au risque transfusionnel.

350. Robert P. Hartwig, « Marché de l'assurance IARD aux États-Unis en 2004 : principales questions et inquiétudes », *Risques*, n° 60, octobre-décembre 2004.

351. Chiffres du Conseil national des assurances, rapport au Président de la République et au Parlement, 2003.

352. Mais si l'on prend l'ensemble des primes de dommages corporels émises par les entreprises d'assurance vie, non vie et mixte, on atteint 9,5 milliards d'euros.

353. Cf. sur ce point : *Actualités, la lettre du GEMA*, décembre 2004, n° 143, reprenant des éléments de l'étude de Swiss Re, Sigma 6/2004, septembre 2004.



Pour pallier les risques liés à la sectorisation du marché de l'assurance qui freine la socialisation du risque, l'État peut imposer une certaine mutualisation, *via* notamment l'assurance obligatoire, mais il ne peut l'imposer au-delà des frontières. Ainsi constate-t-on que des anesthésistes français vont s'assurer en Irlande, attirés par des montants de cotisation moins élevés qu'en France. À cet égard, les tentatives visant à créer un grand marché européen de l'assurance n'ont pas été couronnées de succès. Les instances européennes ont essayé d'influer essentiellement sur les conditions permettant de répondre à la demande (élimination des restrictions à la prestation de service), alors que de réels problèmes se situent au niveau de l'offre : comment harmoniser le système d'assurance lui-même, et en particulier les garanties offertes ?

L'assurance médicale constitue un exemple des **limites de l'intervention des pouvoirs publics dans le secteur privé de l'assurance**.

Il est plus aisé, pour les pouvoirs publics, d'imposer des régimes de responsabilité particuliers et une certaine socialisation des risques aux acteurs publics que d'y contraindre des acteurs privés, sauf à prendre l'initiative d'organiser eux-mêmes un système fondé sur une solidarité élargie dont ils assurent pour une part prédominante l'équilibre ou la régulation.

Pour les assureurs, « *seuls sont techniquement assurables les risques à la fois aléatoires et connus, c'est-à-dire ceux dont la fréquence est suffisamment limitée mais répandue pour répondre à une loi statistique de survenance* »³⁵⁴.

L'exemple de l'assurance médicale montre à quels obstacles on peut se heurter si ces conditions ne sont pas réunies ou si la mise en œuvre des mécanismes reposant sur ces principes engendre des coûts hors de proportion avec les moyens des personnes soumises à l'obligation d'assurance³⁵⁵. À cet égard, si la loi du 4 mars 2002 prévoit l'assurance obligatoire des professionnels de santé, les assureurs étant désormais tenus à une obligation de les assurer en responsabilité civile, elle retient la notion de faute pour les professionnels et confie la réparation des accidents non fautifs à l'ONIAM, les établissements de santé se voyant imposer une responsabilité sans faute en matière d'infections nosocomiales. Les établissements de santé et les assureurs se sentaient « perdants ».

Après plusieurs mois de crise intense, exacerbée par le retrait subi de plusieurs assureurs, la loi du 30 décembre 2002 a permis de vaincre les réticences du marché français. Cette loi vise à restaurer les conditions de l'assurabilité des risques médicaux : en mettant à la charge de l'ONIAM la réparation des dommages graves résultant d'infections nosocomiales ; en imposant un système d'assurance « en base réclamation » (qui s'oppose aux contrats « en base fait générateur ») pour toutes les assurances couvrant des risques médicaux et répondant aux demandes des organisations professionnelles de l'assurance.

354. Jean-Luc de Boissieu, *L'assurance facile*, Éditions Lpm, 2001.

355. Tout dépend évidemment du périmètre de mutualisation retenu. S'il est trop étroit, celle-ci est insuffisante. Tout dépend aussi de la question de savoir si l'on accepte une tarification modulée suivant le niveau du risque.



La période qui s'ouvre semble augurer d'un retour progressif à une situation plus normale. Mais le marché de l'assurance hospitalière reste fragile. Les assureurs ne sont pas encore revenus sur le marché, aujourd'hui restreint aux sociétés d'assurances mutuelles professionnelles et à quelques grands assureurs généralistes ; le Groupement temporaire d'assurance médicale (GTAM), créé pour pallier le déficit d'offre d'assurance après le retrait de plusieurs assureurs, est toujours actif. La loi n° 2004-810 du 13 août 2004 a consacré ce qui avait auparavant été mis en place par voie réglementaire par un arrêté du 19 décembre 2003³⁵⁶ : la prise en charge partielle de l'assurance responsabilité civile médicale par la CNAMTS, pour certains spécialistes qui auront demandé que la qualité de leur pratique professionnelle soit accréditée, reportant ainsi sur les assurés sociaux une partie de la charge induite par la segmentation du marché médical. Il reste à savoir si ces dispositions législatives entraîneront, à terme, une diminution des primes d'assurance, comme l'espèrent les pouvoirs publics. Si le nombre de litiges au pénal comme au civil reste stable depuis quelques années, en revanche les indemnités accordées aux victimes peuvent atteindre des niveaux de plus en plus élevés. Les médecins craignent une « américanisation » de la relation entre le médecin et le patient. À l'origine de cette crainte se trouvent les inquiétudes sur la portée de la notion d'accident médical fautif et sur les conséquences de l'obligation d'information et de recueil de consentement du patient.

2.3. Socialisation et responsabilisation

Le danger de déresponsabilisation est certes toujours possible dans une relation d'assurance, quel que soit le régime juridique de responsabilité. En effet, une fois assurés, les agents économiques peuvent tendre à prendre plus de risques, et donc à accumuler les sinistres, selon un phénomène que les économistes appellent l'*aléa moral*³⁵⁷. L'individu, assuré de réaliser sa transaction, va modifier de lui-même son comportement de telle façon que la transaction va être défavorable à son partenaire. En raison de l'asymétrie d'information qui existe entre eux, ce partenaire n'aura pas de moyens de connaître cette évolution défavorable, qu'aucun indice ne laissait prévoir au moment de la conclusion de la transaction. Ce phénomène se rencontre également sur d'autres marchés, tels que le marché du crédit bancaire. En matière d'assurance dommage, l'*aléa moral* peut être combattu, notamment, par le système de « bonus-malus. »

La substitution de la notion de risque à celle de faute accroît le danger d'une déresponsabilisation.

Le Conseil d'État, en 1998³⁵⁸, indiquait, à propos de la responsabilité médicale, que la dilution de la notion de faute dans une problématique générale du risque comportait la redoutable menace d'une déresponsabilisation des professionnels de santé à laquelle les patients n'auraient rien à gagner. Il soulignait qu'il est essentiel de maintenir la distinction entre la faute et l'erreur ainsi

356. *JORF* du 24 décembre 2003.

357. Ou « *hasard moral* », néologisme pour « *moral hazard* ».

358. Rapport public 1998, *Réflexions sur le droit de la santé*, EDCE n° 49, La Documentation française.



qu'entre la faute et l'aléa. Il relevait qu'inversement, la tentation qui consisterait à étendre la notion de faute risquait de conduire à une médecine défensive dépourvue de toute initiative originale.

S'agissant plus généralement de la responsabilité de la puissance publique, l'un des objectifs essentiels de la responsabilité pour faute qui est la sanction de l'erreur administrative risque de disparaître si la responsabilité sans faute devient trop extensive.

Enfin, la réduction du champ de la responsabilité pour faute risque de s'accompagner, dans la recherche d'un « responsable » par la victime de dommages, d'une tendance accrue à une mise en cause de la responsabilité pénale des auteurs du préjudice. Il n'y aurait plus alors déresponsabilisation, mais risque d'excès dans la recherche de responsabilité.

2.4. La superposition des actions en responsabilité

La multiplicité des procédures

Le traitement de l'indemnisation des victimes de l'amiante est un exemple de cette multiplicité. Certes, le recours à la solidarité et à la socialisation des risques ne saurait être contesté pour assurer l'indemnisation des préjudices causés par l'inhalation des poussières d'amiante, mais il est permis de s'interroger sur la multiplicité des actions et procédures qui peuvent être suivies pour obtenir réparation, ainsi que des actions récursoires qui peuvent s'ensuivre.

