



HAL
open science

**”L’affaire du Médiateur : la police et la peur du risque”,
Droit administratif, LexisNexis, 2017, n° 1, 11 p**

Caroline Lantero

► **To cite this version:**

Caroline Lantero. ”L’affaire du Médiateur : la police et la peur du risque”, Droit administratif, LexisNexis, 2017, n° 1, 11 p. Droit administratif, 2017, n° 1, 11 p. hal-01702279

HAL Id: hal-01702279

<https://uca.hal.science/hal-01702279>

Submitted on 4 Oct 2019

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

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

« L'affaire » du Médiateur : La police et la peur du risque

Droit Administratif n° 1, Janvier 2017, comm. 3

Caroline Lantero, MCF en droit public, UCA, CMH EA4232

En retenant la responsabilité pour faute simple de l'Etat au motif que ce dernier avait maintenu l'autorisation de mise sur le marché du Médiateur, le Conseil d'Etat aménage pour la police sanitaire un régime raisonnablement sévère et valide pour la première fois le préjudice d'anxiété, ancrant un peu plus le droit français dans sa « risquophobie ».

CE, 1^e et 6^e ch. réunies, 9 novembre 2016, Mme Faure c/ Min. des affaires sociales, de la santé et des droits de la femme, n°393902 et n° 393926 (1^e espèce, aux T.) ; Mme Bindjouli, n° 393108 (2^e espèce, au Rec.) ; et Mme Georgel, n°393904 (3^e espèce – non reproduit)

Extraits :

1^e espèce :

2. *Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la société les Laboratoires Servier a obtenu en 1974 une autorisation de mise sur le marché de sa spécialité Mediator, ayant pour principe actif le benfluorex, initialement indiquée dans certaines hypercholestérolémies et hypertriglycéridémies endogènes de l'adulte et comme adjuvant du régime dans le diabète asymptomatique avec surcharge pondérale ; qu'en dépit d'une structure chimique différent pour partie de celle des fenfluramines, le benfluorex est transformé, lors de son absorption, en plusieurs métabolites, dont la norfenfluramine, qui est également le principal métabolite des fenfluramines ; que le danger des fenfluramines, dérivés de l'amphétamine utilisés pour leurs propriétés anorexigènes, était suffisamment établi en 1995 pour que les autorités sanitaires françaises décident de restreindre leur prescription, puis, en 1997, suspendent les autorisations de mise sur le marché des spécialités à base de ce principe actif ; que, toutefois, il n'a été procédé à la suspension puis au retrait de l'autorisation de mise sur le marché du Mediator qu'en novembre 2009 et juillet 2010 (...).*

4. *Considérant, en premier lieu, qu'eu égard tant à la nature des pouvoirs conférés par les dispositions précitées aux autorités chargées de la police sanitaire relative aux médicaments, qu'aux buts en vue desquels ces pouvoirs leur ont été attribués, la responsabilité de l'État peut être engagée par toute faute commise dans l'exercice de ces attributions ; que si la cour a fait mention, pour apprécier la responsabilité de l'État au cours de la période allant de l'autorisation de mise sur le marché du Mediator, en 1974, à l'année 1994, des moyens de contrôle à la disposition de l'administration et de sa méconnaissance des risques liés à la prise de ce médicament, il ne ressort pas des motifs de son arrêt qu'elle aurait subordonné la reconnaissance de la responsabilité de l'État, durant cette période, à la caractérisation d'une faute d'une certaine gravité ; qu'ainsi, la requérante n'est pas fondée à soutenir que la cour aurait, pour cette raison, commis une erreur de droit ;*

5. *Considérant, en second lieu, que la cour administrative d'appel de Paris a jugé qu'en 1995, la proximité pharmacologique entre le benfluorex et les fenfluramines restait mal connue et que les autorités sanitaires ne disposaient pas d'information sur l'existence d'effets indésirables en lien avec le benfluorex ; que ce n'est qu'à compter de la mi-1999, compte tenu des nouveaux éléments d'information dont disposaient alors les autorités sanitaires, notamment sur les effets indésirables du benfluorex et sur la concentration sanguine en norfenfluramine à la suite de son absorption, qu'elle a regardé tant les dangers du benfluorex que le déséquilibre entre les bénéfices et les risques tenant à l'utilisation du Mediator comme suffisamment caractérisés pour que l'abstention de prendre les mesures adaptées, consistant en la suspension ou le retrait de l'autorisation de mise sur le marché du Mediator, constitue une faute de nature à engager la responsabilité de l'État ;*

