



HAL
open science

**”Quelles responsabilités publiques liées à la crise
sanitaire ?”, RGDM Revue générale de droit médical,
LEH Edition, 2020, n° 76, pp. 97-113**

Caroline Lantero

► **To cite this version:**

Caroline Lantero. ”Quelles responsabilités publiques liées à la crise sanitaire ?”, RGDM Revue générale de droit médical, LEH Edition, 2020, n° 76, pp. 97-113. Revue générale de droit médical, 2020, n° 76, pp. 97-113. hal-02929108

HAL Id: hal-02929108

<https://uca.hal.science/hal-02929108>

Submitted on 9 Sep 2020

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.

Quelles responsabilités publiques liées à la crise sanitaire ?

Revue générale de droit médical, Sept. 2020, pp. 97-113

Caroline Lantero, MCF en droit public, Université Clermont Auvergne, CMH EA 4232

Résumé – S’interroger sur les responsabilités publiques liées à la crise sanitaire consiste à s’interroger sur les personnes publiques susceptibles d’être mises en cause, et à se livrer à un exercice prospectif d’identification des responsabilités susceptibles d’être engagées. Dans une situation totalement inédite, des rapprochements peuvent néanmoins être recherchés dans les mécanismes classiques d’engagement de la responsabilité administrative et dans les dispositifs d’indemnisation des dommages.

Mots Clés – Responsabilité de l’Etat – Responsabilité de l’hôpital – Covid19 – Faute – Carence fautive – Solidarité nationale – indemnisation des dommages.

Abstracts - Looking for the administrative responsibilities linked to the Coronavirus crisis commands to search for the public administrations and public services likely to be implicated, and to carry out a prospective exercise to identify the responsibilities likely to be engaged. In an unprecedented situation, comparisons can nevertheless be sought in the conventional mechanisms for engaging administrative responsibility and in damage compensation schemes.

Keywords – Responsibility – Medical liability – Covid 19 – Deficiency of service – Compensation – National solidarity

S’interroger en première partie de l’année 2020 sur les responsabilités susceptibles d’être engagées en raison de la crise sanitaire est un exercice doublement périlleux. En premier lieu, car l’exercice d’analyse commande le maintien d’une certaine distance avec les évènements juridiques qui s’enchaînent (lois, ordonnances, décrets, saisines du juge des référés). À défaut de distance, le juriste se replie sur les seuls repères dont il dispose et se raccroche à un droit qui n’est plus, ou qui est à tout le moins ébranlé. Nous sommes entrés, le 23 mars 2020, dans un état d’exception inédit et une certaine sidération était légitime, pardonnant qu’on ne commente pas tout, n’analyse pas tout, ne critique pas tout. En second lieu, s’interroger sur les responsabilités liées à la crise sanitaire est nécessairement un exercice prospectif qui confine à la divination et renvoie à la première difficulté : utiliser des repères qui ne seront peut-être pas valables.

Quelles responsabilités peuvent émerger de la crise sanitaire ? Cela dépendra des litiges et procès que les uns et les autres voudront faire. Et, à en croire les débats qui ont animé la période, une recherche désespérée de responsables est prégnante. Qui n’a pas cru au virus, qui a cru, mais n’a pas dit, qui savait, mais n’a pas fait, qui a menti, qui a mal fait, etc. En laissant de côté d’éventuelles responsabilités pénales qui sortent complètement de notre champ de compétence¹,

¹ V. O. Beaud, D. Rebut et C. Broyelle, La responsabilité des ministres et de l’État dans la gestion de la crise du Coronavirus, 23 mars 2020, <https://www.leclubdesjuristes.com/responsabilite-ministres-etat-gestion-crise-coronavirus/>

et peut-être d'ailleurs des voies utiles², il semble bien que ce sont des responsabilités politiques qui soient essentiellement recherchées. Or, la responsabilité politique est injusticiable. Les requérants de tout bord et de toute conviction qui sont allés tirer le juge du référé liberté du Conseil d'État par la veste pour qu'il tranche des responsabilités politiques se sont heurtés à l'écran politique. L'une de ses premières ordonnances portait d'ailleurs sur des conclusions rarissimes tendant à restreindre la liberté³ en enjoignant au Premier ministre d'ordonner un confinement total de la population⁴. Les autres requêtes ont successivement demandé au juge d'enjoindre au Gouvernement de : saisir l'Agence nationale de sécurité des médicaments et des produits de santé (ANSM) permettre la prescription d'hydroxychloroquine⁵ ; fournir des masques, de permettre un dépistage massif et de permettre la prescription d'hydroxychloroquine⁶ ; prendre des mesures pour assurer un approvisionnement et une distribution de matériels de protection suffisants pour les professionnels de santé⁷, commander des doses d'hydroxychloroquine et d'azithromycine⁸ ; assurer un accès égal aux soins hospitaliers et aux soins palliatifs pour les résidents en EHPAD présentant des symptômes du covid-19⁹ ; dépister systématiquement les résidents et personnels d'EHPAD¹⁰ ; publier une circulaire rappelant le cadre légal de l'utilisation du Rivotril¹¹ ; ou encore de fournir des masques de protection et du gel hydro-alcoolique aux avocats¹². Toutes ont été rejetées tant ce qui était demandé au juge, à savoir administrer le pays, était éloigné de son office en tant que juge des référés. Cela lui a valu des foudres parfois terribles, des interrogations sur sa structure, sur son utilité, voire sur sa fin imminente¹³.

² O. Beaud : « Si les gouvernants ont failli face à la crise sanitaire, la solution de la plainte pénale n'est pas la bonne », *Le Monde*, 20 avril 2020.

³ On l'a vu dans l'affaire des requins à la réunion : *CE, ord., 13 août 2013, min. Intérieur c/ Cne Saint-Leu, n° 370902*.

⁴ Et de mettre en place un dépistage généralisé. *CE, Ord., 22 mars 2020, Syndicat des jeunes médecins, n° 439674*.

⁵ *CE, ord., 28 mars 2020, M. AA et a., n° 439765*

⁶ *CE, Ord., 28 mars 2020, SYNDICAT DES MEDECINS D'AIX ET REGION et autres, n° 439726*.

⁷ *CE, Ord., 28 mars 2020, M. A.A. et a., n°439693*

⁸ La demande d'injonction était en réalité adressée à l'ARS et au CHU de Guadeloupe et le tribunal administratif avait initialement fait droit à la requête, mais le Conseil d'État a annulé les injonctions : *CE, Ord., 4 avril 2020, CHU de la Guadeloupe, n° 439904, 439905*

⁹ *CE, Ord., 15 avril 2020, Association Coronavictimes et a., n° 439910*.