Les victimes de l'amiante peuvent soit demander une indemnisation au FIVA³⁵⁹, soit mener des actions contentieuses de droit commun. Dans ce dernier cas, elles peuvent rechercher la responsabilité de l'État pour carence fautive et celle de l'employeur pour faute inexcusable. Le fonds pourra exercer des actions récursoires contre l'employeur qui, lui-même, sera tenté d'exercer des actions récursoires. Si la victime agit contre l'État, celui-ci pourra se retourner contre l'employeur. Enfin, les victimes peuvent également exercer des actions pénales.

Il n'est pas évident que cette complexité aille dans le sens de l'intérêt des victimes pour lesquelles la rapidité de l'indemnisation est essentielle. Sans doute faut-il s'attacher à la réduire.

Le rapport sur la rénovation de la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles de mars 2004 relevait en outre que le FIVA soulevait une question de cohérence avec le système d'assurance accident du travail : « *Il est, en effet, un dispositif complémentaire d'indemnisation des maladies professionnelles par les différents régimes de sécurité sociale. Le législateur n'a donc pas supprimé, le cas échéant, le complément d'indemnisation de l'assurance accident du travail en cas de faute inexcusable de l'employeur, ce qui n'est plus logique dès lors que la réparation est intégrale* ».

359. L'acceptation de l'offre du FIVA vaut désistement des actions juridictionnelles en indemnisation en cours et rend irrecevable toute autre action juridictionnelle future en réparation du même préjudice (article 53 IV dernier alinéa de la loi du 23 décembre 2000).



S'agissant de l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux, « *la lourdeur du mécanisme mis en place par la loi du 4 mars 2002, aggravée par les textes d'application* », a été relevée³⁶⁰. La phase transactionnelle, en particulier, s'ordonne autour des commissions régionales de règlement et conciliation (CRCI) chargées « *de faciliter le règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux, aux affections iatrogènes et aux infections nosocomiales, ainsi que des autres litiges entre usagers et professionnels de santé, établissements de santé, services de santé ou organismes ou producteurs de produits de santé mentionnés aux articles L. 1142-1 et L. 1142-2* ». Les avis des CRCI lient l'ONIAM ou l'assureur qui sont tenus de faire une offre d'indemnisation, à charge pour eux, s'ils l'estiment utile, d'engager une action subrogatoire. Outre leur président (magistrat de l'ordre administratif ou judiciaire) les commissions ne comportent pas moins de vingt membres : des représentants des professionnels et établissements de santé, des représentants des assureurs, des représentants des usagers ainsi que quatre personnalités qualifiées. La CRCI se réunit soit en formation de règlement amiable soit en formation de conciliation. Cette dernière est chargée d'aider à la résolution des conflits entre usagers et professionnels de santé. En formation de règlement amiable, la mission de la CRCI est de permettre l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux. Une difficulté tient à ce qu'elle n'est compétente que pour les accidents graves³⁶¹. Sont donc exclues de la procédure, après expertise, les personnes dont le taux d'incapacité permanente sera inférieur à 24 % et qui n'entrent pas dans les autres cas prévus par les textes. Cette solution laisse prospérer, ainsi qu'on l'a fait valoir³⁶², des occasions de contentieux pour les dommages les moins graves, c'est-à-dire ceux qui, à première vue, se prêtent le mieux au règlement amiable. S'il n'est pas *a priori* choquant qu'un seuil de gravité détermine le droit pour la victime d'être indemnisée par la solidarité nationale, il est plus regrettable qu'il conditionne aussi la compétence de la CRCI même en cas de responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé³⁶³. **Des ajustements de frontière mériteraient d'être opérés à tout le moins dans les compétences des CRCI.**

Enfin, s'ajoute la coexistence, le cas échéant, de la saisine de la CRCI avec une procédure contentieuse.

La voie pénale

Beaucoup ont tendance à considérer que la pleine réparation de leur préjudice exige non seulement l'indemnisation des dommages matériels, corporels ou moraux qu'ils ont subis, mais également la condamnation pénale de l'auteur de l'infraction. L'action pénale, plus que l'action civile, répond au désir de sanctionner le coupable. La possibilité en droit français de se constituer partie

360. André Favre Rochex et Guy Courtieu, *Fonds d'indemnisation et de garantie*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, coll. « Droit des affaires », 2003.

361. La gravité est appréciée au regard des critères définis par le décret n° 2003-314 du 4 avril 2003.

362. Voir sur ce point, André Favre Rochex et Guy Courtieu, *Fonds d'indemnisation et de garantie*, précité.

363. Ainsi, par exemple, comme ce seuil de 24 % correspond à peu de chose près à celui servant à opérer le partage de l'indemnisation des infections nosocomiales entre assureurs et ONIAM (25 %), les infections nosocomiales à la charge de l'assureur échapperont de fait au règlement amiable.



civile pour déclencher l'action publique contribue à cette tendance. La voie pénale présente l'avantage déterminant que le juge pénal dispose de pouvoirs d'investigation étendus. Ainsi peut-on notamment au pénal porter plainte contre X, alors que la procédure civile exige la désignation de la personne visée, et la procédure administrative celle de la personne publique dont la responsabilité est recherchée. Dans le cadre de la procédure pénale, la partie civile peut au surplus contribuer elle-même à la réunion de preuves. Ces règles de procédure, facteur d'efficacité de l'action pénale, sont certes contrebalancées par la nécessité de la mise en évidence d'une infraction prévue par la loi, alors que, devant le juge civil ou le juge administratif, il peut y avoir mise en jeu de la responsabilité sur le simple fondement de la faute, d'une présomption de faute, voire de la rupture de l'égalité devant les charges publiques. Mais certaines incriminations pénales, on l'a vu (*cf. supra*), sont de portée très extensive.

Un pas a été fait qui pourrait contribuer à limiter la superposition des actions pénales et civiles. La loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 a introduit dans le Code de procédure pénale un nouvel article 4-1 qui met fin au principe de l'identité de la faute pénale d'imprudence et de la faute civile, qui, conjugué au principe de l'autorité sur le civil de la chose jugée au criminel, aboutissait à une forte pénalisation du droit des accidents corporels. Désormais, s'il y a faute pénale, il y aura nécessairement faute civile, mais en revanche si le juge pénal considère qu'il y a absence de faute pénale, le juge civil ne sera plus lié par cette constatation et pourra estimer qu'il y a faute civile. Cette évolution devrait conduire à ce que le juge pénal soit moins enclin à « pénaliser » des fautes légères non intentionnelles pour assurer à la victime un droit à réparation.

De façon générale, si les actions en justice ont eu parfois un rôle positif, par exemple dans le domaine de la santé publique, en contraignant l'État à agir et à mieux s'organiser, leur multiplication peut avoir pour effet de conduire les acteurs à des excès de précaution.

2.5. La responsabilité des collectivités territoriales

Comme celle de l'État, cette responsabilité se heurte à des limites financières. La mise en jeu de la responsabilité des collectivités territoriales, et celle des communes en particulier (CE, Sect., 25 septembre 1970, *Commune de Batz-sur-Mer*) peut déboucher sur l'obligation pour elles de verser des indemnités hors de proportion avec leurs ressources. D'où la nécessité pour elles de s'assurer, en recherchant ainsi la mutualisation des risques. Les pouvoirs publics, à la suite des lois de décentralisation de 1982-1983, ont incité les collectivités territoriales à s'assurer dès lors que les transferts de compétence pouvaient entraîner la mise en cause de leur responsabilité dans des cas de plus en plus nombreux. Cette nécessité ne peut qu'être accrue par les transferts de compétences résultant de la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales ³⁶⁴.

364. Loi n° 2004-809.



En outre, comme on l'a vu (*cf. supra*), si la loi du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels a pour objectif de freiner la tendance à la mise en cause de la responsabilité pénale des personnes physiques et en particulier des élus locaux accusés d'infractions d'imprudence, la réalisation de cet objectif dépend de l'interprétation donnée par le juge du droit applicable.