6. *Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond, notamment du rapport remis par l'Inspection générale des affaires sociales en janvier 2011 à la suite de la mission d'enquête sur le Mediator qui lui avait été confiée, que le benfluorex, molécule distincte des fenfluramines, a été présenté par la société les Laboratoires Servier, dès les années soixante-dix, comme ayant des propriétés métaboliques et cliniques*

différentes de celles des fenfluramines, et que son autorisation de mise sur le marché a été sollicitée et obtenue pour des indications thérapeutiques distinctes ; que s'il ressort du compte rendu d'une réunion du comité technique de pharmacovigilance de l'Agence du médicament tenue en juillet 1995, ainsi que le fait valoir Mme Faure, que le centre régional de pharmacovigilance de Besançon avait relevé que le benfluorex possédait « une structure voisine de celle des anorexigènes », il n'en résulte pas que le métabolisme de cette molécule ait été alors mieux connu ; que, par suite, c'est sans dénaturer les pièces du dossier qui lui était soumis que la cour a estimé qu'il n'existait pas, en 1995, d'élément nouveau sur la parenté pharmacologique entre les amphétamines et le Mediator ; qu'elle a donné aux faits de l'espèce une exacte qualification juridique en déduisant de cette circonstance et de l'absence d'effets indésirables graves connus résultant de la prise du Mediator, relevés au terme de son appréciation souveraine, que le défaut de mesure de suspension ou de retrait de l'autorisation de mise sur le marché de la spécialité, toutefois soumise depuis mai 1995 à une enquête de pharmacovigilance portant sur ses effets indésirables, ne constituait pas, dès 1995, une faute de nature à engager la responsabilité de l'État ; que son arrêt est suffisamment motivé sur ce point ; (...)

Sur le pourvoi du ministre des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes :

8. Considérant que la responsabilité de l'État est engagée sur le fondement de la faute ; que si, dans un tel cas, l'État ne peut s'exonérer de l'obligation de réparer intégralement les préjudices trouvant directement leur cause dans cette faute en invoquant les fautes commises par des personnes publiques ou privées avec lesquelles il collabore étroitement dans le cadre de la mise en œuvre d'un service public, il n'en va pas de même lorsqu'il invoque la faute d'une personne privée qui est seulement soumise à son contrôle, ou à celui d'une autorité agissant en son nom ; qu'il suit de là qu'en jugeant que les agissements fautifs des laboratoires Servier ne pouvaient avoir pour effet d'exonérer l'État de tout ou partie de l'obligation de réparer les dommages liés à la prise du Mediator, la cour administrative d'appel de Paris a commis une erreur de droit ; que le moyen tiré de l'existence d'une faute exonératoire des laboratoires Servier était soulevé devant elle ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens soulevés par le ministre, son arrêt doit être annulé en ce qu'il a, par l'article 1^{er} de son dispositif, rejeté le recours du ministre chargé de la santé ;

2^e espèce :

6. Considérant, toutefois, qu'il résulte de l'instruction que si l'hypertension artérielle pulmonaire est une affection sévère, le risque de développer cette pathologie à la suite d'une exposition au benfluorex peut être regardé, ainsi que le mentionnait l'information mise à la disposition des patients concernés par l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé, comme très faible ; qu'en particulier, il ressort des travaux réalisés à la fin de l'année 2010 par la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés, à partir de données portant sur les 303 336 personnes exposées au benfluorex en 2006, que 99 d'entre elles ont été hospitalisées en présentant une hypertension artérielle pulmonaire ; que le réseau français de l'hypertension pulmonaire sévère a, pour sa part, identifié, entre 1999 et février 2012, 129 cas d'hypertension pulmonaire associée à un antécédent d'exposition au benfluorex, quelle que soit la période de cette exposition ; qu'enfin, le risque de valvulopathie cardiaque, pathologie susceptible, lorsqu'elle est sévère, de rendre nécessaire une intervention chirurgicale, est faible et diminue rapidement dans les mois qui suivent l'arrêt de l'exposition au benfluorex ;