¹⁰ *CE, Ord., 15 avril 2020, Union nationale des syndicats Force ouvrières Santé privée, n° 440002*.

¹¹ *CE, Ord., 15 avril 2020, Syndicat des jeunes médecins, n°439948*

¹² *CE, Ord., 20 avril 2020, Ordre des avocats au Barreau de Paris, N°s 439983, 440008*

¹³ P. Cassia, « Le Conseil d'État et l'état d'urgence sanitaire : bas les masques ! », *Le blog de Paul Cassia, Médiapart*, 11 avril 2020, www.blogsmediapart.fr; « Face à l'exécutif, un Conseil d'État bien sage », *Libération*, 29 avril 2020 ; M. Touzeil-Divina, « Ni oui ni non, ni bravos ni confinements totaux «en l'état» d'urgence sanitaire : l'ordonnance dilatoire du Conseil d'État » in *Journal du Droit Administratif (JDA)*, 2020 ; Actions & réactions au Covid-19 ; Art. 281 ; R. Letteron, « Covid-19 : le Conseil d'État tombe le masque », *Blog Liberté, Libertés chéries*, 31 mars 2020, consultable en ligne : <http://libertescheries.blogspot.com/2020/03/covid-19-le-conseil-detat-tombe-le.html>; C. Saunier, La position délicate du juge des référés face à la crise sanitaire : entre interventionnisme ambigu et déférence nécessaire, *Bloh Jus Politicum*, 11 avril 2020, http://blog.juspoliticum.com/2020/04/11/la-position-delicate-du-juge-des-referes-face-a-la-crise-sanitaire-entre-interventionnisme-ambigu-et-deference-necessaire-par-claire-saunier/#_ftnref14 ; P. Roger, La « ligne de crête » du Conseil d'État en temps de crise du coronavirus, *Le monde* 15 avr. 2020 ; P. Januel, Libertés: le Conseil d'État agit le plus souvent en chien de garde du pouvoir, *Médiapart*, 22 avril 2020 ; M. Touzeil-Divina, Quand le Conseil d'État n'avance plus masqué pour réaffirmer qu'il est, même en juridiction, le Conseil «d'État» et non «des collectivités» » in *Journal du Droit Administratif (JDA)*, 2020 ; Actions & réactions au Covid-19 ; Art. 292 ; J.-M. Belorgey, Réflexions sur le Coronavirus, 25 avril 2020, Idées saisies, <https://ideesaisies.deploie.com/reflexions-sur-le-coronavirus-par-j-m-belorgey-depute-honoraire-president-de-section-honoraire-du-conseil-detat> ; X. Dupré de Boulois, On nous change notre.... référé-liberté » (obs. sous *CE ord., 22 mars 2020, n°439674*), *RDLF 2020 chron. n°12*

Certes le juge des référés-liberté est en principe compétent pour prescrire toute mesure nécessaire « lorsque l'action ou la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté fondamentale », mais il a le plus souvent estimé que les mesures de l'exécutif ne portaient pas une telle atteinte aux libertés fondamentales, au regard notamment des circonstances qui ont donné lieu à la déclaration de l'état d'urgence sanitaire. Quant au juge du référé-suspension, également saisi, il n'est pas compétent pour se prononcer sur des carences éventuelles de l'exécutif, mais seulement pour suspendre l'exécution d'un acte en présence d'une urgence et d'un doute sérieux sur la légalité de l'acte. Lui demander de suspendre l'exécution du décret réservant l'usage de l'hydroxychloroquine aux cas les plus avancés ou les plus graves de covid-19 en avançant de la littérature scientifique était voué à l'échec¹⁴. Et même dans cet office, et en cas d'éventuel doute sur la légalité, le juge se retranchait derrière l'état d'urgence sanitaire¹⁵. Même constat d' « échec » pour le juge du référé « mesures utiles » de l'article L.521-3¹⁶.

L'ensemble de cette activité juridictionnelle d'urgence, majoritairement vaine¹⁷, a toutefois donné des indices intéressants sur d'éventuels contentieux en responsabilité à venir. Certes, l'office du juge de la responsabilité est bien différent de celui du juge des référés. Il ne prescrit aucune mesure, encore moins dans l'urgence. Il étudie – dans le cadre d'une instruction plus longue et beaucoup plus confortable – l'existence éventuelle de manquements et la possibilité qu'ils aient entraîné un préjudice. Il nous paraît toutefois possible, à l'aide des précédents disponibles en matière de crise sanitaire et de responsabilité médicale, et au regard du régime inédit d'état d'urgence sanitaire introduit le 23 mars 2020, de tenter une recherche prospective des responsabilités – sanitaires et médicales – susceptibles d'émerger dans les suites du covid-19.

Celles de l'État (I) et celles de l'hôpital (II). Pour l'un comme pour l'autre, la recherche d'une responsabilité pourrait faire surgir le spectre des circonstances exceptionnelles (généralement réservées au contentieux de la légalité). Pour l'un comme pour l'autre, la recherche d'une issue indemnitaire pourrait bien conduire à convoquer la solidarité nationale et masquer les éventuelles fautes.

I. Les responsabilités de l'État

Une crise sanitaire peut être liée à un évènement climatique (canicule), un évènement extérieur (Tchernobyl), un produit de santé (sang contaminé, Mediator) ou une pandémie (grippe H1N1, SARS). Ces quelques exemples montrent qu'il existe des précédents. Si la France connaît son

¹⁴ CE, Ord., 7 avril 2020, Syndicat des médecins d'Aix et régions et a., n° 439938

¹⁵ CE, Ord., 10 avril 2020, UJA, n° 439901.

¹⁶ CE, Ord., 2 avril 2020, Cassia et a., n° 439844

¹⁷ Il y a tout de même eu quelques interventions du juge des référés tendant à préserver les libertés et trancher les conflits de police.

premier état d'urgence sanitaire¹⁸, elle ne traverse ni sa première catastrophe sanitaire¹⁹, ni le cas échéant son premier scandale sanitaire si l'on veut en voir un. On n'évoquera ici que les contentieux d'ordre sanitaire, en excluant par exemple l'idée d'une responsabilité de l'État dans la situation économique et sociale à venir (pour avoir imposé un confinement par exemple) ou encore l'idée d'une responsabilité si protéiforme et si politique qu'elle ne peut pas trouver de traduction devant un tribunal (sous-dotation de la recherche scientifique, des hôpitaux, etc.). On exclura également les contentieux fantaisistes (toute théorie complotiste impliquant une faute de l'État comme étant à l'origine du virus ou comme tendant à empêcher les malades de se faire soigner par un traitement donné est intellectuellement inadmissible).