C – Pour une socialisation raisonnée

Face à une demande croissante d'une meilleure couverture des risques et à la montée des coûts engendrés par certains risques qui, bien qu'exceptionnels, peuvent se poursuivre dans le temps (préjudices causés par l'amiante, accidents médicaux...), **la difficulté est de trouver un équilibre satisfaisant entre ce qui relève de la prévoyance individuelle de chacun et du marché classique de l'assurance, ou d'une solidarité plus ou moins large se traduisant par une socialisation du risque.**

1. Le rôle respectif des assureurs et de l'État

Nul ne conteste qu'il appartient à l'État d'édicter des règles minimales pour réglementer les activités d'assurance et de veiller à leur respect. Il s'agit notamment de garantir une concurrence suffisante et d'éviter que les assurés ne pâtissent de la position de force des prestataires d'assurance.

En revanche, l'État n'a pas à se substituer aux assureurs³⁶⁵ lorsque cela ne s'impose pas, ni à préférer le recours à la solidarité nationale lorsqu'une mutualisation suffisante devrait être possible. Mais il est des hypothèses dans lesquelles seule la solidarité peut jouer.

1.1. Intervenir à bon escient

La socialisation du risque doit être une socialisation raisonnée. **Des mécanismes particuliers d'indemnisation ne devraient être institués que lorsque certaines conditions sont réunies**, qui doivent être fonction de la gravité du dommage et de son ampleur, du caractère exceptionnel ou imprévisible des sinistres, du niveau d'implication de l'État dans leur survenance, mais aussi du coût de la mesure de solidarité et de ses avantages comparatifs avec d'autres mesures. Il paraît à cet égard indispensable, avant d'instituer un régime législatif particulier pour un type de risque donné, d'en mesurer au préalable les implications financières probables.

Les mécanismes d'assurance classiques conservent leur rôle primordial :
« Il faut bien considérer que le système "normal", c'est celui de l'assurance. L'État ne peut être pris pour un assureur tous risques, et gratuit, tout au

365. Une réflexion sur ce partage de rôle est également conduite par le Commissariat du Plan.



moins en apparence »³⁶⁶. C'est en ce sens que les nouveaux produits d'assurance destinés à couvrir un risque particulier ou multirisques apparaissent de nature à favoriser une meilleure cohésion sociale et un moindre alourdissement des charges publiques à condition que le coût ne soit pas trop élevé pour les intéressés (dépendance, rente éducation, différentes sortes d'assurances emprunteur couvrant en particulier le risque chômage, assurances loyers de même portée...).

Mais à l'inverse, les assureurs ne peuvent se substituer à certains mécanismes de solidarité élargie.

Un constat s'impose : aux préjudices individuels s'ajoutent aujourd'hui, de plus en plus, des dommages collectifs, dont la prévisibilité était parfois impossible à déterminer à l'avance. **La théorie classique de la responsabilité, qui implique que soient réunis trois éléments, un dommage, une faute, un lien de causalité, trouve difficilement à s'appliquer à certains risques.** Il en va de même, dans certains cas, de la théorie de la responsabilité sans faute. Ces théories paraissent inadaptées pour l'indemnisation de dommages collectifs correspondant à des risques dont on ignorait tout, qui sont indétectables à l'avance et dont le nombre de victimes potentielles est inconnu. L'exemple du distilbène est parlant, qui a entraîné, chez les filles des mères à qui on l'avait prescrit afin de prévenir les risques de fausse couche, un taux anormal de cancer de l'utérus. C'est là toute la difficulté du risque-développement. Dans certaines hypothèses (VIH, Creutzfeldt-Jacob,...), les assureurs ne veulent plus assurer, tandis que les victimes s'organisent pour demander réparation. L'État intervient, souvent dans la précipitation. Se trouvent alors juxtaposés des systèmes d'indemnisation sans recherche de responsabilité et l'accès à des procédures contentieuses fondées sur la responsabilité. Sans doute y a-t-il là matière à réflexion pour voir dans quelle mesure ces procédures ne pourraient pas dès le départ être exclusives les unes des autres. Encore faudrait-il ne pas se heurter à des obstacles constitutionnels liés au principe de responsabilité³⁶⁷, ni au droit à un recours effectif garanti par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il s'agit en outre de **distinguer entre les choix individuels qui ne font courir de risques qu'à leurs auteurs** (les risques choisis), ceux-ci devant alors *a priori* en assumer seuls les conséquences, comme par exemple pour l'assurance spécifique pour la pratique des sports extrêmes, **et les choix individuels porteurs d'un risque collectif.** Ainsi, le refus de la vaccination au nom d'un droit individuel peut compromettre la réussite de la lutte contre une maladie dont l'éradication ne peut être obtenue que grâce à la vaccination obligatoire. Il n'est alors pas anormal que l'intérêt général prévale, comme il est alors normal que la solidarité nationale prenne en charge les dommages encourus dans de telles hypothèses par des individus à qui il aura été imposé une prise de risque apparue nécessaire au regard de l'intérêt collectif : telle est la logique de la législation ancienne sur la vaccination obligatoire.

366. J.-M. Pontier, « Le législateur, l'assureur et la victime », *RFDA* 2 (1) janvier-février 1986.

367. Cf. Cons. const., décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982 « *Nul n'ayant le droit de nuire à autrui, en principe tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ».



Il peut cependant s'avérer difficile de faire le départ entre ce qui relève de la responsabilité et ce qui justifie la solidarité. Les débats qui ont eu lieu à propos du préjudice de l'enfant né handicapé après que ce handicap n'a pas été décelé en raison d'une faute commise lors du diagnostic prénatal en sont un exemple. Les jurisprudences du Conseil d'État et de la Cour de cassation ont divergé sur ce sujet.

Les deux juridictions incluait dans le préjudice indemnisable les charges particulières découlant du handicap tout au long de la vie de l'enfant. Mais le Conseil d'État³⁶⁸ l'incluait dans le préjudice indemnisable des parents, tandis que la Cour de cassation³⁶⁹ a considéré que les charges particulières découlant du handicap constituaient un élément de préjudice, non des parents, mais de l'enfant lui-même. La jurisprudence de la Cour de cassation a soulevé de forts débats³⁷⁰. C'est dans ce contexte que le législateur est intervenu, en définissant, à l'article 1^{er} de la loi du 4 mars 2002³⁷¹, un nouveau régime de réparation des préjudices subis par des enfants nés handicapés et pour leurs parents, différent, ainsi que l'a souligné le Conseil d'État dans son avis du 6 décembre 2002, de celui qui résultait de la jurisprudence tant administrative que judiciaire : les parents ne peuvent mettre en cause la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé que s'il y a eu faute caractérisée, et au titre de leur seul préjudice. La compensation des charges particulières, découlant tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap, relève de la solidarité nationale, selon les termes mêmes de la loi. Le législateur distinguait ainsi ce qui relevait de la responsabilité et ce qui était renvoyé à la solidarité nationale. La loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées organise cette solidarité.

1.2. Du bon usage des fonds

Le recours aux fonds, qui vont d'un système d'assurance reconstitué à un financement étatique prépondérant ou exclusif, **n'est justifié que dans certaines hypothèses** : lorsqu'un risque apparaît grave et qu'il n'est pas légitime de le laisser à la charge des victimes, quand d'autres solutions ne permettent pas de remplir les mêmes objectifs, quand l'urgence de l'indemnisation le justifie.

Mais « *Nul ne peut se réjouir de l'apparition d'un nouveau fonds de garantie public : ni les concitoyens, à qui un nouveau malheur de grande ampleur est arrivé, ni les assureurs qui laissent à d'autres le soin de faire leur métier, ni l'État qui est ainsi contraint de reconnaître ses limites, voire ses défaillances* »³⁷².