7. Considérant, par ailleurs, que Mme Bindjouli ne fait état d'aucun élément personnel et circonstancié pertinent pour justifier du préjudice qu'elle invoque ; qu'elle se prévaut seulement, en effet, des données générales relatives au risque de développement d'une hypertension artérielle pulmonaire et du retentissement médiatique auquel a donné lieu, à partir du milieu de l'année 2010, la poursuite de la commercialisation du Mediator jusqu'en novembre 2009 ; que, dans ce contexte particulier, l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé a diffusé aux patients concernés, par des courriers et sur son site internet, des informations rendant compte, en des termes suffisamment clairs et précis, de la réalité des risques courus ;

8. Considérant que, dans ces conditions, Mme Bindjouli ne peut être regardée comme justifiant personnellement de l'existence d'un préjudice direct et certain lié à la crainte de développer une pathologie grave après la prise de Mediator ;

Par trois arrêts lus le 9 novembre 2016, le Conseil d'État s'est prononcé sur les recours de plusieurs personnes ayant tenté d'engager la responsabilité de l'État après avoir pris du Benfluorox, commercialisé sous le nom Médiator® par les laboratoires Servier. Pour mémoire, l'affaire du Médiator – médicament destiné à traiter le diabète, mais utilisé (et prescrit) comme coupe-faim et ayant entraîné des maladies cardiaques - éclate en novembre 2010, entre deux autres scandales sanitaires (Prothèses PIP, Depakine). Alors que la molécule est interdite depuis 1995 dans les préparations magistrales en pharmacie, elle reste commercialisée en tant que spécialité. Les premiers cas de valvulopathie sont recensés entre 1995 et 1999 et les laboratoires s'engagent en 2001 à réaliser une étude, laquelle sera remise à l'AFSSAPS en juin...2009. Le médicament est retiré de la vente le 30 novembre 2009. Le 15 novembre 2010, l'AFSSAPS reconnaît publiquement que ce médicament serait responsable d'au moins 500 décès. Le scandale sanitaire éclate. Des milliers de plaintes sont déposées au pénal et la « saga Servier » commence. L'IGAS remet un rapport accablant vis-à-vis du laboratoire, mais pointe également les défaillances des autorités sanitaires dans ce dossier (15 janvier 2011). Jacques Servier – PDG éponyme du groupe pharmaceutique - est mis en examen en février 2011 pour « tromperie aggravée ». En mars 2013, l'ANSM qui a succédé à l'AFSSAPS est mise en examen pour « homicide et blessures involontaires » pour avoir négligé les alertes sur la dangerosité du médicament. Entre temps, une procédure d'indemnisation est mise en place par la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 et l'ONIAM est, à nouveau (au-delà de sa mission initiale relative à l'indemnisation des dommages issus d'accidents médicaux et d'infections nosocomiales, l'ONIAM a été successivement chargé par le législateur d'indemniser les dommages résultants des vaccinations obligatoires, du VIH transfusionnel, de la recherche biomédicale, des mesures sanitaires d'urgences, de la contamination transfusionnelle par le virus de l'hépatite B et T-Lymphotropique humain), désigné comme guichet d'indemnisation – « *sans préjudice des actions qui peuvent être exercées conformément au droit commun* » (art. L. 1142-54-1 du code de la santé publique), lesquelles ne manquent pas de l'être, y compris devant le juge administratif puisque plus d'une centaine d'instances sont à ce jour jugées ou en cours d'instruction.

Dans les trois espèces jugées par le Conseil d'État le 9 novembre 2016, des patientes avaient pris du Médiator sur des périodes différentes (entre 1996 et 1997 pour Mme Georgel, à partir de 1999 pour Mme Faure et entre 2007 et 2009 pour Mme Bindjouli) et avaient présenté des séquelles avérées, mais modérées pour deux d'entre elles (Mme Georgel et Mme Faure), la troisième alléguant un préjudice d'anxiété (Mme Bindjouli). Toutes ont saisi l'AFSSAPS d'une demande préalable et introduit par la suite un recours indemnitaire devant le tribunal administratif de Paris qui avait reconnu la responsabilité de l'État, mais à compter de l'année 1999 seulement (rejet du recours de Mme Georgel), et rejeté les conclusions indemnitaires de chacune des requérantes, le préjudice n'étant pas suffisamment établi (Mme Faure) ou pas suffisamment en lien direct et certain (Mme Bindjouli). Dans des arrêts du 2 et du 31 juillet 2015, la cour administrative d'appel de Paris a rejeté l'ensemble des conclusions d'appel formées par les unes et les autres, mais aussi par la voie de l'appel incident par la ministre de la Santé qui contestait le principe de la responsabilité de l'État (**CAA Paris, 2 juil. 2015 n° 14PA04138 et CAA Paris, 31 juil. 2015, n° 14PA04146, n° 14PA04082 et n° 14PA04083, AJDA 2015. 1986, concl. F. Roussel ; JCP A 2016, 2019. chron. C. Logeat.**). La cour retenait le principe de la responsabilité pour carence fautive de l'État à compter de l'année 1999 en rejetant toute notion de cause exonératoire, sans pour autant faire droit aux conclusions indemnitaires.