Si la responsabilité de l'État devait être engagée, ce ne serait que pour faute de sa part. Celle-ci peut être établie, tant en raison de ses actions, qu'en raison de ses carences et, s'agissant de la crise sanitaire causée par le covid-19, il est raisonnable d'envisager que les éventuelles carences et les éventuelles fautes soient séquencées au regard du calendrier. Si l'on s'inspire des méthodes du juge administratif pour isoler un manquement de l'État, il faut temporaliser l'approche : de la première alerte internationale à la première alerte nationale, de cette alerte au confinement. L'État est responsable lorsque, dès lors qu'il dispose des informations tangibles et des moyens d'action, il n'agit pourtant pas. Les effets d'une éventuelle carence fautive peuvent perdurer, mais la carence fautive s'arrête – d'un point de vue calendaire – au jour de la décision - ultime - instaurant le confinement (17 mars), puis l'état d'urgence sanitaire (23 mars).

Alors que la sanction d'une carence est aisément envisageable, l'engagement de la responsabilité de l'État pour action fautive reste peu probable dans le cadre de la gestion d'une crise sanitaire officiellement traversée par des « circonstances exceptionnelles » et illustrée par des décisions prises en urgence²⁰. Même si l'on peut très sérieusement s'interroger sur les consignes officielles indiquant de ne pas porter de masques en pleine période de contamination, il serait assez surprenant que le juge administratif reconnaisse une action fautive²¹. Car en fait, ce sont davantage les inactions qui sont discutées : la mesure exceptionnelle de confinement est pour grande partie le résultat de carences antérieures. Après les avoir identifiées (A), l'épineuse question de leur traitement par le juge administratif demeurera (B).

A. Des carences fautives source de responsabilité ?

¹⁸ Introduit par la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19. Il n'est d'ailleurs pas certain qu'en dépit de la gravité extrême et, sur ce point, inédite de la pandémie, la proclamation d'un état d'urgence sanitaire était indispensable au regard de ce que la législation existante sur les « menaces sanitaires graves » depuis la loi du 9 août 2004 et de ce que la théorie des « circonstances exceptionnelles » permettait. En tout état de cause, l'État d'urgence sanitaire est un droit de la police davantage qu'un droit de la santé publique. Son adoption a une portée résiduelle sur la présente analyse. V. J. Petit, L'état d'urgence sanitaire, AJDA 2020, 833

¹⁹ D. Viriot-Barrial (Dir.), *Les catastrophes sanitaires*, Études hospitalières, Cahiers du droit de la santé n° 17, oct. 2013, 406 p.

²⁰ Fondement formellement rappelé par le juge des référés : CE, Ord., 20 avril 2020, Ordre des avocats au Barreau de Marseille, n° 439983.

²¹ En ce sens, C. Broyelle dans O. Beaud, D. Rebut et C. Broyelle, La responsabilité des ministres et de l'État dans la gestion de la crise du Coronavirus, précité.

L'inaction ou l'impuissance de l'État ne sont pas nécessairement fautives, pas davantage qu'une abstention, laquelle peut même être une tolérance volontaire non fautive²². Mais le terme « carence », négativement connoté, porte en lui-même la faute²³. Elle désigne, en droit de la responsabilité, un comportement que l'administration aurait dû avoir et qu'elle n'a pas eu. Que peut-on reprocher à l'État au regard de la crise sanitaire ? Si on accepte le « glissement majeur entre le risque prouvé et l'incertitude comme fait justificatif de l'intervention de la police sanitaire »²⁴, peut-être de n'avoir pas pris la mesure de ce qui se passait dès le début de l'année 2020, éventuellement son inertie à décider d'un confinement national (1), possiblement son impréparation à gérer une crise sanitaire qui avait été annoncée en son principe à défaut d'en ses manifestations (2).

1. Carence dans la veille sanitaire

La carence dans l'activité de veille sanitaire peut conduire à mettre en danger la vie des administrés et à engager la responsabilité de l'administration. Rarement engagée pour avoir échoué à prévenir un risque, elle peut l'être néanmoins pour n'avoir pas maîtrisé la réalisation du risque.

De décembre 2019 au 24 janvier 2020 – La veille sanitaire est une mission régaliennne séculaire. La loi du 15 février 1902 relative à la protection de la santé publique avait déjà posé le principe de la notification obligatoire à l'État de certaines maladies afin de lutter contre les épidémies²⁵. Depuis les années 1980, la surveillance des maladies transmissibles a été grandement encadrée et institutionnalisée. Retenons, pour le seul sujet de la surveillance des maladies transmissibles, la création du Réseau national de santé publique en 1992, remplacé par l'Institut National de veille sanitaire en 1998²⁶, remplacé par l'Agence nationale de santé publique en 2016²⁷ qui est dénommée Santé Publique France²⁸. Schématiquement, le système de surveillance repose – et cela n'a pas véritablement changé depuis 1902 – sur un dispositif de déclaration obligatoire de certaines maladies transmissibles et infectieuses, dont la liste a évolué au fil du temps. En droit, cela se traduit à l'article L.3113-1 du code de la santé publique, et la liste des maladies est fixée par décrets successifs aux articles D.3113-6 et D.3113-7 du même code. Plus récemment, et lorsque la menace est internationale, le dispositif de veille sanitaire repose aussi sur une coopération et le respect du Règlement Sanitaire international²⁹. Ce dernier prescrit notamment à chaque État membre d'évaluer les événements de santé publique susceptibles de constituer une urgence de santé publique de portée internationale et de les notifier à l'OMS, qui les retransmet aux États. Lorsque les signaux parviennent à l'échelle

²² F. Grabias, La tolérance administrative, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2018, 634 p.

²³ J. Sordet, La carence de l'administration en droit administratif français, Thèse, Orléans, 2019, 551 p.

²⁴ S. Renard, La police sanitaire au temps de la précaution, RDSS 2019, 463. Sur ce sujet, v. Aussi S. Fantoni-Quinton, J. Saison-Demars. Le principe de précaution face à l'incertitude scientifique: l'émergence d'une responsabilité spécifique dans le champ sanitaire. [Rapport de recherche] Université de Lille 2. 2016, 386 p.

²⁵ Article 5. La loi avait également posé les bases d'un état d'urgence sanitaire, à son article 8 « lorsqu'une épidémie menace tout ou partie du territoire de la République ou s'y développe, et que les moyens de défense locaux sont reconnus insuffisants. »

²⁶ Loi n°98-535 du 1 juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme.

²⁷ Ordonnance n° 2016-462 du 14 avr. 2016.

²⁸ Cette grande agence a également absorbé les missions de l'INPS en matière de prévention et de promotion de la santé, et les missions de l'Établissement de Préparation et de Réponse aux Urgences Sanitaires (EPRUS).