L'intérêt de la mise sur pied de fonds pour certains risques (FIVC, FIVA) n'est pas contesté. La solution est plus critiquée en raison de leur multiplication, de leurs statuts divers, et du risque que l'on peut y voir d'empiétement

368. CE, Sect., 14 février 1997, *CHR de Nice c/ Époux Quarrez*, rec. p. 44, concl. V. Pécresse.

369. Cass. civ., 26 mars 1996, n° 94-13145, Bull. 1996 I n° 155, p. 109 ; Cass. civ., Ass. plén., 17 novembre 2000, n° 99-13701, Bull. 2000 AP n° 9, p. 15.

370. Cf. concl. Terry Olson sous CE, Ass., avis du 6 décembre 2002, *M^{me} Draon*, rec. p. 423.

371. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

372. Jean-Luc de Boissieu, *L'assurance facile*, Éditions Lpm, 2001.



sur le rôle des assureurs par la création de fonds sous la pression de l'opinion publique face à des événements lourds. D'où, dans l'hypothèse de recherche d'une couverture d'un dommage pour laquelle le marché ne répond pas, la préférence de certains pour l'assurance obligatoire assortie d'une réassurance *via* la Caisse centrale de réassurance (CCR) : l'idée est que l'on recrée ainsi un marché de l'assurance et que le risque de recours à la garantie de l'État diminue. Pour faire appel à des capacités plus importantes que celles de la réassurance et diversifier les ressources financières des assureurs, certains préconisent la « titrisation » (émission d'obligations parfois dites « catastrophes »). Mais cela ne permet pas d'exclure l'hypothèse d'un recours ultime à l'État en cas de crise du marché ou d'accumulation de sinistres majeurs.

Un recours trop systématique à des fonds peut également favoriser les comportements à risque et ne pas inciter à l'assurance quand ces fonds couvrent les non assurés. En outre, alors que leurs objectifs initiaux sont la solidarité et l'apaisement du contentieux, on peut craindre un détournement de ces objectifs par la multiplication des actions récursoires.

2. Imputation et indemnisation

2.1. Responsabilité civile et assurance personnelle

Faudrait-il, comme certains le préconisent³⁷³, séparer plus systématiquement la logique de la réparation de celle de la responsabilité ? Quelles peuvent être les places respectives de l'assurance personnelle et de la responsabilité civile ? Chaque dommage conduirait à l'indemnisation rapide de la victime par le biais de son assurance personnelle, l'assurance ayant ensuite la possibilité de se retourner vers les auteurs du dommage pour faire jouer leur responsabilité civile. Chaque individu aurait ainsi une double assurance : assurance personnelle pour les dommages qui lui sont causés, assurance responsabilité civile pour les dommages qu'il cause. Une plus grande solidarité en résulterait ainsi qu'une plus grande capacité de provision des risques par le secteur de l'assurance. Faudrait-il, par exemple, dans le domaine médical, comme certains l'ont préconisé dans le débat récent sur l'assurance médicale, que chaque patient s'assure, par une cotisation qu'il verserait avant de subir une intervention, contre les aléas thérapeutiques et les accidents médicaux ?

Il reste que l'on évalue mal quel serait le coût pour la société d'une indemnisation plus systématique et rapide des risques encourus par une assurance généralisée obligatoire couvrant la plupart des risques courants et assurant une indemnisation automatique et intégrale. Il n'est pas évident que ce coût soit prohibitif si l'on exclut les événements exceptionnels. Les assureurs l'ont sans doute compris, qui préconisent le développement de la garantie accident de la vie et en font valoir les avantages : coût raisonnable, population large, couverture de risques graves individuellement mais finalement peu fréquents.

373. Cf. François Ewald, « La vraie nature du risque de développement et sa garantie », *Risques*, 1992.



On comprend bien l'intérêt des contrats multirisques, tant pour la responsabilité civile que pour l'assurance personnelle, qui permettent aux assureurs « *de simplifier la gamme des produits, de jumeler des bons risques avec des moins bons, et de fidéliser la clientèle en lui offrant une large palette de garanties dans un petit nombre de contrats* »³⁷⁴, et devraient se traduire, pour les assurés, par une simplification, des coûts en principe réduits et une moindre probabilité de se trouver assuré plusieurs fois pour le même risque³⁷⁵.

À privilégier sans cesse l'objectif d'indemnisation, le danger n'est-il pas d'abolir la responsabilité civile ? Le fautif sera d'autant moins encouragé à la prévention qu'il n'aura pas, à titre individuel, à supporter les conséquences de ses actes. Mais aussi, la victime sera d'autant moins encline à la prévoyance qu'elle sait pouvoir compter sur les ressources collectives. Reste alors la responsabilité pénale, mais avec les inconvénients qui s'y attachent.

Certes, dans de nombreux cas, l'assureur de la victime exercera une action contre le responsable, lequel se sentira donc obligé de s'assurer et d'être prévoyant.

Mais l'assurance personnelle elle-même a ses limites ; elle exclut tous ceux qui ne peuvent se l'offrir ; le risque d'une segmentation croissante des risques existe dans ce cas comme dans d'autres ; elle peut entraîner une déresponsabilisation de la victime ; elle risque d'avoir pour contrepartie l'exigence systématique, par l'assureur, du respect par la victime de précautions qu'il aura jugées nécessaires ; enfin, les individus ont souvent des difficultés à évaluer eux-mêmes les risques qu'ils encourent.

Un juste équilibre doit être respecté. Ainsi, en France, la création de fonds n'a jamais conduit à écarter complètement l'idée de responsabilité. Pour l'auteur du dommage, elle se traduit par la mise en œuvre de l'action subrogatoire. Pour la victime, elle se manifeste par la prise en compte de sa propre faute, laquelle peut la conduire à la réduction ou à la privation d'indemnités.

Certains régimes mêlent assurance dommage et assurance responsabilité civile : ainsi, la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978, relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction, repose sur un mécanisme d'assurances obligatoires mixte : une assurance dommage souscrite par le propriétaire de l'ouvrage, le vendeur ou le mandataire du propriétaire, destinée à assurer le préfinancement des réparations³⁷⁶, indépendamment de toute recherche de responsabilité ; une assurance responsabilité souscrite par les divers intervenants³⁷⁷ qui supporteront la couverture définitive des frais.

2.2. Réglementation et responsabilité

Une autre question, difficile, est celle du partage de responsabilité entre l'opérateur qui a agi dans le respect des réglementations en vigueur (normes techniques, environnementales, sanitaires...) et qui malgré lui a créé un dommage, et

374. Jean-Luc de Boissieu, *L'assurance facile*, Éditions Lpm, 2001.

375. Les contrats multirisques ne peuvent néanmoins se substituer à toutes les formes d'assurances personnelles tendant à la couverture de risques particuliers.

376. Articles L. 242-1 et L. 242-2 du Code des assurances.

377. Articles L. 241-1 et L. 241-2 du Code des assurances.



le responsable d'une réglementation inadaptée ou incomplète ou d'un défaut de réglementation. Il ne peut y avoir de réponse unique. **On ne peut en effet attendre des pouvoirs publics la réglementation complète de toutes les conditions d'exercice de l'ensemble des activités afin d'en prévenir tous les risques.** Il s'agirait là d'une mission impossible. La sécurité sur les lieux de travail en est un exemple : l'employeur est tenu à une obligation générale de sécurité à l'égard de ses employés, au-delà de l'application des normes techniques qui lui sont imposées. Le dossier des préjudices causés par les poussières d'amiante en est une illustration particulière : la responsabilité de l'État pour carence fautive ne fait pas disparaître celle de l'employeur.

3. Le besoin d'harmonisation

L'extension de la socialisation du risque rend d'autant plus nécessaire une réflexion sur l'harmonisation de certaines règles.

3.1. La multiplicité des régimes

L'atomisation des régimes applicables, le recouvrement partiel de leur champ d'application et la diversité des modalités d'indemnisation, souvent dénoncés, ainsi de la prise en compte ou non, par exemple, des préjudices extra-patrimoniaux, font qu'il est difficile pour la victime de s'y retrouver. Les modalités d'indemnisation liées à cette multiplicité de régimes créent des disparités.