Saisi des quatre pourvois, le Conseil d'État retient une solution plus nuancée sur le régime de responsabilité applicable, mais confirme tout de même que le droit français a définitivement horreur du risque (1). En reconnaissant par ailleurs la possibilité d'un préjudice d'anxiété, il conforte cette tendance à la peur du risque et poursuit une entreprise de fragmentation excessive du préjudice moral (2).

1) La responsabilité pour faute simple de la police (du risque) sanitaire

✕ **La fin de la « franchise de responsabilité ».** La pharmacovigilance – dévolue depuis 1941 au Ministre de santé – et confiée successivement à l'Agence du médicament (en 1993), remplacée par l'AFFSAPS (en 1998), elle-même remplacée par l'ANSM (2011) combine une activité de contrôle *a priori* (l'autorité délivre notamment les autorisations de mise sur le marché) et *a posteriori* (elle suspend ou retire les autorisations). Ces missions relèvent d'une activité de police administrative spéciale (CE, Sect. 25 avril 1958, Société des laboratoires Geigy, Leb. p. 236, concl. Heumann) et les décisions prises en matière de police sanitaire par l'AFFSAPS (comme celles de l'ANSM aujourd'hui) sont prises au nom de l'Etat (C. santé publ., art. L. 5322-2), en raison de sa nature d'établissement public placé sous la tutelle du ministre de la Santé (C. santé publ., art. L. 5311-1). Il ne faisait guère de doute que la responsabilité pour faute simple s'annonçait, compte tenu du repli général de la faute lourde en matière de police (V. G. Eveillard, Existe-t-il encore une responsabilité administrative pour faute lourde en matière de police administrative ? RFDA 2006 p. 733). Mais on sait que le régime de la faute lourde résiste encore un peu dans les activités de contrôle et de tutelle (CE, Ass., 30 novembre 2001, Kechichian, n° 219562, AJDA 2002, p. 133, chron. Guyomar et Colin) et la question de la distinction des activités de l'État (et de ses différentes agences) selon qu'elles étaient prises sous l'angle du contrôle *a priori* ou du contrôle *a posteriori* et, plus encore, sous l'angle de la période de contrôle en cause en l'espèce (l'AMM ayant été délivrée en 1974 et l'étendue des pouvoirs de contrôle ayant varié depuis) pouvait se poser en l'espèce. Elle n'aura pas retenu longtemps le Conseil d'État. À supposer que le moyen eût été soulevé en défense, ce qui ne transparait pas de la lecture des arrêts, le choix du régime de responsabilité applicable n'a pas semblé poser de difficulté. Pourtant, depuis l'affaire *Stalinon* (CE, Ass., 28 juin 1968, Société mutuelle d'assurances contre les accidents en pharmacie, n°67593, Leb. p. 411), dans laquelle l'État avait accordé sans contrôle un visa à une spécialité pharmaceutique et ne l'avait pas retiré assez tôt, la jurisprudence n'avait pas remis en cause le régime de la faute lourde. Probablement par manque d'occasion de le faire plus que par souci de préserver cette « franchise de responsabilité » (selon la formule de René Chapus), car la solution retenue le 9 novembre 2016 par le Conseil d'État était non seulement annoncée par beaucoup (et, pour certains, attendue depuis longtemps, v. J. Peigné, « Responsabilité de l'État en matière de mise sur le marché des médicaments », Dr. adm. 2001. chron. 16, p. 4), mais avait déjà été proposée par le tribunal administratif de Paris dans l'une des premières affaires rendues dans l'affaire du médiateur (TA Paris, 3 juillet 2014, n°1312345, AJDA 2014. 2490, note S. Brimo ; RFDA 2014. 1193, note J. Petit), et repris par le tribunal administratif de Toulon dans l'affaire des prothèses PIP (TA Toulon, 22 oct. 2015, n° 1302231, JCP A 2015, 2353, comm. V. Vioujas). L'arrêt du Conseil d'État est toutefois beaucoup plus précis que le jugement du tribunal administratif de Paris sur la justification de l'abandon de la faute lourde. Rappelant l'ensemble des missions confiées à l'Agence par les dispositions du code de la santé publique, il estime que la « nature des pouvoirs conférés » aux « autorités chargées de la police sanitaire relative aux médicaments », autant que les « buts en vue desquelles ces pouvoirs lui ont été attribués », justifie que la responsabilité de l'État puisse être « engagée par toute faute commise dans l'exercice de ces attributions ». La haute juridiction administrative reprend ici l'exacte formulation de l'arrêt d'assemblée du 9 avril 1993 en matière de contrôle par l'État des centres de transfusion sanguine et de réglementation des produits sanguins (CE, Ass. 9 avril 1993, M.D., n°138653, Leb. p. 110, concl. H. Legal), qui place l'objectif de protection de la santé publique (au demeurant imposé par le droit de l'UE, v. nota. CJUE, 3 déc. 2015, aff. C-82/15) au-dessus des considérations relatives à la difficulté de l'activité (CE, sect., 21 juin 2000, n° 202058, Ministre de l'équipement, des transports et du logement c/ Commune de Roquebrune-Cap-Martin, Leb. 236).