²⁹ Adopté le 23 mai 2005 par la 58e assemblée mondiale de la santé en remplacement de celui de 1969. Entrée en vigueur en 2007

nationale ou lorsqu'ils émergent à la seule échelle nationale, la veille sanitaire consiste à recevoir ces indicateurs, les valider, évaluer les menaces et, le cas échéant, déclencher l'alerte. En somme : recueillir les données, les analyser, lancer l'alerte³⁰. À ce stade, trouver une responsabilité de l'État français avant que ne fût donnée l'alerte nécessite une investigation pour laquelle nous n'avons pas les ressources. Nous savons néanmoins que l'OMS a donné l'alerte le 31 décembre 2019³¹, que le virus a été identifié le 7 janvier 2020 et que Santé publique France a enclenché le dispositif de surveillance renforcée le 10 janvier auprès des trois patients identifiés comme atteints sur le territoire français³². L'alerte a été donnée le 24 janvier 2020, lors d'une conférence de presse de la Ministre de la Santé³³. Si la carence de la veille sanitaire aurait pu être un fondement de responsabilité de l'État, via son agence de veille, pour n'avoir pas surveillé le phénomène, la chronologie des faits nous semble devoir l'exclure au 24 janvier 2020. De plus, pour tenter une comparaison recevable, on retiendra que la veille sanitaire avait été particulièrement défaillante (par l'InVS à l'époque) lors de la crise sanitaire causée par la canicule en 2003³⁴, et que cette situation n'a entraîné aucun engagement de responsabilité. Pas davantage d'ailleurs que le constat d'une gestion inadaptée des pouvoirs publics³⁵.

Du 24 janvier au 16 mars 2020 - Nous sommes ici dans une fenêtre temporelle de responsabilité plus palpable. Le virus était identifié, l'alerte était donnée par l'agence de veille sanitaire. L'Organisation mondiale de la Santé classait le virus en « urgence de santé publique » le 30 janvier 2020, puis en « pandémie » le 11 mars 2020. Mais les premières mesures n'arrivent que le 4 mars (interdiction des rassemblements de plus de 5000 personnes³⁶, puis 1000 personnes³⁷), le 12 mars (fermetures des écoles) et le 17 mars (confinement total). Entre temps, un match de football entre Lyon et la Juventus de Turin est maintenu le 26 février et accueille 3000 supporters en provenance d'une Italie qui a commencé son confinement (il sera total le 9 mars), le Salon de l'agriculture et ses plus de 400 000 visiteurs a été maintenu le 1^{er} mars 2020, et surtout, le premier tour des élections municipales a été maintenu le 15 mars avec ses 21 millions d'électeurs qui se sont déplacés, à la veille de l'annonce du Président de la République décidant d'un confinement national. Il est probable que des engagements de responsabilité seront tentés. Mais, alors qu'il sera possible d'invoquer des manquements de l'État dans cette inertie, encore faudra-t-il que le juge administratif les qualifie comme tels, que les requérants démontrent l'existence d'un préjudice (forme sévère de la maladie, séquelles, décès d'un proche), ainsi que le lien de causalité avec cette inertie. Sans exclure une possible faute de la victime exonératoire de responsabilité compte tenu des informations disponibles sur la propagation de la pandémie. Aucun précédent jurisprudentiel n'est susceptible de nous éclairer.

³⁰ Art. L1413-1 du code de la santé publique.

³¹ le réseau international des agences sanitaires, alerté par l'Organisation mondiale de la santé (OMS), reçoit la notification de l'existence d'un cluster de vingt-sept cas de pneumonie inexpliquée à Wuhan (http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/comptes-rendus/covid19/115covid191920006_compte-rendu)

³² First cases of coronavirus disease 2019 (COVID-19) in France: surveillance, investigations and control measures, January 2020, Eurosurveillance, 2020, vol. 25, n°. 6, p. 1-7.

³³ Trois cas d'infection par le coronavirus(2019-nCoV) en France, Communiqué du 24 janvier 2020, https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/200124-cp_coronavirus.pdf

³⁴ La France et les Français face à la canicule : les leçons d'une crise, Rapport d'information n° 195 (2003-2004) de Mme Valérie LÉTARD, MM. Hilaire FLANDRE et Serge LEPELTIER, fait au nom de la mission commune d'information, déposé au Sénat le 3 février 2004.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Arrêté du 4 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19.

³⁷ Arrêté du 9 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19.

2. Impréparation fautive ?

Revenons chronologiquement en arrière. L'un des points de crispation majeurs de cette crise sanitaire est le constat de l'impréparation de l'État, concrétisée par l'absence de tests et, surtout, l'absence de stocks de masques de protection. S'agissant de l'absence de tests à grande ampleur, la plus grande prudence est de mise. Il n'est pas encore scientifiquement établi qu'ils auraient été utiles. Il est seulement établi que l'État n'avait pas les ressources. On relèvera simplement l'aveu implicite de déficit de tests à travers le fait que le coronavirus n'ait pas été ajouté à la liste des maladies « qui nécessitent une intervention urgente locale, nationale ou internationale » et à celle dont « la surveillance est nécessaire à la conduite et à l'évaluation de la politique de santé publique » faisant l'objet d'une déclaration obligatoire aux autorités sanitaires, pour autant qu'un test permet d'assurer le diagnostic³⁸. Les dispositions réglementaires fixant la liste de ces maladies n'ont fait l'objet d'aucune modification pendant la crise sanitaire³⁹. C'est la loi du 11 mai 2020 qui fera finalement du Covid-19, une maladie à déclaration obligatoire⁴⁰.

En ce qui concerne l'absence de masques, cette question est à la fois très abstraite (faut-il être préparé à une pandémie d'une telle ampleur ?) et très concrète (il n'y a pas de masques au moment où on en a besoin, donc on dit qu'on n'en a pas besoin). Le domaine sanitaire a cette particularité qu'il est constamment cité comme le domaine de la sur-correction des carences ou du surdimensionnement de la réponse au risque⁴¹. On se souvient des moqueries et procès en gaspillage de deniers publics⁴² dont Roselyne Bachelot avait fait l'objet en qualité de Ministre de la Santé lorsqu'en 2009, lors de l'épidémie de grippe H1N1, elle avait constitué un stock de 1,7 milliards de masques (1 milliard de masques chirurgicaux et 700 millions de FFP2). Ce stock a disparu, en partie par péremption, et n'a jamais été reconstitué. Dans un avis du 22 mars 2020⁴³, l'Académie de médecine retrace la politique de constitution et d'utilisation des stocks de masques en France. Assurée par le ministère de la Santé jusqu'en 2007, elle a été gérée ensuite par l'Établissement pour la préparation aux urgences sanitaires (EPRUS), sous tutelle du ministère de la Santé, puis par Santé Publique France depuis 2016. Il y a eu une politique de désengagement de l'État dans la constitution du stock de masques FFP2 (plutôt réservés aux personnels soignants) afin de faire peser cette charge sur les établissements⁴⁴. Les alertes scientifiques sur l'utilité des masques et l'utilité des stocks ne manquaient pas, notamment dans le contexte d'un risque élevé tel que le SRAS⁴⁵. Mais les stocks n'en ont pas moins fondu,

³⁸ Art. L. 3113-1 du code de la santé publique.