Or, plus la socialisation des risques s'étend, plus il devient choquant que des divergences existent pour des indemnités accordées en réparation de préjudices identiques. La question se pose, en outre, comme on l'a vu (*cf. supra*), de l'articulation entre les indemnités versées par des fonds et celles décidées par les tribunaux.

Il serait souhaitable de mener une réflexion sur une plus grande unité, pour un même préjudice, des régimes applicables, même si la tentation, sous l'impact émotif et médiatique de certaines maladies professionnelles par exemple, est de prévoir des régimes particuliers.

3.2. Les indemnités

Pour ce qui est des préjudices corporels, la « réparation intégrale » implique de prendre en compte de manière spécifique les préjudices de chaque victime. Le principe d'individualisation, qui s'accompagne depuis ces dernières années d'une extension de la prise en charge des préjudices corporels, est toutefois compromis par des disparités de traitement, selon la situation géographique ou selon la nature du sinistre.

Le FIVA relève l'hétérogénéité géographique de la jurisprudence des tribunaux des affaires de sécurité sociale et des cours d'appel en matière d'indemnisation des victimes³⁷⁸. Ainsi, pour une plaque pleurale, les indemnisations peuvent varier entre 48 000 euros et des montants de 8 000 à 14 000 euros.

378. FIVA, 3^e rapport d'activité au Parlement et au Gouvernement (juin 2003-mai 2004).



Pour un cancer, des arrêts octroient une somme de 210 000 euros alors que dans le même temps, d'autres retiennent un maximum de 30 000 à 62 000 euros. Le FIVA souligne que l'on constate « *des situations extrêmes où une plaque pleurale (maladie bénigne) est indemnisée plus de sept fois plus qu'un mésothéliome (cancer incurable)* ».

Des disparités liées à la nature du sinistre et au régime d'indemnisation sont par ailleurs constatées avec, notamment, l'apparition de sinistres catastrophiques ou sériels à forte charge émotionnelle qui ont suscité des traitements particuliers. Les demandes d'indemnisation spécifiques ont concerné les victimes d'attentats, puis celles du sang contaminé (avec l'indemnisation d'un préjudice spécifique de contamination), et enfin de l'amiante qui a tiré les indemnisations vers le haut.

En outre, alors que le barème médical, destiné à évaluer objectivement la nature et l'importance des atteintes à l'intégrité physique et psychologique de la victime, devrait être unique, « *il existe une pluralité de barèmes médicaux différents et inconciliables : barèmes de droit commun, barème de la sécurité sociale (assurance maladie-invalidité et accidents du travail), barèmes contractuels des assurances de personnes, barème pour les victimes de guerre,...* »³⁷⁹

S'agissant du juge administratif, la notion de « trouble dans les conditions d'existence » telle qu'il la met en œuvre est parfois regardée comme ne permettant pas d'identifier de façon suffisamment précise les éléments de calcul selon lesquels sont estimés les préjudices dont la réparation est prescrite à ce titre, ce qui, selon certaines critiques, risque de faire naître chez la victime un doute sur le caractère intégral de la réparation³⁸⁰. L'approche retenue par la juridiction administrative va cependant le plus souvent dans le sens de l'intérêt des victimes.

De façon générale, le souci d'équité devrait conduire à **rechercher une plus grande harmonisation du quantum d'indemnisation** pour un même préjudice.

Cette harmonisation n'est pas une préoccupation récente. La loi Badinter du 6 juillet 1985 a prévu la publication périodique des indemnités fixées par les jugements et les transactions³⁸¹. Ces informations sont collectées par l'Association pour la gestion des informations sur le risque automobile (AGIRA)³⁸².

De leur côté, les fonds d'indemnisation ont été soucieux de mettre en place des barèmes. Le conseil d'administration du FIVA a ainsi adopté le 21 janvier 2003 un barème afin d'assurer, d'une part, l'égalité de traitement entre les demandeurs sur l'ensemble du territoire et, d'autre part, la cohérence dans la prise en charge des différents préjudices. Ainsi que l'a souligné le Conseil d'État, ce barème reste « *dénué de caractère impératif* » et se borne « *à définir des orientations* » qui « *ne font pas obstacle à ce que, en fonction de la situation particulière de chaque demandeur, les autorités du fonds s'écartent des*

379. *L'indemnisation du dommage corporel*, Rapport du groupe de travail présidé par M^{me} Lambert-Faivre, Conseil national de l'aide aux victimes, 2003, p. 60.

380. Christophe Guettier, « Le contentieux administratif des contaminations transfusionnelles par le virus de l'hépatite C », *AJDA*, 28 juin 2004, p. 1283.

381. Article 26 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985.

382. Informations disponibles sur Minitel (36 14 AGIRA).



directives qui leur sont ainsi adressées »³⁸³. La fixation d'un montant d'indemnisation ne peut donc se fonder sur la seule application d'un barème, mais doit procéder d'une analyse de la situation individuelle de la victime. En outre, l'instauration d'un barème par un fonds ne résout pas le problème des écarts constatés entre juridictions. Ainsi, toujours à propos de l'amiante, le FIVA observe que les victimes sont d'autant plus enclines à ne pas accepter ses offres que la cour d'appel devant laquelle elles peuvent être contestées est susceptible de majorer le montant proposé. « *Les arrêts rendus reflètent souvent l'image des pratiques habituelles des différentes cours en matière d'indemnisation alors que par nature, les montants proposés par le FIVA sont les mêmes sur tout le territoire* »³⁸⁴.

Afin de garantir la transparence des principes d'indemnisation des victimes, l'ONIAM a également entrepris en 2003 d'élaborer un référentiel d'indemnisation à partir de l'analyse des montants des indemnisations prononcées par le juge (administratif ou judiciaire) ou proposées par les assureurs. Ce référentiel devrait s'efforcer de trouver un juste et difficile équilibre entre les montants transactionnels et juridictionnels : trop élevé, il serait une source d'inflation pour les premiers et de coûts importants pour la collectivité ; trop bas, il risquerait d'être disqualifié par les seconds.

L'article 17 de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie a en outre institué un « observatoire des risques médicaux » rattaché à l'ONIAM chargé de collecter les données relatives aux accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales et à leur indemnisation et de publier périodiquement une analyse des données ainsi recueillies³⁸⁵.

En outre, l'une des recommandations du groupe de travail présidé par M^{me} Lambert-Faivre sur l'indemnisation du dommage corporel est d'instituer un « *barème médical unique auquel tous les systèmes d'indemnisation, aussi hétérogènes soient-ils, devraient être rattachés* »³⁸⁶.

La mise en place d'un barème unique trouve ses limites dans l'exigence de la prise en compte de la singularité de la personne humaine. L'idée d'un tel barème est d'ailleurs contestée tant par des associations de victimes que par des professionnels de l'indemnisation. Toutefois, s'inspirant du précédent en matière d'accidents de la circulation, le rapport Lambert-Faivre préconise l'instauration d'un « *référentiel indicatif national statistique et évolutif* » (RINSE), sous le contrôle des pouvoirs publics. Cet outil, qui implique la mise au point préalable d'une nomenclature précise des chefs de préjudice, devrait concerner tous les types d'accidents corporels (circulation, accidents médicaux, infractions...) et retenir, s'agissant des statistiques judiciaires, les évaluations des cours d'appels³⁸⁷. Le RINSE serait établi en fourchettes et en moyennes et ferait l'objet d'une publication annuelle largement diffusée notamment auprès des cours d'appel. Il

383. CE, 3 mai 2004, *Comité anti-amiante Jussieu et Association nationale de défense des victimes de l'amiante*, à paraître au recueil.

384. FIVA, *3^e rapport d'activité au Parlement et au Gouvernement (juin 2003-mai 2004)*.

385. Disposition codifiée à l'article L. 1142-29 du Code de la santé publique.

386. *L'indemnisation du dommage corporel*, *op. cit.*, p. 60.

387. Pour les transactions, les modalités d'une sélection devraient être prévues.



s'agirait ainsi de mettre en place un instrument de référence, régulièrement mis à jour et facilement accessible, pouvant servir de guide à une évaluation qui restera nécessairement personnalisée.