✕ **Une carence fautive** – C'est donc pour n'avoir pas suspendu puis retiré l'AMM que l'État a commis une faute, alimentant la liste des contentieux relatifs à l'engagement de la responsabilité des autorités administratives titulaires d'un pouvoir de police spéciale pour carence fautive. Si la solution ne saurait surprendre (l'arrêt *Faure* ne sera d'ailleurs « que » mentionné aux Tables du recueil Lebon sur ce

point), et si les critiques lui préexistent même, il convient toutefois de souligner celles-ci. Les arrêts du 9 novembre 2016 confirment, en premier lieu, l'accroissement constant des exigences en matière de sécurité et de précaution (J.-M. Auby, *La légitimité de l'intervention publique dans le domaine de la santé*, AJDA 1995. 588 ; J.-B. Auby, *L'évolution du traitement des risques dans et par le droit public*, Revue européenne de droit public, 2003, p. 170 ; Conseil d'État, *Responsabilité et socialisation du risque - Rapport public 2005*, 399 p. ; M. Deguegue, *La responsabilité du fait des activités de police* in Ch. Vautrot-Schwarz, dir., *La police administrative*, PUF, Thémis, 2014, spéc. p. 22), lesquelles ne semblent pas devoir rencontrer de limites. Ils nourrissent, en deuxième lieu, les craintes d'effets « pervers aboutissant à des excès de précaution de la part d'autorités administratives ne voulant pas encourir le reproche de ne pas avoir agi, ou pas assez vite » (B. Plessix, *Droit administratif*, LexisNexis, 2016, p. 777), alors même que l'excès de précaution est lui-même illégal et donc fautif (CE 31 août 2009, Commune de Crégols, n° 296458, Leb. 343, AJDA p. 1824, JCP A 2288). Ils participent, en troisième lieu, à cette redoutée entreprise de déresponsabilisation des opérateurs privés. Enfin, ne sont-ils pas, dans le cadre d'une police qui s'exerce pour majeure partie sur les informations portées à la connaissance de l'autorité par le contrôlé lui-même et, dans le cas précis du Médiateur, sur des informations dissimulées par le laboratoire, trop sévères ? Objectivement, par analogie à la matière fiscale, où la faute lourde a définitivement disparu (CE, sect., 21 mars 2011, Krupa, n° 306225, Leb. 101), cette dernière critique ne pouvait pas résister longtemps. En outre, il ne faut pas se laisser influencer dans l'analyse par la tromperie orchestrée par les laboratoires Servier. L'État reste responsable car il avait des informations tangibles et des moyens d'action, au moins à compter d'une certaine date (à défaut de date certaine).