³⁹ Art. D. 3113-6 et D. 3113-7 du code de la santé publique.

⁴⁰ Article 11 de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

⁴¹ C.-A. Dubreuil, « Est-il raisonnable d'être prudent ? », in S. Theron (dir.), *Le raisonnable en droit administratif*, Toulouse, L'Építoge, Coll. L'Unité du droit, 2016, p. 71 ; CE 15 mai 2009, *Société France Conditionnement création et autres*, AJDA 2009, p. 1668, note J.-P. Markus. L'excès de précaution est lui-même illégal et donc fautif CE 31 août 2009, *Cne Crégols*, n° 296458 ; Lebon, p. 343 ; AJDA 2009, p. 1824 ; JCP A 2009, 2288.

⁴² Audition de Roselyne Bachelot par la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale, 12 janvier 2010.

⁴³ Avis de l'Académie de médecine du 22 mars 2020, en ligne sur le site www.academie-medecin.fr

⁴⁴ Instruction ministérielle du 2 novembre 2011 relative à la préparation de la réponse aux situations exceptionnelles dans le domaine de la santé ; Rapport d'information n°625 du Sénat (Francis Delattre) sur l'Établissement de préparation et de réponse aux urgences (EPRUS), 15 juillet 2015.

⁴⁵ Haut conseil de la Santé publique, avis relatif à la stratégie à adopter concernant le stock Etat de masques respiratoires, 1^{er} juillet 2011. Avis qui, néanmoins, ne sur-recommande pas l'utilisation des masques FFP2 et servira de fondement à la politique de désengagement de l'État dans la constitution des stocks.

notamment les FFP2 mis à la charge des employeurs, pour arriver à la pénurie connue en février 2020⁴⁶. Quant aux masques chirurgicaux, la constitution du stock par l'État ne concerne plus un large pan de la population, car elle est mise à la charge des employeurs dans une seule optique de protection de la santé au travail⁴⁷, et ce stock passe d'un milliard en 2010 à 123 millions à la fin de l'année 2019. Enfin, et on peut parfois légitimement s'interroger sur l'utilité des agences sanitaires, l'Agence nationale de santé publique, créée en 2016, ne dispose d'aucun pouvoir d'initiative dans la gestion des stocks stratégiques (ceux-là mêmes qui sont laissés à la charge de l'État) et n'agit que sur instruction ministérielle. Sa capacité d'autosaisine exclut les missions du 5° de l'article L.1413-1 du code de la santé publique : « La préparation et la réponse aux menaces, alertes et crises sanitaires »⁴⁸. Bref, il y a là un fiasco qui pourrait engager la responsabilité de l'État (mais aussi de l'hôpital en qualité d'employeur) et qui pourrait s'éloigner de la notion de carence pour entrer dans celle de l'action fautive. Et à ce sujet, la responsabilité de l'État pourrait bien ne pas pouvoir être engagée, car, comme le relève Anne Jacquemet-Gauché, la question de la gestion des stocks stratégiques « est éminemment politique » et « il n'appartient pas au juge administratif d'y répondre »⁴⁹. Toutefois, une résolution tendant à créer une commission d'enquête pour l'évaluation des politiques publiques face aux grandes pandémies à la lumière de la crise sanitaire de la covid-19 et de sa gestion a été adoptée par le Sénat le 30 juin 2020⁵⁰.

B. La faute, source d'indemnisation ?

Dans les précédents du contentieux sanitaire (qui concernent des médicaments et dispositifs médicaux, mais que l'on peut tenter de transposer), le juge administratif a construit une méthode d'engagement de la responsabilité de l'État pour ses carences en matière de police administrative spéciale, en l'espèce la police sanitaire⁵¹. Alors même qu'une « facilité » contentieuse peut être actée avec l'abandon du régime de responsabilité pour faute lourde en matière de police sanitaire consacré en 2016 par le Conseil d'État dans l'affaire du Médiateur⁵², venant parachever une construction jurisprudentielle en ce sens⁵³, dans un contexte

⁴⁶ Avis de l'Académie de médecine du 22 mars 2020.

⁴⁷ Secrétariat général de la sûreté et de la défense nationale (SGDSN), Doctrine de protection des travailleurs face aux maladies hautement pathogènes à transmission respiratoire, 13 mai 2013, N° 241/SGDSN/PSE/PSN du 16 mai 2013.

⁴⁸ Audition, en visioconférence, M. Jean-François Delfraissy, président du Conseil scientifique Covid-19 et Mme Geneviève Chêne, directrice de Santé publique France, Mission d'information de la conférence des Présidents sur l'impact, la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de Coronavirus-Covid 19, 15 avril 2020, Compte-rendu n°6, Session ordinaire de 2019-2020.

⁴⁹ A. Jacquemet-Gauché, Pénurie de masques ; une responsabilité pour faute de l'État ?, JCP G, 30 mars 2020, 370. En ce sens, v. aussi M. Deguerge, Responsabilité sanitaire et responsabilité environnementale, RDSS 2019, 135.

⁵⁰ Sénat n° 113, Session ordinaire de 2019-2020, 30 juin 2020.

⁵¹ CE, Ass. 9 avril 1993, M.D., n°138653, Leb. p. 110, concl. H. Legal et CE, 1^{re} et 6^e ch. réunies, 9 nov. 2016, *Faure c/ Min. Affaires sociales, Santé et Droits de la femme*, n° 393902 et n° 393926, AJDA 2017, 426, note S. Brimo ; Dt Adm 2017, Comm 3, C. Lantero.

⁵² CE, 1^{re} et 6^e ch. réunies, 9 nov. 2016, *Faure c/ Min. Affaires sociales, Santé et Droits de la femme*, n° 393902 et n° 393926, préc.

⁵³ Dans l'affaire du sang contaminé CE, Ass. 9 avril 1993, M.D., n°138653, Leb. p. 110, concl. H. Legal.

d'accroissement des exigences en matière de sécurité et de précaution⁵⁴, les conditions restent strictes.