À la demande du secrétaire d'État aux Droits des victimes, un groupe de travail constitué sous l'égide de la Cour de cassation a été chargé d'élaborer une nomenclature des chefs de préjudice réparant les dommages corporels.

De façon générale, si l'on sait que des disparités existent entre les indemnités versées pour des préjudices équivalents, et si l'on en vient à reprocher au juge d'être tantôt excessivement tantôt insuffisamment généreux, on mesure mal la portée de ces écarts, et l'ignorance de chacun des différents acteurs (États, assureurs, caisses de sécurité sociale) des montants versés par les autres nourrit la polémique et ne contribue guère à l'harmonisation. **Il paraît donc souhaitable de rendre accessible un minimum d'informations pertinentes sur le montant des indemnités versées, soit par l'État, soit par d'autres que lui, en particulier les assurances.**

3.3. Les délais de prescription

Les délais de prescription peuvent poser problème : il existe une discontinuité entre le délai de dix ans à compter du fait dommageable pour les actions en responsabilité civile extra-contractuelle (article 2270-1 du Code civil) et le délai de trente ans pendant lequel on peut être déclaré responsable (prescription trentenaire de droit commun de l'article 2262 du Code civil). Des zones de non-garantie peuvent exister à compter de la résiliation d'un contrat, en cas de cessation d'activité par exemple, ou lorsqu'un nouveau contrat ne comporte pas de clause de reprise du passé (ou une clause ne reprenant que le passé inconnu).

Il est vrai que le choix des prescriptions n'est pas chose aisée, car il est lié à différents impératifs tels que la protection des victimes d'une part et des professionnels d'autre part, la limitation dans le temps des contentieux ou l'accès au juge, dont la pondération peut varier. La Cour de cassation, dans son rapport 2001, relevait que « *les victimes d'un même acte sont soumises à des prescriptions différentes selon qu'elles ont un lien contractuel avec le responsable de leur dommage – auquel cas la prescription est de trente ans – ou qu'elles n'en ont pas – auquel cas la prescription est de dix ans –* ». Elle préconisait à cet égard, dans le même rapport, « *de généraliser à dix ans le délai maximum de prescription des actions en toute matière* »³⁸⁸, c'est-à-dire « *l'unification à dix ans maximum de la prescription extinctive de toutes les actions personnelles ou mobilières* ». Ce choix, s'il peut dans la majorité des cas paraître fondé, ne l'est pas forcément pour les risques dont les conséquences peuvent se manifester avec un retard important.

388. La Cour de cassation précisait que cette suggestion ne concernait pas la prescription acquiescive ou usucapion.



4. Concilier socialisation, responsabilité et prévention

Il existe un danger inhérent à la solidarité : une solidarité trop poussée incite à s'exposer au risque, puisqu'on ne paie pas ou peu pour se prémunir contre lui ou en assumer les conséquences.

4.1. Prévention, liberté et responsabilité

La recherche d'une meilleure prévention des risques par le biais de la responsabilité

La plupart des risques, subtils mélanges d'aléas et de comportements individuels, ont des causes au moins partiellement endogènes à l'activité humaine et sur lesquelles il est possible d'agir. Ainsi pourrait-on dans bien des cas considérer que ce n'est pas l'inondation qui constitue le risque, mais la politique d'urbanisme. L'intérêt **d'inciter les individus à diminuer leur exposition aux risques** est évident, les moyens d'y parvenir le sont moins.

L'une des voies est de peser sur les conséquences financières du comportement de chacun. Cela peut se faire au niveau des contrats d'assurance, où l'on peut jouer sur le montant des primes, les franchises, les clauses d'exclusion, les plafonds, les forfaits... La gestion des risques se fait alors essentiellement au niveau individuel. Le système français de bonus-malus, qu'un arrêt récent de la Cour de justice des Communautés européennes a déclaré compatible avec le principe de liberté tarifaire³⁸⁹, en est un exemple. Les résultats rapides obtenus récemment dans le secteur de la sécurité routière montrent en outre clairement l'intérêt d'une approche individualisée des comportements.

Il reste à déterminer jusqu'où cette « contractualisation individuelle » peut aller, sans dénaturer le principe même de l'assurance ou conduire à une sélection des assurés : seuls les faibles risques pourraient demeurer assurables.

Une voie possible est de moduler une indemnisation en fonction du comportement à risque de la victime. Une telle stratégie doit cependant être maniée avec précaution et ne pas faire descendre l'indemnisation en deçà d'un minimum. Ainsi, la loi du 5 juillet 1985 avait prévu une indemnisation quasi systématique des passagers de véhicules, mais non des conducteurs, l'idée étant d'inciter ces derniers à la prudence. Mais ceux-ci, en cas d'accident, restaient sans couverture pour eux-mêmes. Pour éviter qu'il en aille ainsi, les pouvoirs publics ont incité les assureurs à proposer systématiquement l'extension de la garantie au conducteur.

Quoi qu'il en soit, **il paraît essentiel de garder un lien entre la responsabilité de l'auteur du risque et la plus ou moins grande intensité des efforts de prévention**, pour inciter cet auteur à la prévention. Ainsi, la responsabilité de l'État peut être engagée pour carence fautive pour n'avoir pas réglementé l'utilisation de certains matériaux dont la dangerosité était avérée, mais ceci n'exonère pas le chef d'entreprise de sa propre responsabilité (affaire de

389. CJCE, aff. C-347/02, 7 septembre 2004, *Commission des Communautés européennes c/ République française*.



l'amiante). De même, en matière d'environnement, paraît-il logique d'associer les pollueurs potentiels au financement des systèmes mis en place pour indemniser les dommages. Il y a là une application du principe pollueur-payeur. Autre exemple, pour l'indemnisation des catastrophes naturelles, il est légitime de majorer la franchise en fonction du nombre d'arrêtés dont la commune a fait l'objet pour un même risque si elle n'a pas mis en œuvre un plan de prévention des risques³⁹⁰.

Cette analyse vaut pour les accidents du travail où la responsabilité pour risque et l'automatisme de l'indemnisation – la victime ne devant pas supporter les conséquences de la prise de risque par l'employeur, même si celle-ci est inévitable –, la rapidité du versement des prestations et le caractère non contentieux de la procédure d'indemnisation, ne sont pas antinomiques d'une réparation plus complète non forfaitaire. Une telle réparation passe vraisemblablement par une redéfinition des conditions de déclenchement du droit à réparation intégrale (niveau de faute, catalogue des obligations incombant à l'employeur...), tendant à ce que l'amplitude de la responsabilité de l'employeur soit fonction de ses efforts ou de son absence d'efforts de prévention.

Enfin, dans le traitement du contentieux, il est assurément souhaitable de **maintenir la gradation de la faute** : « *L'évolution du droit de la responsabilité civile est à cet égard significative. On sait que les rédacteurs du Code civil avaient voulu proscrire la gradation des fautes en trois degrés que Pothier avait découverte dans l'Ancien droit. Ils n'y parvinrent cependant pas entièrement, et l'évolution ultérieure du droit positif et de la jurisprudence devait accentuer la tendance à la gradation des fautes qui demeurait en germe dans le Code civil. Aussi, en droit civil, s'il est vrai que, sauf cas exceptionnels, toute faute engage la responsabilité de son auteur, le régime de réparation dépend souvent de la qualification de cette faute. Le législateur est fréquemment intervenu en ce sens, mais la jurisprudence est également allée dans cette direction, notamment par le biais de l'assimilation de la faute lourde au dol selon l'adage culpa lata dolo aequiparatur.*

Le juge a besoin de catégories mentales, de "standards", qui lui permettent de guider son appréciation des circonstances pour tenir compte de ce simple fait que les différentes activités humaines s'exercent dans des conditions bien différentes et que les régimes de responsabilité qui en découlent sont nécessairement différenciés »³⁹¹.

Risques et choix individuels

On a pu voir une tendance à un effacement progressif de la faute de la victime comme cause d'exonération ou d'atténuation de la responsabilité et à une acception plus large de la responsabilité du gardien de la chose au sens du Code civil. Cette évolution peut être freinée ou inversée avec les conséquences en termes de transparence et d'information de la mise en œuvre du principe de précaution.