⌘, **Mais une faute patente, datée et exonérée.** Trois tempéraments liés aux circonstances de l'espèce s'imposent, voire s'opposent à la critique. Premier tempérament, la « carence » de l'AFSAPS est – au regard des circonstances – si **patente** que l'on peut se demander si le maintien de la responsabilité pour faute lourde n'aurait pas produit les mêmes effets... Derrière l'apparente sévérité d'un régime exigeant un contrôle, une recherche d'information et des vérifications permanentes, la solution sanctionne en l'espèce une incroyable inertie de l'AFSAPS qui, non seulement n'a pas été vigilante (ce qui relève de la faute simple), mais n'a pas agi alors même que l'information remontait toute seule (ce qui aurait pu relever de la faute lourde). Pour conclure à une carence fautive de l'État dans l'affaire du Médiateur, le juge administratif reprend la grille de lecture du risque établi dans l'affaire du sang contaminé (empruntant à nouveau les termes de l'arrêt d'assemblée du 9 avril 1993) autour de la notion de « risque sérieux », en précisant ici qu'il est ici « caractérisé ». Ce choix de vocabulaire souligne à notre sens le caractère parfaitement connu du risque et le côté presque impardonnable de la carence. Deuxième tempérament, et le Conseil d'État est décidément presque clément, il retient tout de même **une date** (« mi-99 ») à compter de laquelle la faute (simple donc) peut être retenue et exonère donc l'AFSAPS pour n'avoir pas agi avant, lorsque tous les signaux de dangerosité n'étaient pas parfaitement connus, en dépit de ce que le rapport de l'IGAS démontre par exemple que l'année 1995 est l'année des « occasions manquées ». Troisième tempérament enfin, et contrairement sur ce point aux juges du fond, il estime que le moyen tiré de la **faute exonératoire du fait du comportement des laboratoires** Servier devait être accueilli et censure la CAA de Paris. La jurisprudence administrative traditionnelle en matière de responsabilité pour faute extracontractuelle consiste à condamner chaque coauteur à concurrence de leur part respective dans la réalisation du dommage (CE, Sect., 11 mai 1951, Pierret, Pintal et a., Leb. 259). Le Conseil d'État l'applique ici et met un terme aux velléités d'extension des exceptions à ce principe, lesquelles sont de plus en plus nombreuses, notamment en matière de santé où l'objectif d'indemnisation des victimes conduit le juge administratif à épouser l'approche du juge judiciaire et sa pratique de condamnation *in solidum* du coauteur poursuivi, lequel supporte l'entière condamnation et se retourne ensuite le cas échéant contre l'autre coauteur. La principale application de la condamnation solidaire par le juge administratif concerne les situations dans lesquelles il y a une pluralité d'auteurs, collaborant étroitement à l'exécution d'un même service ou de plusieurs services publics distincts (En matière de santé V. CE, Ass 9 avr. 1993, M.D., préc. ; CE, 18 févr. 2010, Consorts Aujollet, n° 318891, Leb. T. 978) ou encore « lorsqu'un dommage trouve sa

cause dans plusieurs fautes qui, commises par des personnes différentes ayant agi de façon indépendante, portaient chacune en elle normalement ce dommage au moment où elles se sont produites » (CE, 2 juill. 2010, Madranges, n° 323890, Leb. 236). La CAA de Paris avait jugé, probablement dans un même souci de faciliter l'indemnisation des victimes (V. en ce sens les conclusions de F. Roussel sur CAA Marseille, 31 juil. 2015, préc.), que la responsabilité des contrôlés (Servier) – qui relevait de la compétence d'un autre juge – n'exonérait pas les obligations du contrôleur (AFSSAPS) à réparer l'intégralité du préjudice, quitte à ce que ce dernier introduise par la suite une action récursoire. Le Conseil d'État revient à une stricte lecture des exceptions à la jurisprudence *Pierret, Pintal et a.* et refuse d'en ajouter une nouvelle qui vaudrait entre contrôleur et contrôlé. L'État peut donc être exonéré « *de toute ou partie de l'obligation de réparer les dommages liés à la prise du médiateur* ». Sur les modalités du partage de responsabilité, il faudra toutefois attendre la solution de la Cour à qui le Conseil d'État a renvoyé l'affaire « *dans la limite de la cassation ainsi prononcée* ».

✘ Au final, passé le premier sursaut offusqué quant à l'engagement de la responsabilité de l'État pour faute simple dans le contexte d'un laboratoire ayant trompé son contrôleur, le régime aménagé par le Conseil d'État s'inscrit normalement et sans surprise excessive dans le contexte d'une société qui refuse le risque et qui a mis en place un droit et une police du risque. En l'espèce, il ne heurte pas les consciences compte tenu des fautes véritablement commises par l'AFSSAPS, et de ce qu'il ne vise nullement à déresponsabiliser le laboratoire. D'ailleurs, le juge judiciaire – appliquant le principe de la condamnation solidaire – avait jugé sept mois plus tôt que la faute de l'État (alors reconnue par les arrêts de la CAA de Paris en juillet 2015) n'avait pas pour effet d'exclure ou de diminuer « *la responsabilité première des Laboratoires Servier soumis à ce contrôle en leur qualité de producteur de médicaments, et leur obligation de réparer les préjudices ainsi causés* » (CA Versailles, 3^e Ch., 16 avr. 2016, n° 15/08232).