Après avoir identifié une obligation d'agir (ce qui, nous l'avons vu, ne sera pas aisé), le juge administratif devra apprécier, au regard des éléments de l'instruction et conformément à sa jurisprudence, la date à « laquelle l'autorité de police [était] considérée comme suffisamment informée des risques pour que se déclenche son obligation d'agir »⁵⁵. Cela nous éloigne d'ailleurs un peu plus de la reconnaissance d'une faute d'impréparation et, si les éléments chronologiques développés précédemment sont retenus, il s'agira d'une première difficulté majeure. À partir de quand peut-on identifier une inertie fautive de l'État alors que l'alerte est donnée ? À quel moment date-t-on (et peut-on seulement le faire ?) le comportement fautif de l'État dans la gestion de la constitution des stocks de masques ? La carence a-t-elle une date de fin ? Cette première difficulté ne sera même pas la plus importante. Car la faute, fut-elle identifiée, ne suffira pas (1) et que la seule issue envisageable en matière d'indemnisation sera l'intervention de la solidarité nationale (2).

1. La faute ne suffit pas

Si la faute est reconnue, elle n'entraînera pas, par elle-même la responsabilité de l'État. Classiquement, le droit à réparation n'est ouvert qu'à la condition d'identifier un préjudice en lien direct et certain avec le manquement.

En ce qui concerne le préjudice, et dans les cas où le risque se sera réalisé, il pourra être le cas échéant reconnu pour les personnes contaminées et qui auront vécu des formes sévères de la maladie (hospitalisation, séjour en réanimation, décès), voire qui auront des séquelles de la maladie⁵⁶, ou, moins grave, qui auront dû subir une mesure d'isolement pour avoir été testées positives, peut-être sur le fondement d'un faux positif. Toutefois, les carences de l'État ne peuvent qu'avoir éventuellement fait perdre une chance d'échapper au virus, pas d'avoir frontalement exposé les personnes au virus. Le port du masque limite l'exposition au virus, mais ne l'empêche pas. Quant à l'exposition à un risque qui ne s'est pas réalisé, ce qui concerne 67 millions de français, il va être difficile d'établir un préjudice d'anxiété, que l'on peut pourtant penser bien réel chez de très nombreux administrés, notamment les plus vulnérables. Au-delà de sa bien trop grande généralisation (et de son infranchissable charge probatoire qui justifierait d'en appeler à la présomption), les indices de la jurisprudence administrative ne permettent pas de l'envisager. Dans l'une des décisions du 9 novembre 2016 relatives à l'affaire du Mediator, le Conseil d'État avait certes validé la possibilité d'un préjudice d'anxiété au sujet d'une requérante qui avait pris du Médiator sans toutefois développer de pathologie. Admettant le principe d'un tel préjudice, tout en écartant l'indemnisation en l'espèce (preuve du lien de causalité direct et certain impossible à rapporter), le Conseil d'État avait posé les conditions de

⁵⁴ .-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. Deguergue, La responsabilité du fait des activités de police in Ch. Vautrot-Schwarz, dir., *La police administrative*, PUF, Thémis, 2014, spéc. p. 22.

⁵⁵ M. Deguergue, Responsabilité sanitaire et responsabilité environnementale, RDSS 2019, 135.

⁵⁶ Des publications scientifiques commencent à annoncer la possibilité de séquelles durables au niveau pulmonaire : K. Servik, For survivors of severe COVID-19, beating the virus is just the beginning, Science, Apr. 8 2020.

reconnaissance du préjudice d'anxiété. Il a exigé 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)⁵⁷. Ces conditions ne sont pas remplies s'agissant de la pathologie covid-19. La gravité de la pathologie est extrêmement variable puisqu'elle serait asymptomatique dans bien des cas. Et sa fréquence n'est pas faible au regard d'une contagiosité qui a justifié la fermeture de tout le pays.

En ce qui concerne le lien de causalité, l'exigence d'un lien de causalité exclusif, direct et certain sera insurmontable. Aucune victime (autre peut-être que les personnels soignants) de la covid-19 ne pourra établir un lien de causalité direct et certain entre sa pathologie et une carence de l'État. Si le juge est saisi de la question, il pourrait faire appel au mécanisme présomptif et à un raisonnement probabiliste. Davantage mobilisée pour les préjudices que pour le lien de causalité, la présomption n'est toutefois pas absente des raisonnements du juge administratif en ce qui concerne ce dernier. En effet, indépendamment des présomptions légales qui s'imposent à lui (contamination transfusionnelle de l'hépatite C, essais nucléaires), il a pu dégager une présomption d'imputabilité de la sclérose en plaques à la vaccination contre le virus de l'hépatite B⁵⁸ en validant un risque qui n'a jamais véritablement été démontré et en créant un lien de causalité quasiment fictif⁵⁹. Si un manquement de l'État devait être identifié dans la gestion de la crise sanitaire, le lien de causalité pourrait être présumé avec moins de distorsions que pour la sclérose en plaques et le vaccin contre l'hépatite B. Néanmoins, elle pourrait être mise en échec par le fait que les requérants aient pris sciemment des risques en dépit des consignes données, ou aient été exposés au risque du fait d'un tiers (son employeur par exemple).

Les difficultés ici relevées quant à l'existence d'un préjudice et d'un lien de causalité sont des signaux désormais bien connus de recours aux dispositifs d'indemnisation par la solidarité nationale.

2. La solidarité nationale comme seule issue

Sauf à faire émerger une très improbable responsabilité sans faute (pour risque), l'indemnisation par la solidarité nationale est la seule piste envisageable. Dans une société qui ne supporte plus le risque et encore moins sa réalisation, et dès lors que le préjudice est multifactoriel, que le lien de causalité entre le fait dommageable est difficile à établir, et que les mécanismes présomptifs ne suffisent plus, ou, plus simplement, qu'il n'y a pas de faute⁶⁰ ou qu'il faut se substituer au fautif dans un souci indemnitaire⁶¹, le législateur met en œuvre un dispositif d'indemnisation par la solidarité nationale (infections nosocomiales graves, victimes d'essais nucléaires, contamination transfusionnelle, amiante) et crée un fonds d'indemnisation. Dans un tel régime, le législateur peut fixer les conditions d'indemnisation qu'il souhaite. Il

⁵⁷ CE, 1^e et 6^e ch. réunies, 9 novembre 2016, Mme Bindjouli, n° 393108.

⁵⁸ CE 9 mars 2007, Schwartz et a., n° 267635.

⁵⁹ A. Rouyère, Variations jurisprudentielles à propos du lien de causalité entre vaccination contre l'hépatite B et sclérose en plaques, RFDA, 2008, p. 1011.

⁶⁰ Régime d'indemnisation de l'accident médical non fautif institué par la loi du 4 mars 2002.