390. Arrêté du 5 septembre 2000 portant modification de l'article A. 125-1 et création de l'article A. 125-3 du Code des assurances (*JORF* du 12 septembre 2000).

391. Concl. Alain Seban sur CE, Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c/ Époux Kechichian et autres*, rec. p. 587.



La question se pose en définitive de la prise en charge de dommages encourus par des personnes qui se placent délibérément dans une situation de risque par imprudence. Faut-il indemniser les fumeurs ou les consommateurs d'alcool victimes de leur propre comportement ? Faut-il les considérer comme des personnes responsables agissant en toute liberté, dont on ne saurait contester qu'elles sont parfaitement informées des méfaits du tabac et de l'alcool ou comme des victimes des producteurs ?

Dans un arrêt du 20 novembre 2003, la Cour de cassation (Ch. civ. 2) a répondu par la négative sur ce dernier point à un requérant qui mettait en cause la responsabilité de la Seita. Elle relève notamment, reprenant les motifs de l'arrêt de la cour d'appel, que l'intéressé, gros fumeur depuis l'âge de treize ans de Gauloises bleues sans filtre, à raison d'au moins deux paquets par jour selon l'aveu de ses proches, était seul à pouvoir prendre les décisions qui s'imposaient. L'avocat général, dans cette affaire, indiquait : « *La principale leçon à tirer de l'arrêt... consiste à dire que dans la complexité de la vie moderne où les conditions de vie qui nous sont imposées peuvent altérer nos facultés de raisonnement et de décision, il existe des domaines où la responsabilité personnelle ainsi que la liberté existent encore* »³⁹².

Des choix individuels peuvent en outre obliger des tiers à secourir leurs auteurs : ainsi de l'alpiniste, du skieur ou du nageur imprudent et non respectueux des règles de sécurité. Les coûts qui peuvent en résulter pour la collectivité, souvent des petites communes rurales ne disposant que de ressources limitées, ont donné lieu à débat. L'article L. 2321-2 du Code général des collectivités territoriales issu de la loi du 27 février 2002³⁹³ permet aux communes d'exiger des intéressés ou de leurs ayants droit une participation aux frais qu'elles ont engagés à l'occasion d'opérations de secours consécutives à la pratique des activités sportives ou de loisir. Ces dispositions ont été contestées, notamment dans les milieux sportifs. Un rapport demandé par le ministère de l'Intérieur et remis en mai 2004 a préconisé un retour à la gratuité. La loi n° 2004-811 du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile n'a cependant pas – et sans doute avec raison – modifié l'article précité³⁹⁴.

Prévention et réglementation

Il reste à prévoir jusqu'où l'on doit accepter ou exiger, sans porter atteinte à la liberté individuelle, que l'État réglemente certaines activités afin d'en réduire les risques. La question paraît provisoirement résolue, sous le signe il est vrai d'une certaine ambiguïté, s'agissant des toxicomanies, du tabagisme et de l'alcoolisme. Certains attendent beaucoup de l'État : une requête a été récemment déposée devant le Conseil d'État contre le refus de l'administration d'empêcher la mise en circulation de véhicules pouvant rouler à 130 km/h. Une telle mesure est sans doute difficilement concevable. On peut s'interroger, en revanche, sur l'incohérence que fait apparaître la coexistence de voitures roulant

392. Cité par B. Daille-Duclos, « La Seita n'est pas responsable du décès d'un fumeur invétéré », *La Semaine juridique*, n° 3, 14 janvier 2004, p. 77.

393. Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité.

394. Voir réponse à la question écrite n° 41948 du 22 juin 2004 (Assemblée nationale).



à 300 km/h et des limitations de vitesse à 130. La question de la légitimité ou de la nécessité de brider les moteurs ne peut être tenue pour absurde.

4.2. *L'analyse des risques*

La prévention suppose l'analyse des risques, que les dommages soient avérés ou virtuels. Or les pouvoirs publics sont davantage préoccupés par l'indemnisation des dommages déjà causés compte tenu de leur urgence et de leur impact. Ainsi, les dispositions de l'article 123 de la loi du 29 juillet 1998 qui prévoyait des mesures d'urgence contre le saturnisme et en particulier des contrôles sur l'accessibilité au plomb dans les immeubles d'habitation n'ont que bien partiellement porté leurs fruits. À l'opposé, il ne faudrait pas que le souci d'identifier des risques encore virtuels nuise au traitement des risques avérés. Des disparités injustifiées existent dans la prévention d'un même risque avéré selon les secteurs concernés : ainsi verra-t-on, selon les cas, des secteurs dans lesquels les consommateurs seront mieux protégés que les travailleurs sur les lieux de production, ou l'inverse, sans qu'il y ait à cela de justification scientifique. Ces disparités doivent être à tout le moins réduites.

Un développement plus systématique de l'analyse des risques, en associant à cette analyse pouvoirs publics, professionnels et associations intéressées, paraît nécessaire.

Des évolutions peuvent certes être relevées. Depuis une quinzaine d'années la montée en puissance de la notion de sécurité sanitaire transforme en profondeur notre système de santé, en conduisant à une approche plus préventive, au-delà de l'aspect curatif de la santé publique. De même, en matière d'environnement, les actions de prévention se développent³⁹⁵.

Mais il n'est pas rare que les juridictions apparaissent comme des organes d'évaluation *a posteriori* des politiques publiques, en particulier dans le domaine de la santé. Il serait préférable que soient mises en œuvre des évaluations des politiques menées au moment où elles sont décidées puis conduites, faisant la balance risques/bénéfices. Il s'agit d'apprécier la pertinence des choix opérés en portant un regard critique sur leurs conditions d'évaluation au départ. Ainsi, en matière de vaccination obligatoire ou encouragée, sans attendre que les risques – qui sont rarement inexistantes et qu'il faut peut-être accepter au regard de l'intérêt collectif mais en connaissance de cause – se soient concrétisés à grande échelle.

La demande accrue de protection contre le risque peut au demeurant aboutir à des conséquences paradoxales : l'amniocentèse permet de détecter les risques de mise au monde d'un enfant atteint de trisomie 21 et d'ouvrir aux parents la possibilité de poursuivre ou non la grossesse jusqu'à son terme. Cependant, le

395. Ainsi, en cas de risque prévisible d'affaissement de terrain dû à une cavité souterraine ou à une marnière, d'avalanches ou de crues torrentielles menaçant gravement des vies humaines, l'État peut déclarer d'utilité publique l'expropriation des biens exposés à ces risques, si les moyens de sauvegarde et de protection des populations s'avèrent plus coûteux que les indemnités d'expropriation (article L. 561-1 du Code de l'environnement). Le fonds de prévention des risques naturels majeurs, créé par la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, finance ces indemnités.



risque purement médical lié à cet examen, pour la mère et surtout pour l'enfant, n'est pas négligeable. Dès lors, plus on dépiste, plus le nombre d'avortements de ce chef est élevé. Va-t-on alors rechercher des responsabilités à la fois dans l'hypothèse où une amniocentèse s'est mal déroulée et dans celle où elle n'a pas été pratiquée et où l'enfant qui naît est trisomique ?

Les intérêts individuels en présence sont au surplus fréquemment contradictoires : les personnes atteintes de sclérose en plaque mettent en cause la vaccination contre l'hépatite B tandis que les malades atteints d'hépatite B reprocheraient à l'État de ne pas avoir imposé la vaccination obligatoire.

L'application du principe de précaution ne devrait plus permettre à l'administration de reconduire systématiquement des mesures sans s'efforcer de les étayer par des expertises ou des éléments nouveaux. Elle risque sinon de se voir reprocher aussi bien un excès qu'une insuffisance de précaution. Saisi de recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'État a déjà annulé des arrêtés de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé qui avaient reconduit pour une cinquième et une septième année consécutives la suspension de la mise sur le marché de certaines prothèses mammaires, sans être en mesure d'apporter des éléments de nature à justifier le doute qu'elle conservait sur l'innocuité du produit ³⁹⁶.