II) L'indemnisation de la peur du risque

✘ **De la fragmentation à la désintégration du préjudice moral** - L'arrêt Bindjouli (3^e espèce) sera lui publié au Recueil Lebon car le Conseil d'État franchit un nouveau cap important dans son appréhension du préjudice moral lié au risque. Alors que dans un passé pas si lointain, il estimait encore que la « *douleur morale n'étant pas appréciable en argent, elle n'était pas un dommage susceptible de réparation* » (CE, Ass., 29 sept. 1954, Bondurand, n°19752, Leb. 565) et n'a accepté d'envisager la réparation de la douleur morale – en l'espèce causée par le décès d'un enfant – qu'en 1961 (CE, Ass. 24 novembre 1961, *Ministre des travaux publics c. Letisserand*, n° 48841, Rec. p. 661, GAJA 20^e ed, n° 75). Ce préjudice moral – applicable aux proches – a été reconnu régulièrement depuis, à l'égard des proches comme des victimes directes. Il a connu une évolution considérable ces quinze dernières années, non sans le concours du législateur avec la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 *de financement de la sécurité sociale pour 2007* ayant rendu la notion de « poste de préjudice » déterminante pour distinguer ceux sur lesquels le recours des caisses peut s'exercer, de ceux sur lesquels il est impossible et avec l'apport substantiel de la nomenclature dite Dintilhac ayant proposé une ventilation des postes de préjudices à laquelle le juge administratif s'est finalement rallié (CE, 4^e et 5^e s-sect., 16 déc. 2013, Mme de Moraes, n° 346575, Leb. 315, AJDA 2014. 524 concl. F. Lambolez ; RFDA 2014. 317, note C. Lantero). La future loi sur la réforme de la responsabilité civile, dont les dispositions relatives à la réparation du préjudice corporel seront applicables aux juridictions administratives, a vocation à harmoniser la ventilation et l'indemnisation des préjudices corporels et aura nécessairement une incidence sur le maniement du préjudice moral par les juges (v. *Projet de réforme de la responsabilité civile et santé – Groupe de travail de l'Institut DroitSanté – RDSS 2016. 904*). A grands traits, cette évolution a successivement conduit le juge administratif à reconnaître que l'« *angoisse engendrée par le risque permanent d'affections sévères en cas d'exposition à l'allergène* » (CE 4 juil. 2003, Moya-Caville, n°211106, Leb. 323, AJDA 2003. 1598, chron. F. Donnat et D. Casas ;

RFDA 2003. 91, concl. D. Chauvaux ; *ibid.* 1001, note P. Bon ; JCPG 2003. II 10168, note C. Moniolle) ; que le fait de vivre dans la crainte d'une évolution défavorable de l'état de santé du fait d'une contamination par le virus de l'hépatite C était une composante du préjudice moral (CE 19 déc. 2007, Tourancheau, n° 289922, Leb. 512) ou des « troubles dans les conditions d'existence » (CE 25 juin 2008, Baron, n° 286910, Leb. T. 922) ; ou encore que la douleur morale, fût-elle furtive, résultant de « la conscience d'une espérance de vie réduite » entrait dans le patrimoine de la victime décédée et était transmissible aux ayants droit (CE 24 oct. 2008, Pietri, n° 301851, Leb. 359, JCP A 2008. 2068, note C. Paillard). Jusqu'alors, ces composantes étaient indemnisées de manière hétérogène, mais toujours rattachées à un poste global (« préjudice moral », « troubles dans les conditions d'existence », « souffrances endurées » avant la consolidation ou « déficit fonctionnel permanent » après la consolidation) sans que l'on sache d'ailleurs à quelle somme correspond la réparation exacte de ces composantes du préjudice. Un nouveau préjudice moral émerge en 2012 lorsque le Conseil d'État reconnaît que le défaut d'information du médecin cause, lorsque ce risque se réalise, un « préjudice d'impréparation » psychologique (CE 10 oct. 2012, Beaupère et Lemaitre, n° 350426, Leb. 357, AJDA 2012. 2231, note C. Lantero, DA 2012, comm. 98, M.-L. Moquet-Anger ; DA 2013. Comm. 9, C. Paillard ; JCP A 2012, 2369, note V. Vioujas). Ce préjudice ne peut pas véritablement être regardé comme une composante du préjudice moral car il est – par lui-même – un préjudice moral à part entière, autonome de tout autre chef de préjudice, en ce qu'il émerge d'une faute elle-même très particulière de l'activité médicale. Le préjudice moral a ainsi pris l'apparence d'une mosaïque et tend même à se démultiplier (sur l'ensemble de la question, et pour l'emprunt partiel de l'expression, V. J. Knetsch, *La désintégration du préjudice moral*, D. 2015. 443). Mais jusqu'à l'arrêt commenté, le Conseil d'État n'avait orchestré ces variations sur le thème du préjudice moral que s'agissant de risques qui s'étaient réalisés.