⁶¹ Régime d'indemnisation des victimes du benflurorex institué par la loi du 29 juillet 2011.

peut poser un régime de présomption, réfragable⁶² ou irréfragable⁶³ et peut même changer d'avis⁶⁴. La solidarité est clairement palliative. Elle est « l'aveu de l'impuissance de la responsabilité »⁶⁵. La crise sanitaire de 2020 présente tous les signaux d'une telle impuissance et le législateur a déjà prévu de mettre en œuvre un dispositif d'indemnisation par la solidarité nationale⁶⁶. De plus, et au regard de la dimension collective inédite de la crise et de ses effets, le traitement indemnitaire individuel sera inadapte⁶⁷.

À l'issue de ce premier développement, il est raisonnable d'envisager que le juge administratif ne connaîtra pas du contentieux de la responsabilité de l'État. Tout au plus sera-t-il saisi de refus d'indemnisation opposé par un fonds. Il est plus probable qu'il soit saisi d'un contentieux de la responsabilité de l'hôpital qui, lorsque le costume de héros sera posé, se heurtera fatalement à ses responsabilités et à la nécessité de rendre compte d'éventuels manquements.

II. Les responsabilités de l'hôpital

En matière de responsabilité hospitalière, la grille de lecture est nettement plus lisible et justifie un développement plus court. L'hôpital dépositaire d'une mission de service public engage sa responsabilité vis-à-vis des patients (A). L'hôpital employeur engage sa responsabilité vis-à-vis des soignants (B).

A. Les patients

Il convient de distinguer les patients Covid+ des autres patients hospitalisés.

1. Les patients Covid+

Le soin - Une nouvelle phrase a surgi de la plume du juge du référé-liberté en mars 2020 : « Le caractère manifestement illégal de l'atteinte doit s'apprécier notamment en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente et des mesures qu'elle a déjà prises. »⁶⁸ Bien évidemment réservées à l'office très particulier du juge des référés pour mesurer l'écart entre l'atteinte illégale et l'atteinte grave et manifestement illégale, ces considérations de pondération n'ont normalement pas lieu d'être dans le contentieux de la responsabilité. Toutefois, il ne faut peut-être pas exclure un glissement et les difficultés matérielles des

⁶² En matière d'essais nucléaires, la loi de 2010 avait posé une présomption de causalité renversable par le caractère « négligeable » du risque d'exposition et rendant difficile en pratique l'indemnisation des victimes.

⁶³ Loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001 ayant créé le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA).

⁶⁴ La loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer a supprimé cette condition. V. CE 28 juin 2017, Pharamond dit D'COSTA, n° 409777.

⁶⁵ M. Deguergue, Responsabilité sanitaire et responsabilité environnementale, préc.

⁶⁶ Les dispositions de l'article L. 3134-4 du code de la santé publique, confiant à l'ONIAM le soin d'indemniser les dommages issus des mesures d'urgence prises par l'État en cas de menace sanitaire grave sont précisément applicables à l'état d'urgence sanitaire (Art. L. 3131-20 du code de la santé publique).

⁶⁷ C. Broyelle dans V. O. Beaud, D. Rebut et C. Broyelle, La responsabilité des ministres et de l'État dans la gestion de la crise du Coronavirus, préc.

⁶⁸ Au moins quarante occurrences dans les ordonnances du Conseil d'État depuis la décision CE, ord., 27 mars 2020, Gisti et a., n° 439720.

hôpitaux, d'habitude inopposables, pourraient peut-être être invoquées. En temps normal, le manque de stocks⁶⁹, le manque de lits⁷⁰ ou le manque d'effectifs⁷¹ ne sont pas des circonstances exonératoires de responsabilité. Le juge a toutefois également pu prendre en compte les circonstances éventuellement exceptionnelles comme un afflux de patients, une surcharge momentanée, ou un médecin empêché par une autre urgence⁷². La faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service pourrait être invoquée, mais l'engagement de responsabilité pourrait échouer.

Sur ce même fondement, la non-admission de patients Covid+ pourrait engager la responsabilité des hôpitaux, s'il devait être prouvé que les établissements ont opéré des tris dans l'accès aux soins de manière générale, et dans l'admission en réanimation en particulier, qui relève en revanche d'une décision médicale issue d'une procédure collégiale, indépendante du nombre de lits ou non⁷³. Dans un cas comme dans l'autre, une suspicion de triage opéré sur la seule base de l'âge des patients a plané pendant le pic de la crise et a même fait l'objet d'un recours en référé dirigé contre l'État. Le Conseil d'État a estimé qu'une telle discrimination ne ressortait pas des éléments de l'instruction⁷⁴. Dans un contentieux en responsabilité, ce serait l'hôpital plutôt que l'État, qui serait visé : ici sur le fondement de la faute dans l'organisation et le fonctionnement du service (admission dans l'établissement de santé) ; là sur le fondement de la faute médicale (décision d'admission en réanimation). Mais sur ce dernier point, on relève qu'aucun référé-liberté n'a été introduit relativement à une situation individuelle. De la même façon, aucune décision de limitation ou d'arrêt des traitements n'a été contestée en référé-liberté, ce qui n'exclut certes pas une action en responsabilité ultérieure, mais ne la présage pas non plus. Enfin, et toujours sur le terrain de la prise en charge hospitalière, on pourrait légitimement attendre des contestations sur l'usage ou le non-usage de certains traitements (hydroxychloroquine), soit parce qu'il serait un jour démontré qu'ils étaient efficaces, soit parce qu'il serait un jour démontré qu'ils étaient dangereux. Mais les questions de responsabilités ont déjà été purgées par la loi du 23 mars 2020 qui renvoie⁷⁵ au « droit commun » des menaces sanitaires⁷⁶ et à la réparation de plein droit par la solidarité nationale⁷⁷, la question des dommages issus de décisions prises pendant l'état d'urgence sanitaire⁷⁸. La responsabilité de droit commun, certes toujours ouverte, paraît difficile à engager contre l'Hôpital. Là encore, aucune contestation individuelle en référé-liberté susceptible d'annoncer de tels procès. Enfin, il ne faut pas exclure des procédures plus classiques, mettant en cause la qualité de la prise en charge des patients Covid+ et qui répondront des mécanismes du droit commun de la responsabilité hospitalière.

⁶⁹ CAA Bordeaux, 6 juillet 2006, Groupe hospitalier Sud Réunion, n° 03BX01451.

⁷⁰ CE 16 juin 2000, Hospices civils de Lyon, n° 196255, Rec. p. 234.

⁷¹ CE 10 avril 1970, M. X., n° 72600, Rec. p. 238 ; CAA Versailles, 25 mai 2010, Centre hospitalier intercommunale des portes de l'Oise, n° 08VE03106.

⁷² CE 20 janvier 1989, Centre hospitalier de Compiègne Hôpital Saint-Joseph c/ Tavares, n° 60212, Rec. T. p. 910

⁷³ Voir C. Manaouil, Réflexion sur le tri des patients en période de crise sanitaire, Dalloz Actualités, 30 avril 2020.