Le juge va de fait devoir jouer un rôle croissant central dans la définition de la « faute de précaution » ou des conditions d'une éventuelle responsabilité sans faute.

4.3. L'information

L'obligation d'information, aspect important de la prévention, s'étend. **Inciter les individus à diminuer leur exposition aux risques suppose qu'ils soient informés de ces risques. L'information sur les risques encourus est en effet la condition d'un choix éclairé de l'individu qui pourra décider ou non de courir certains risques** sans, bien sûr, que cette information ait *a priori* pour objet ou pour conséquence de reporter sur la victime la responsabilité d'éventuels dommages.

Une responsabilité est mieux partagée lorsqu'elle est expliquée et que le risque est mieux analysé. Une information suffisante des victimes potentielles – consommateurs, malades, citoyens en général... – conditionne une plus grande prise en compte du comportement imprudent de la victime.

Les obligations qui s'imposent de plus en plus aux pouvoirs publics en matière de prévention et de précaution ne font que renforcer l'impératif d'une meilleure information précoce du public. La responsabilité des pouvoirs publics peut être engagée par une mauvaise information ou un défaut d'information. Il en est de même pour certains acteurs privés.

Dans le domaine médical, l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique consacre le droit à l'information des patients. La jurisprudence analysait déjà l'obligation d'information médicale comme un corollaire du droit au consente-

396. CE, 29 juillet 2002, *Laboratoires Arion* ; 28 mai 2003, *Laboratoires Arion*.



ment avant toute intervention thérapeutique, consacré par la loi du 29 juillet 2004 relative au respect du corps humain. La Cour de cassation avait en effet renversé la charge de la preuve en matière de manquement à l'obligation d'information³⁹⁷, étendu l'obligation d'information des risques normalement prévisibles aux risques graves, même s'ils sont exceptionnels³⁹⁸ et fondé l'obligation d'information médicale sur « l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine »³⁹⁹. Le juge administratif, pour sa part, a dégagé une jurisprudence similaire pour le secteur public hospitalier⁴⁰⁰, se fondant sur la perte de chance de se soustraire à un risque à laquelle conduit le défaut d'information.

Les dispositions particulières concernant les installations « Seveso », l'élaboration de plans de prévention des risques naturels et des plans de prévention des risques technologiques, l'obligation lors de la cession ou de la location de biens immobiliers situés dans une zone couverte par un tel plan d'informer sur l'existence de risques naturels, la possibilité d'instituer des servitudes d'utilité publique sur des terrains présentant des risques d'inondation, sont autant d'exemples des progrès réalisés pour une meilleure information.

Les débats parlementaires sur le projet qui est devenu la loi du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels ont fait ressortir que davantage de consultations et de débats préalablement à l'élaboration de certains projets pouvaient encore se révéler nécessaires.

L'information ne revêtira toute sa portée utile que si elle est assortie de recommandations utiles. Ainsi, en matière de sécurité civile, l'annonce de phénomènes météorologiques dangereux s'accompagne de consignes de prudence. De même, le Conseil d'État a-t-il considéré que la responsabilité d'une commune avait été engagée pour n'avoir pris aucune mesure propre à avertir les plaisanciers du danger exceptionnel que représentait pour eux la présence d'une ligne haute tension à proximité d'une rampe d'accès des voiliers à un lac⁴⁰¹.

L'information, enfin, sera d'autant mieux reçue, tenue pour crédible et susceptible d'influencer les comportements, que des acteurs, privés ou publics, auront été associés à l'identification et à l'évaluation des risques. Cette préoccupation est prise en compte, d'ores et déjà, à différents niveaux.

La Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement du 25 juin 1998, dite convention d'Aarhus, prévoit un large accès du public aux informations sur l'environnement. Elle impose en outre la participation du public aux décisions portant sur un certain nombre de matières, couvrant des

397. Cass. civ. 1^{re}, 25 février 1997, n° 94-19685, Bull. 1997 I n° 75, p. 49.

398. Cass. civ. 1^{re}, 7 octobre 1998, n° 97-10267, Bull. 1998 I n° 291, p. 202.

399. Cass. civ. 1^{re}, 9 octobre 2001, n° 00-14564, Bull. 2001 I n° 249, p. 157.

400. CE, Sect., 5 janvier 2000, *Consorts T.* ; 27 septembre 2002, *Mme Sainty*.

401. CE, 8 novembre 1985, *Rijlaarsdam*, rec. tab. p. 524.



activités diverses ⁴⁰². Certains instruments internationaux prévoient des procédures d'évaluation des risques : ainsi du protocole de Carthagène sur la biodiversité du 29 janvier 2000.

En droit interne français, les procédures d'enquête publique et d'étude d'impact, notamment, le rôle de la Commission nationale du débat public, créée en 1995, et les conférences de citoyens contribuent à l'information du public et à sa consultation préalablement aux décisions.

402. Ce volet de la Convention s'inspire de la directive 90/313/CE du 7 juin 1990 et de la directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 qui se substitue à la directive 90/313/CE à compter du 14 février 2005.



Conclusion

Face au risque, l'évolution actuelle de la société est marquée par un paradoxe : en renforçant la sécurité, elle fait disparaître, prévient ou limite nombre de risques, mais, dans le même temps, en entraîne d'autres et suscite une forte demande de prévention et de couverture. En outre, des risques considérés antérieurement comme devant être assumés individuellement sont aujourd'hui regardés comme relevant d'une prise en charge par la collectivité.

L'interrogation sur l'efficacité des régimes classiques de responsabilité pour traiter de certains risques n'est pas propre à la France et l'on a vu que des régimes particuliers de couverture ont été mis en œuvre chez nos voisins comme chez nous pour des risques exceptionnels. Mais l'appel à la solidarité élargie ne saurait être par trop systématique, sauf à se heurter à des implications financières difficiles à supporter et au refus des individus de participer collectivement à la couverture des risques dont ils ne sont pas forcément responsables ou qui ne les concernent pas. La socialisation du risque est indispensable dans certains cas tels que les risques majeurs ou imprévisibles. Elle ne peut être regardée comme une solution miracle pour tous les maux.

Le refus du risque, érigé en principe, qui devrait se traduire par une indemnisation généralisée, systématique et intégrale, ne paraît guère compatible avec une société où le risque zéro n'existe pas et dans laquelle la liberté individuelle est essentielle. Il est en outre important d'éviter la déresponsabilisation des acteurs, condition, en particulier, d'une prévention efficace. Ceci justifie, souvent, l'intérêt d'une gestion individuelle du risque, sans pour autant imposer à l'assuré des contraintes et des conditions telles qu'elles aboutiraient à remettre en cause le principe même de l'assurance contre les aléas de l'existence.

Entre socialisation du risque et responsabilité, il existe à la fois une complémentarité nécessaire et une tension constante. Toute la difficulté est de trouver un point d'équilibre qui prenne en compte les rôles respectifs que peuvent et doivent jouer la puissance publique, l'assurance, les acteurs générateurs de risques et les victimes de dommages.

Pour essentiel que soit le rôle du juge afin de préciser les contours du concept de responsabilité, y compris de façon parfois audacieuse, le dosage entre la responsabilité et la socialisation du risque relève principalement d'un choix collectif qui, surtout lorsqu'il met en jeu la solidarité nationale, incombe au législateur.



L'affirmation du principe de précaution est une manifestation du désir d'analyser et de traiter les risques en amont, avant qu'ils ne soient avérés et qu'ils ne se traduisent par des préjudices. Il faut cependant veiller à ce que ce principe ne devienne pas un nouveau ressort systématique du contentieux de la responsabilité. Une utilisation trop extensive de ce canal pourrait, si l'on n'y prend garde, rendre l'administration pusillanime à terme, et ruiner les fondements du régime de responsabilité de la puissance publique, qui visait à rendre l'administration à la fois courageuse, efficace et responsable. Le principe de précaution, pour être viable, doit être compris et appliqué de façon raisonnable et réaliste, et conçu comme un principe d'action plus que d'abstention ou d'inaction.