✕ **La consécration d'un préjudice lié à la peur du risque** – Dans l'arrêt Bindjouli, et alors que l'intéressée n'a pas développé de pathologie, le Conseil d'État reconnaît implicitement qu'un préjudice d'anxiété lié à la seule exposition à un risque rare peut être indemnisé. La CAA de Marseille avait ouvert la voie s'agissant des travailleurs exposés à l'amiante sans pour autant avoir développé de pathologie (CAA Marseille, 13 déc. 2011, Aymard, n° 11MA00739, AJDA 2012. 822, note M. Lopa Dufrénot), mais le Conseil d'État ne s'était pas encore prononcé. Saisissant l'occasion de trancher cette question, et réglant l'affaire au fond après cassation de l'arrêt de la CAA dont la solution ne lui permettait pas de savoir si elle avait rejeté le moyen en principe ou en espèce, le Conseil d'État admet le principe, mais écarte l'indemnisation en l'espèce. Après avoir rappelé que le préjudice doit présenter un lien direct et certain avec les fautes commises, le juge donne un critère objectif lié à la gravité de la pathologie encourue (importante en l'espèce) et à la fréquence du risque (faible en l'espèce). S'agissant du critère subjectif (la crainte) il estime qu'il appartient à la victime d'apporter tout « élément personnel et circonstancié pertinent » pour justifier du préjudice invoqué, ce qui, à l'instar du préjudice d'« impréparation psychologique » dans le cadre du défaut d'information, semble assez difficile à apporter. Si difficile d'ailleurs, que le Conseil d'État a fini par admettre qu'un tel préjudice était ... présumé (CE, 5^e et 4^e ch., 16 juin 2016, Champeaux, n° 382479, Leb. T.). N'est-ce pas le sort réservé à court terme au préjudice d'anxiété qui émerge de l'arrêt commenté ? On sait que la Cour de cassation avait ouvert une « boîte de Pandore » en exonérant les travailleurs de la charge de rapporter la preuve de leur préjudice d'anxiété du fait d'une exposition à l'amiante (Soc. 24 sept. 2013, n° 12-20157, au Bull. Soc., 3 mars 2015, n°13-21832, n°13-20474, n°13-20486, n°13-26175), et qu'elle a dû refermer assez rapidement face au contentieux sériel qui a suivi (M. Keim-Bagot, *Préjudice d'anxiété : la Cour de cassation referme la boîte de Pandore*, Droit social 2015. 360 ; Soc. 27 janvier 2016, n°s 15-10.640 à 15-10.726, Rev. trav. 2016. 272, note F. Myer). Elle a opéré le même recul vis-à-vis du préjudice d'anxiété lié à l'exposition au Distilbène (Cass. Civ. 1^e, 2 juil. 2014, n° 10-19206 puis Cass. Civ., 2^e, 2

juillet 2015, n° 14-19481). Peut-être le Conseil d'Etat tire-t-il les leçons de ces retours en arrière auxquels le juge judiciaire a été contraint, en encadrant les critères de démonstration du préjudice d'anxiété. Mais on s'explique mal dans ce cas pourquoi il a admis cinq mois plus tôt que le préjudice d'impréparation psychologique tiré du défaut d'information – moyen balai de la responsabilité hospitalière s'il en est – soit présumé. Et, plutôt que de fragmenter excessivement le préjudice moral, jusqu'à ce qu'émerge des préjudices autonomes conduisant potentiellement à une duplication de l'indemnisation, pourquoi ne pas admettre qu'un tel préjudice est présumé ? Quitte à alimenter notre peur d'avoir peur, pourquoi ne pas le faire vraiment ?