⁷⁴ CE 15 avril 2020, Association Coronavirus et a., n° 439910.

⁷⁵ Art. L. 3131-20 du code de la santé publique.

⁷⁶ Art. L. 3131-3 du code de la santé publique s'agissant de la prescription ou de l'administration d'un médicament en dehors des indications thérapeutiques ou des conditions normales d'utilisation.

⁷⁷ Dévolue à l'ONIAM par l'article L. 3131-4 du code de la santé publique.

⁷⁸ Enumérées à l'article L. 3131-15 du code de la santé publique.

2. Les autres patients

Un risque contentieux pourrait émerger en ce qui concerne des patients qui auraient été contaminés à l'hôpital.

On relève un étonnant recours en référé-liberté introduit par la famille d'une dame de 90 ans hospitalisée au 2^e étage d'un établissement contre la décision du CHU d'accueillir des patients Covid+ au sein du service situé au 1^{er} étage, en se prévalant d'une atteinte grave et manifestement illégale portée au droit à la vie, au droit à des traitements appropriés et au respect du consentement, compte tenu du risque de contagion et de la fragilité des personnes âgées face au virus. L'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Rennes rejette la requête⁷⁹ et donne des pistes pour identifier d'éventuels manquements de l'établissement dans le cadre d'un hypothétique contentieux indemnitaire. Il lui faudra rapporter la preuve d'une application (« particulièrement rigoureuse » en cas de patients à risques à proximité) des recommandations du ministère et de « mesures strictes pour éviter la propagation du virus » : mesures d'isolement, gestes barrière, formation du personnel sur le respect des procédures d'habillage et de déshabillage, de port de masques, de désinfection, de prise de température corporelle, etc. L'existence de protocoles écrits et la traçabilité de leur diffusion, d'une part, la traçabilité de l'information donnée aux patients, d'autre part, seront des éléments probatoires importants en cas de contentieux.

Une contamination d'un patient hospitalisé relèverait selon nous du régime des infections nosocomiales. Là encore, selon la gravité du dommage et en l'absence de faute, le régime indemnitaire oscillerait entre la responsabilité de plein droit de l'établissement (article L.1142-1 I alinéa 2 du code de la santé publique) et l'indemnisation par la solidarité nationale (article L.1142-1 II du même code).

B. Les soignants

Il est ici question des soignants régulièrement employés par l'hôpital, et non pas réquisitionnés par l'État ou volontaires bénévoles qui sont couverts en cas de dommage, sur le fondement des dispositions de l'article L.3133-6 du Code de la santé publique et en qualité de collaborateurs occasionnels du service public.

Le 23 mars 2020, le Ministre de la Santé avait annoncé que, pour les soignants, le coronavirus « sera systématiquement et automatiquement reconnu comme une maladie professionnelle ». De nombreux questionnements avaient émergé sur les modalités d'une telle reconnaissance dès lors que les maladies professionnelles peuvent être présumées, mais pas automatiquement reconnues ; que le coronavirus ne figure pas au tableau des maladies professionnelles prévu à l'article L.461-1 du Code de la sécurité sociale ; qu'il pourrait donc s'agir d'une maladie professionnelle non présumée, mais reconnue comme telle ; que la contamination pourrait relever du régime de l'accident de service comme ce fut le cas pour des contaminations

⁷⁹ Et qui la rejette même « par principe » au regard de l'office du juge des référés dans le contexte d'incertitudes scientifiques quant aux risques, en prenant tout de même soin par la suite de justifier *in concreto* l'absence d'atteinte à une liberté fondamentale : TA Rennes, 11 avril 2020, D., n° 2001659.

accidentelles par le VIH⁸⁰ ou encore, qu'en l'absence de suites données à l'annonce du 23 mars, il faudrait mettre en œuvre les procédures classiques de reconnaissance d'invalidité imputable au travail, soit au titre du congé maladie (qui pèse sur l'employeur), soit au titre de la pension (qui pèse sur la caisse de retraite pour les fonctionnaires, sur les caisses de sécurité sociale pour les autres)⁸¹. Finalement, le Gouvernement a annoncé dans un communiqué de presse 30 juin 2020 que les soignants « atteints de la covid-19 **dans sa forme sévère** verront leur maladie systématiquement et automatiquement reconnue comme une maladie professionnelle » et qu'un « tableau de maladies professionnelles dédié à la covid-19 sera ainsi créé par décret ». Le régime annoncé est celui d'une indemnisation automatique (après qu'un comité unique de reconnaissance national dédié à la covid-19 a statué) par mutualisation des moyens entre employeurs. Cette indemnisation couvrirait les frais de santé et les indemnités journalières que l'on trouve dans le régime du CITIS⁸², ainsi qu'une « indemnité (rente ou capital) en cas d'incapacité permanente », que l'on trouve plutôt dans le régime des pensions pour invalidité⁸³.

Si les modalités d'une telle prise en charge et son caractère automatique nous éloigne des enjeux relatifs à la responsabilité de l'employeur, la réparation proposée semble forfaitaire et il conviendra d'être vigilant sur le maintien de la possibilité, pour les agents, d'engager la **responsabilité pour faute** de l'employeur qui, pour l'ensemble des raisons évoquées ci-dessus, pourrait bien mettre à la charge de l'hôpital la réparation intégrale des préjudices des agents contaminés⁸⁴.

⁸⁰ À propos d'une coupure, parfaitement datée dans le temps, subie par un chirurgien : CE 10 oct. 2003, Consorts C., 197826.

⁸¹ Matthieu Babin, Le COVID-19, maladie professionnelle : « il n'y a aucun débat » ?, Le club des juristes, 14 avril 2020 ; Irvin Herzog, La maladie professionnelle du fonctionnaire à l'épreuve de l'infection « Covid-19 », AJFP, 2020. 206.

⁸² Le congé pour maladie professionnelle ou accident de service, créé par l'ordonnance n° 2017-53 du 19 janvier 2017 et codifié à l'article 21 bis de la loi de n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et enfin encadré par le Décret n° 2020-566 du 13 mai 2020 relatif au congé pour invalidité temporaire imputable au service dans la fonction publique hospitalière (modifie le décret n°88-386 du 19 avril 1988 relatif aux conditions d'aptitude physique et aux congés de maladie des agents de la fonction publique hospitalière).

⁸³ Soit sous forme viagère (art. L27 et L28 du code des pensions civiles et militaires de retraite), soit sous forme temporaire (art. 80 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986).

⁸⁴ Par ex. en raison d'un manquement à une obligation de sécurité : CE 3 mars 2017, Ministre de la Défense, n°401395 ; CAA Paris, 21 décembre 2018, n°16PA03783.